



HAL
open science

L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique

Lucas Bento de Carvalho

► **To cite this version:**

Lucas Bento de Carvalho. L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique. Droit. Université de Bordeaux, 2015. Français. NNT : . tel-01934312

HAL Id: tel-01934312

<https://hal.science/tel-01934312>

Submitted on 25 Nov 2018

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

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

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED 41)
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

Par Lucas BENTO de CARVALHO

**L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte
juridique**

Sous la direction de Monsieur le Professeur Gilles AUZERO

Soutenue le 10 septembre 2015

Membres du jury :

Monsieur Gilles AUZERO, Professeur, Université de Bordeaux, *Directeur de la recherche*

Monsieur Thomas GENICON, Professeur, Université Rennes 1, *Rapporteur*

Monsieur Arnaud MARTINON, Professeur, Université Paris 1 Sorbonne, *Rapporteur*

Monsieur Éric SAVAUX, Professeur, Université de Poitiers

Monsieur Sébastien TOURNAUX, Professeur, Université de Bordeaux

Monsieur Guillaume WICKER, Professeur, Université de Bordeaux

AVERTISSEMENT

Le présent texte est une version légèrement remaniée d'une thèse soutenue le 10 septembre 2015. Les modifications apportées procèdent, pour une large part, de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. En effet, si l'essentiel des changements consacrés par l'ordonnance étaient présents dans le projet de réforme dévoilé en février 2015 par la Chancellerie, plusieurs dispositions ont toutefois vu leur contenu évoluer en 2016.

De son côté, le droit du travail a lui aussi connu un certain nombre de transformations, de la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels » aux projets d'ordonnances dévoilés le 31 août 2017 par le gouvernement d'Edouard Philippe. La philosophie de ces réformes, motivées par la recherche d'une « flexisécurité » à la française, confirme certes une tendance contemporaine du droit du travail. Envisagées de manière isolées, et du point de vue de la technique juridique, ces évolutions n'ont toutefois pas pu être anticipées ; ce n'est que de manière incidente que nous avons entrepris de les intégrer à nos propos.

En définitive, ces ajustements témoignent, si besoin était, du chassé-croisé entre un droit civil plus attentif à la protection de la partie faible, et un droit du travail minorant l'inégalité des parties pour mieux postuler le libre arbitre du salarié.

REMERCIEMENTS

Je remercie le Professeur Gilles Auzero pour m'avoir confié ce sujet de recherche. Je lui suis plus que reconnaissant pour sa confiance, ses encouragements et son accompagnement sur mesure au cours de ces années d'étude, et au-delà. Qu'il trouve ici le témoignage de ma gratitude et de mon amitié.

Merci au Professeur Guillaume Wicker pour ses remarques qui ont grandement contribué à la progression de ce travail.

Merci au Professeur Sébastien Tournaux pour son soutien de la première heure. Ses conseils, initiatives et encouragements ont été précieux au cours de cette aventure doctorale. Je lui dois beaucoup.

Mes remerciements vont également au Professeur Dirk Baugard pour m'avoir fait partager ses réflexions, ses critiques – toujours bienveillantes – et témoigné une grande disponibilité durant les périodes charnières de cette recherche.

Merci à toute l'équipe du COMPTRASEC pour son soutien et sa bonne humeur. Beaucoup ont été de formidables compagnons de route à l'humour et à l'ouverture d'esprit souvent salutaires.

Je remercie également les membres de l'Institut du travail pour leur accueil (et aussi leur patience).

Un immense merci à ma mère, Élisabeth, pour m'avoir supporté, dans tous les sens du terme, et pris une part active à la relecture finale.

Merci enfin à Prune, qui a marqué de son empreinte l'ensemble de ces pages... presque autant qu'elle a séduit, et continue de séduire, leur auteur.

Aux chevaliers-paysans de l'an mil au lac de Paladru,

A Jean-Claude Dusse.

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA : Actualités juridiques de droit administratif
Al. : Alinéa
Ass. plén. : Assemblée plénière
APD : Archives de philosophie du droit
Art. : Article
BOCCRF : Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes
Bull. civ. : Bulletin des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim. : Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. inf. C. Cass. : Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. Joly : Bulletin Joly de droit des sociétés
Bull. Joly Entr. Diff. : Bulletin Joly des entreprises en difficulté
CA : Cour d'appel
Cah. cons. const. : Cahiers du Conseil constitutionnel
Cah. dr. entr. : Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. : Cour de cassation
CCC : Revue Contrats, Concurrence, Consommation
Chron. : Chronique
Civ. : Chambre civile
Com. : Chambre commerciale
Comp. : Comparer
Concl. : Conclusions
Contra : En sens contraire
Crim : Chambre criminelle
CSBP : Cahiers Sociaux du Barreau de Paris
D. : Recueil Dalloz
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
Dir. : Direction
Dr. et patr. : Revue Droit et patrimoine
Dr. et sociétés : Droit et sociétés
Dr. ouvr. : Le Droit ouvrier
Dr. soc. : Droit social
Éd. : Éditions, éditeur
EDI : Etudes et documentation internationale
ENAJ : Editions nationales administratives et juridiques
Fasc. : Fascicule
GADT : Grands arrêts du droit du travail
GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GAJC : Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
Ibid, ibidem : Au même endroit
In : Dans
Infra. : Ci-dessous
IR : Informations rapides, Dalloz.

J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse : Jurisclasseur droit bancaire, droit du crédit, droit boursier
J.-Cl. Civil Code : Jurisclasseur droit civil
J.-Cl. Commercial : Jurisclasseur droit commercial
J.-Cl. Contrats - Distribution : Jurisclasseur droit des contrats, droit de la distribution
J.-Cl. Rural : Jurisclasseur droit rural
J.-Cl. Sociétés : Jurisclasseur droit des sociétés
J.-Cl. Travail : Jurisclasseur droit du travail
JCP : La semaine juridique, édition générale
JCP A : La semaine juridique, édition administrative
JCP E : La semaine juridique, édition entreprise
JSP N : La semaine juridique, édition notariale
JCP S : La semaine juridique, édition sociale
JO : Journal officiel de la République Française
JOAN : Journal officiel de l'Assemblée nationale
Journ. sociétés : Journal des sociétés
JSL : Jurisprudence sociale Lamy
Lexbase Hebdo éd. soc. : Revue Lexbase hebdomadaire, édition sociale
Liais. soc. : Liaisons sociales
LPA : Les Petites Affiches
N° : Numéro
p. : Page
PU : Presses universitaires
rapp. : Rapport
RCA : Responsabilité civile et Assurances
RCC : Revue de la Concurrence et de la Consommation
RDC : Revue de droit des contrats
RDP : Revue de droit public
RDS : Revue des sociétés
RDT : Revue de droit du travail
Rec. : Recueil Lebon
Rev. Dr. rural : Revue de droit rural
Rep. civ. : Répertoire de droit civil Dalloz
Rep. sociétés : Répertoire de droit des sociétés Dalloz
Rep. trav. : Répertoire de droit du travail Dalloz.
Req. : Chambre des requêtes
RFDA : Revue française de droit administratif
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RIT : Revue internationale du travail
RJC : Revue de jurisprudence commerciale
RJS : Revue de jurisprudence sociale
RLC : Revue Lamy de la Concurrence
RLDA : Revue Lamy de Droit des Affaires
RLDC : Revue Lamy de Droit Civil
RLDI : Revue Lamy Droit de l'immatériel
RRJ : Revue de la recherche juridique - Droit prospectif
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
RTDF : Revue trimestrielle de droit financier
S. : Sirey

s. : Suivants
Soc. : Chambre sociale
Somm. : Sommaires commentés, Dalloz
Spé. : Spécialement
SSL : Semaine sociale Lamy
Supra : Ci-dessus
Trad. : Traduction
TPS : Travail et protection sociale
V. : Voir

SOMMAIRE

Première partie : L'apport du droit du travail au temps de la formation de l'acte juridique

Titre 1: L'apport du droit du travail à la représentation du contexte de formation de l'acte juridique

Chapitre 1 : L'affirmation de la dépendance économique comme concept complémentaire de la liberté contractuelle

Chapitre 2 : L'irréductibilité de la dépendance économique par les techniques protectrices du consentement

Titre 2 : L'apport du droit du travail à la représentation des manifestations de volonté dans la formation de l'acte juridique

Chapitre 1 : La volonté d'un seul dans l'acte juridique

Chapitre 2 : La volonté d'une collectivité dans l'acte juridique

Seconde partie : L'apport du droit du travail au temps de l'exécution de l'acte juridique

Titre 1 : L'apport du droit du travail à l'adaptation de l'acte juridique

Chapitre 1 : L'apport du droit du travail à la promotion des adaptations supplétives de l'accord des parties

Chapitre 2 : L'apport du droit du travail au contrôle des adaptations nées de l'accord des parties

Titre 2 : L'apport du droit du travail à l'encadrement des ruptures de l'acte juridique

Chapitre 1 : L'apport du droit du travail à l'encadrement des modalités de la rupture de l'acte juridique

Chapitre 2 : L'apport du droit du travail au contrôle de la légitimité de la rupture de l'acte juridique

INTRODUCTION

1. L'étude des rapports entre le droit du travail et le droit civil est souvent marquée par de forts accents anthropomorphiques, allant même parfois jusqu'à emprunter son vocabulaire à l'analyse freudienne¹. En témoigne la formule du Professeur Radé, pour qui « *le droit du travail est né à la fin du dix-neuvième siècle des amours tumultueuses du droit civil (...) et du droit administratif* », ajoutant que « *l'enfant terrible a depuis constamment cherché à s'affranchir de la tutelle exercée par ce père omniprésent, envisageant même parfois de le tuer afin de vivre plus librement sa liaison avec la discipline mère, jugée plus proche de ses aspirations protectrices* »². Il est vrai que l'image de la rencontre de deux logiques *a priori* opposées³, celle d'un droit du travail d'essence prolétarienne⁴, refusant que le travail soit traité comme un bien matériel⁵, avec celle d'un droit civil au service des possédants⁶, a largement contribué à nourrir cette jeunesse conflictuelle⁷, de type œdipien⁸.

¹ Ch. SEULIN, « Le complexe d'Œdipe dans l'œuvre de Freud ». in *Actualité de l'Oedipe*, G. Cabrol, F. Nayrou, H. Parat (dir.), PUF, Paris, 2007, p. 11.

² Ch. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1997, tome 282, n°1.

³ C. SAINT-DIDIER, *Droit du travail et droit des obligations : étude d'une opposition*, thèse Aix-Marseille, 1996 ; plus récemment, et sans doute plus nuancées quant aux rapports entre les deux logiques, Ch. GERMAIN, *Droit du travail et théorie de l'acte juridique*, thèse Bordeaux, 2000 ; F. KHODRI-BENAMROUCHE, *Le Code civil dans les relations de travail*, thèse Saint-Étienne, 2002.

⁴ G. SCELLE, *Le droit ouvrier : tableau de la législation française actuelle*, A. Colin, Paris, 1922 ; J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. Forum, Paris, 1996, p. 162, estimant que « *l'ordre public qui hante le contrat de travail y a pris, du reste, une autre originalité : alors que, de droit commun, il se serait voulu impartial, prêt à secourir l'un quelconque des contractants, sans acceptation de catégories – ici, il a choisi son camp une fois pour toute ; il est, sinon contre les patrons, du moins pour les salariés : c'est à ceux-ci, non à ceux-là, qu'il interdit tout renoncement* » ; dans le même sens L. JOSSERAND, « Sur la reconstitution d'un droit de classe ». *D.* 1937, chron., p. 1 ; G. LYON-CAEN, « Divagation sur un adjectif qualificatif ». in *Mélanges Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 348, rappelant que « *s'il y a du social en droit du travail, c'est qu'il est demeuré habituel que celui-ci soit envisagé comme le droit de la protection des travailleurs salariés* » ; voir également G. RIPERT, « Les forces créatrices du droit », LGDJ, Paris, 2^e éd., 1994, p. 264, assimilant les lois dites sociales à « *celles qui détruisent ou amoindrissent les fortunes acquises, qui condamne l'exercice abusif des droits individuels, qui empêche l'acquisition par le contrat de situations privilégiées* ».

⁵ P. DURAND, *Traité de droit du travail*, tome 1, Dalloz, Paris, 1947, p. 113 ; voir également G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1994, p. 275 ; plus proche de nous A. SUPLOT, *Critique de droit du travail*, PUF, Paris, 2^e éd., 2007, p. 45 et s.

⁶ R. SAVATIER, « Destin du Code civil français : 1804-1954 ». *RIDC* 1954, p. 637.

⁷ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°28.

⁸ A. BERNARD, « La grève, quelle responsabilité ? ». *Dr. soc.* 1986, p. 635, cité par Ch. RADÉ, *op. cit.*, p. 1.

2. Au sortir de l'adolescence, la relation entre les deux disciplines est apparue plus apaisée, sans que le droit du travail n'en vienne pour autant renoncer à son « *particularisme* »⁹ ou à la « spécificité de ses finalités »¹⁰. Rompant avec la figure d'un droit unilatéralement protecteur du salarié, ses représentations téléologiques ont alors mis davantage en lumière l'ambivalence de la matière¹¹. Ainsi, pour Gérard Lyon-Caen, les normes du droit du travail ont toujours un double visage, d'une part elles légalisent un ordre avantageux pour les détenteurs de capitaux et ceux qui les représentent, d'autre part et simultanément elles expriment les luttes et les revendications de ceux qui ont à se défendre contre cet ordre¹². L'essor de cette approche conciliatrice a sans doute permis d'atténuer la défiance du droit du travail vis-à-vis du droit civil¹³, et l'antagonisme originel a peu à peu cédé la place à ce qui s'apparente aujourd'hui à une coexistence enfin pacifique¹⁴.

3. Parvenu à l'âge adulte, et bénéficiant de l'autonomie que lui reconnaît une partie de la doctrine¹⁵, le droit du travail n'a pas cherché à renier en bloc un capital génétique de concepts hérité de la discipline mère¹⁶. « *Comme toujours dans les familles* », observe le Professeur

⁹ P. DURAND, « Le particularisme du droit du travail ». *Dr. soc.* 1945, p. 298.

¹⁰ A. SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? ». *Dr. soc.* 1990, p. 485, voyant dans le droit du travail « *le droit commun des rapports de dépendance économique* ».

¹¹ M. BONNECHÈRE, *Le droit du travail*, La Découverte, Paris, 2008 ; voir également, Ch. RADÉ, « 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*, LexisNexis, Dalloz, Paris, 2012, évoquant plus volontiers « *le mythe fondateur d'une antinomie des mythes fondateurs* ».

¹² G. LYON-CAEN, « À propos de quelques ouvrages de doctrine ». *Dr. soc.* 1978, p. 294.

¹³ Dès 1944, Durant voyait dans « *la relation ou rapport de travail, indépendante du contrat de travail (...)* [une] *conception nouvelle et douée d'une telle force d'expansion qu'elle gagne d'autres contrats et finit même par atteindre la théorie générale des obligations* », P. DURAND, « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP* 1944, I, n°387.

¹⁴ J. MOULY, « Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique ». in *Mélanges Lambois*, PU Limoges, 2004, p. 360, observant que les travaillistes « *ne dédaignent plus étudier les sanctions civiles applicables dans les rapports salariés, ils savent bien que le droit commun n'est pas forcément une arme destinée à combattre les objectifs poursuivis par le législateur social, mais qui peut au contraire s'avérer utile dans certains cas, à la réalisation de ceux-ci* ».

¹⁵ M. DUVERGER, « Essai sur l'autonomie du droit professionnel ». *Dr. soc.* 1944, p. 276 ; G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail (La prescription abrégée de la créance de salaires) ». *D.* 1956, chron. VI, p. 23 ; G. LYON-CAEN, « Anomie-Autonomie-Hétéronomie en Droit du travail ». in *Mélanges Horion*, Liège, 1972, p. 173.

¹⁶ Madame Juliette ROBICHEZ parle à ce sujet de « *réroaction de la théorie générale des obligations dans le droit spécial* », J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, thèse Paris I, 1999, n°355 ; voir également J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux ». in *Liber Amicorum Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, p. 279, pour qui une conception tempérée de l'autonomie conduit à observer « *que certains droits spéciaux tantôt infléchissent, bouleversent ou rejettent les principes ou les règles du droit commun, tantôt les appliquent sans difficulté* » ; s'agissant de l'emprunt du droit du travail au droit civil, voir Ch. RADÉ, « La figure du contrat dans le rapport de travail ». *Dr. soc.* 2001, p. 802 ; 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 *Le code*

Gautier, « lorsque tous vieillissent, les rapprochements et les réconciliations se font, les jeunes influencent les anciens et vice versa, ces derniers n'ayant plus d'autre autorité parentale à faire valoir que leur expérience et leur sagesse »¹⁷. Bien loin de l'irréductible opposition des débuts, le droit du travail en viendrait même à participer à ce phénomène de « feed back »¹⁸, par lequel le droit spécial nourrit plus que jamais le droit général des contrats¹⁹. Nombreux sont ainsi les auteurs pour qui le « réalisme » de la jurisprudence relative au droit des contrats spéciaux contribue au renouvellement de la théorie du contrat²⁰. Certains vont même jusqu'à préconiser de débusquer le général de demain sous le spécial d'aujourd'hui²¹, considérant que la rationalité formelle du Code civil ne peut totalement s'abstraire des situations concrètes²².

civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir, Dalloz, Paris, 2004, p. 575. Pour des illustrations de ce phénomène, G. AUZERO, « Le syndicat-contrat ». in *Mélanges Gaudu*, IRJS éditions, Paris, 2014, p. 255 ; A. BOUSIGES, « L'évolution de la force majeure en droit du travail ». in *Mélanges Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 83 ; dans le même sens X. LAGARDE, « Aspects civilistes des relations individuelles de travail ». *RTD civ.* 2002, p. 435, « depuis quelques années, les référence au code civil, spécialement à l'article 1134, sont de plus en plus nombreuses dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation » ; dans l'optique de la réforme du droit des contrats initiée par la Chancellerie, voir S. BRISSY, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations : une source d'évolution pour le droit du travail ? ». *Dr. soc.* 2007, p. 8.

¹⁷ P.-Y. GAUTIER, « Les interactions du droit civil et du droit du travail ». in *Les sources du droit du travail*, B. Teyssié (dir.), PUF, Paris, 1998, p. 147, l'auteur en conclut que « le droit du travail est devenu plus contractuel et le droit civil, plus humain ».

¹⁸ J.-J. DUPEYROUX, « Droit civil et droit du travail : l'impasse ». *Dr. soc.* 1988, p. 373, « la "remontée" de concepts propres aux branches nouvelles est a priori moins naturelle, moins spontanée ; et cependant on rencontre assez fréquemment ce phénomène de "feed back" » ; dans le même sens Ph. REMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions ». in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadiet, G. Cornu, (dir.), Economica, Paris, 1987, p. 275, pour qui « Théorie générale et contrats spéciaux paraissent aujourd'hui reliés par une sorte de "feed-back" permanent. De "nouvelles façons de considérer le contrat" nous viennent de la législation spéciale, de la pratique contractuelle, de la jurisprudence. La théorie générale continue de faire son miel des apports du droit spécial ».

¹⁹ Ph. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats ». in *Mélanges Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 351.

²⁰ Notamment Ph. REMY, « La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit civil ». in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, Journées René Savatier, PUF, Paris, 1986, p. 103.

²¹ L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats ». in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, Paris, 1987, p. 25 ; dans le même sens G. CORNU, « Introduction ». in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, Journées René Savatier, PUF, Paris, 1986, p. 101, « et si le particulier préparait en secret le général ? Et si le général versait déjà sous le particulier ? Et s'il y avait un renouveau du général, pour demain, par le particulier d'aujourd'hui ? ».

²² B. OPPETIT, « Droit et économie ». *APD* 1992, p. 18 ; sur l'articulation des rationalités formelles et matérielles, voir *infra*, n°45 ; *comp.* Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2009, tome 509, n°315 et s. déplorant que le phénomène conduise à une « érosion de la valeur normative des dispositions communes ».

4. La relation du droit du travail avec le droit civil n'échappe pas à cette tendance. Elle aussi est régulièrement appréhendée sous l'angle d'un apport du premier au second²³, y compris parfois à l'étranger²⁴. Le Professeur Mestre souligne ainsi que parmi tous les facteurs qui font ainsi évoluer la théorie générale, la considération des relations de travail est sans doute loin d'être la moindre²⁵. À travers son irrévérence inventive²⁶, le droit du travail est perçu comme un facteur de renouveau du droit civil²⁷, notamment dans les hypothèses où l'une des parties à l'engagement se trouve dans un état de vulnérabilité ou de dépendance économique²⁸. En pareil cas, les garanties offertes au salarié apparaissent comme une source d'inspiration pour la protection de toute une série de professionnels (concessionnaires, franchisés, intermédiaires commerciaux²⁹, auxquels on peut encore ajouter les avocats collaborateurs, les agriculteurs intégrés, ou les fournisseurs de la grande distribution), dont la situation économique n'est pas fondamentalement différente de celle des salariés³⁰. Pour le Professeur Supiot, « en ce début de XXI^e siècle, le droit social (entendu au sens français de droit du travail de la sécurité sociale) ne peut plus être conçu comme un droit spécial, dérogeant au droit commun des contrats ; il est devenu le droit commun des rapports de dépendance et influence à ce titre le droit civil dont il est issu »³¹. Sous cet angle, le contrat de travail serait également susceptible de constituer une sorte de laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux³².

5. Le travailliste peut difficilement rester insensible aux vertus ainsi prêtées à sa discipline, mais l'enthousiasme cède vite la place à la prudence. En effet, si l'idée d'un apport du droit

²³ Tout en rappelant l'existence d'un phénomène inverse, par exemple A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – Influences croisées (1988-2003) ». in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, J. Krynen et M. Hecquard-Theron (dir.), PU Toulouse, 2005, p. 151, p. 151.

²⁴ L. MENGONI, « L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile ». *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n° 45, 1990, I, p. 5.

²⁵ J. MESTRE, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats ». *Dr. soc.* 1988, p. 405.

²⁶ J. HAUSER, « L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique » in *Mélanges Derruppé*, Litec, Paris, 1991, p. 1, à côté de « la hardiesse créative du droit commercial ».

²⁷ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Existe-il une théorie générale du contrat de travail ? ». *RRJ* 2003, p. 1985.

²⁸ Voir aussi L. JOSSERAND, « Tendances actuelles de la théorie des contrats ». *RTD civ.* 1937, p. 1, observant que « la transformation qui s'opère dans le domaine contractuel (...) se lie à l'affaiblissement du point de vue individuel et à la mise en valeur du point de vue social (...) ».

²⁹ M. FABRE-MAGNAN, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations ». *SSL* 28 octobre 2002, n° 1095, p. 32.

³⁰ J. MESTRE, *op. cit.*

³¹ A. SUPIOT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats » in *Le Code civil entre jus commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 47.

³² A. MARTINON, « Le contrat de travail, laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? ». *LPA* 2012, n°238, p. 16.

du travail au droit commun fleurit volontiers dans les manuels de droit du travail³³, elle demeure généralement absente des ouvrages de droit civil qui lui préfèrent³⁴, à quelques exceptions près³⁵, l'influence du droit de la consommation³⁶ et de la concurrence³⁷. Aussi convient-il de bien s'entendre sur la physionomie du phénomène envisagé, avant d'affirmer l'existence d'une quelconque force de suggestion travailliste.

Sous des abords anodins, la question, car c'en est une, de l'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique ne se laisse pas facilement appréhender. Parmi les termes qui la composent, celui de « droit du travail » est probablement le moins problématique. D'un point de vue matériel³⁸, il est ainsi le droit des relations professionnelles du secteur privé formé par l'ensemble des règles applicables aux relations individuelles et collectives de travail³⁹. Celles-ci comprennent les sources imposées – d'origine supranationale, constitutionnelle, législative, réglementaire et prétorienne – par un organe extérieur à l'entreprise, ou par l'employeur – *via les usages* de l'entreprise, les engagements unilatéraux et dans une moindre mesure le règlement intérieur – mais aussi, celles que l'on peut qualifier de négociées, comme les conventions et accords collectifs ou le contrat de travail.

³³ Par exemple G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°28, considérant que « le droit du travail participe certainement de la constitution d'un commun des relations contractuelles de dépendance, et influence à son tour certaines évolution du droit civil » ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, « la théorie générale des obligations a connu une évolution notable par emprunt aux techniques du droit social. La dimension individualiste du rapport contractuel a dû composer avec le développement d'un droit plus collectif de la consommation soucieux de protéger la "partie faible" ; le juge judiciaire a tendance à s'immiscer dans le rapport contractuel qui ne se limite plus à la loi des parties. On assiste ainsi à une certaine convergence des finalités et des techniques ».

³⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°47 ; J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Les obligations. I. L'acte juridique*, Sirey, Dalloz, Paris, 14^e éd., 2010, n°74 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, Paris, Litec, 13^e éd., 2014 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Les obligations*, Paris, Defrénois-Lextenso, 3^e éd. 2007, n°22.

³⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 14^e éd. 2014, n°6.

³⁶ F. BERENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, PUAM, 2007. ; N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, PUAM, Aix-en-Provence, 2002 ; J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats ». *RTD civ.* 1994, p. 239.

³⁷ M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2004, tome 32 ; F. DREIFUSS-NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations ». *RTD civ.* 1990, p. 369.

³⁸ Lequel renvoie à la matière régie par le droit spécial, J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux ». in *Liber Amicorum Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, p. 279 ; pour une présentation des différents critères d'appréciation - critère subjectif, critère substantiel, critère formel, critère finaliste - voir J. ROBICHEZ, *op. cit.*, n°9 et s.

³⁹ Ch. RADÉ, *op. cit.*, n°6.

6. Le droit du travail doit également être considéré sous le visage d'une « discipline » et non pas seulement comme une branche du droit⁴⁰. Là où cette dernière correspond à une logique et à une cohérence interne du système juridique, une juridiction spéciale par exemple, la discipline regroupe au contraire plusieurs branches et implique aussi des connaissances extra-juridiques⁴¹. Concrètement, il existe, à côté du droit du travail *stricto sensu*, un droit pénal des relations professionnelles, un droit commercial des relations professionnelles, un droit processuel des relations professionnelles, mais aussi un droit civil des relations professionnelles élaboré par la jurisprudence à partir du droit civil classique pour compléter le régime juridique spécial⁴². De plus, comme le relève Madame Robichez, au terme de branche vient toujours se greffer l'adjectif autonome⁴³, ce qui peut être source d'ambiguïté compte tenu des différentes acceptions de la notion d'autonomie⁴⁴.

7. En tant que source normative, le cas de la doctrine nous paraît devoir être traité à part. Son influence sur la jurisprudence a nourri, on le sait, de vifs débats⁴⁵, et a déjà fait l'objet de plusieurs études⁴⁶. Selon certains auteurs, les réflexions et propositions émises par la doctrine occuperaient une place essentielle dans l'esprit du magistrat, et par extension dans la jurisprudence⁴⁷. Tout en partageant cette analyse, il faut cependant reconnaître que l'existence et la portée des rapports entre discours doctrinaux et jurisprudentiels demeurent difficiles à caractériser⁴⁸, comme l'indiquait le Président Canivet en parlant à ce sujet d'« *effets*

⁴⁰ Entendue comme « un ensemble cohérent et autonome de règles, adapté à un secteur déterminé d'activités », J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, A. Colin, Paris, 8^e éd., 2000, n°45.

⁴¹ G. FARJAT, *Droit économique*, PUF, Paris, 1982, 2^e éd., p. 22.

⁴² Ch. RADÉ, *op. cit.*, n°6.

⁴³ J. ROBICHEZ, *op. cit.*, n°9 et s.

⁴⁴ Voir *infra*.

⁴⁵ Pour un résumé de la controverse, Ch. CHÊNE, « Jean Carbonnier et la querelle de la source ou de l'autorité : permanence d'un vieux débat ? ». *RLDC* 2006, p. 71.

⁴⁶ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine française au XIX^e siècle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 381 ; F. GÉA, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Fondation Varenne, LGDJ, Collection des thèses, 2009.

⁴⁷ P.-Y. GAUTIER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence ». *Bull. inf. C. Cass.* 2004, n°590, considérant que « le juge reste l'enfant de la doctrine » ; dans le même sens J.-D. BREDIN, « Remarques sur la Doctrine ». in *Mélanges Hébraud*, PU Toulouse, 1981, p. 111 ; plus nuancé, X. LAGARDE, « Mondialisation, restructuration et jurisprudence sociale ». *JCP* 2001, I, 371, pour qui il faut « admettre qu'il n'est pas de droit sans jurisprudence et qu'au surplus, il n'est pas de jurisprudence sans doctrine ».

⁴⁸ F. GÉA, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Fondation Varenne, LGDJ, Collection des thèses, 2009, n°827, « Le dialogisme offre le cadre conceptuel qui permet de penser les rapports entre discours doctrinaux et jurisprudentiels. L'interaction n'est pas uniquement celle qui se manifeste sous une forme externe, elle se réalise avant tout sous la forme d'un dialogue interne ».

d'optique »⁴⁹. Partant, le droit du travail, tel que nous l'entendons, doit être envisagé *de lege lata*⁵⁰. Que l'on partage ou non les critiques adressées par la doctrine aux normes du travail en vigueur, il paraît en effet imprudent d'appréhender ces dernières *de lege ferenda* au moment d'identifier, et d'apprécier, leur éventuel apport à la théorie générale de l'acte juridique⁵¹ : prétendre mesurer l'apport de X à Y en s'appuyant sur ce qui n'est qu'une perception critique ou idéalisée, et donc inévitablement éloignée de X, s'avère des plus hasardeux⁵².

8. La référence à la « théorie générale » de l'acte juridique n'implique pas, en revanche, de refléter avec exactitude le droit en vigueur⁵³. Selon Piotr Sztompka, d'un point de vue fonctionnel la théorie est conçue comme un ensemble de propositions qui expliquent certains phénomènes, événements ou processus, qui répond à la question « pourquoi »⁵⁴. Rapportée au droit, cette acception de la théorie est complétée par les propos des Professeurs Jestaz et Jamin pour lesquels la théorie générale désigne un ensemble de définitions et de principes ordonnés autour d'un certain objet dans le dessein d'expliquer de manière cohérente les solutions positives et de guider les solutions futures⁵⁵, ce que Monsieur Sztompka appelle la fonction pronostic de la science⁵⁶. Tel que l'expose le Professeur Savaux, une théorie générale se présente « *comme une recherche d'essence sous l'accident, d'unités sous la diversité des règles. Il s'agit d'établir une cohérence, des régularités que la simple réalité brute ne livre pas. Elle est dans la pensée relative au Droit, non dans le Droit* »⁵⁷. En ce sens, l'auteur voit

⁴⁹ Sur cette question voir aussi G. CANIVET, « La Cour de cassation et la doctrine. Effets d'optique ». in *Mélanges Aubert*, Dalloz, Paris, 2005, p. 373

⁵⁰ Voir R. CHAPU, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, Paris, 1953, tome 8, n°7, dont nous suivons ici la démarche, présentée par l'auteur comme « *une étude de droit positif et de droit jurisprudentiel ; c'est-à-dire indifférente aux doctrines élaborées sur notre matière, dont la présentation et, le cas échéant, la discussion, ne seront faites que dans les cas où elles se révéleraient utiles pour poser plus exactement un problème ou jeter une plus vive lumière sur sa solution* ».

⁵¹ Ce qui ne nous empêchera pas bien sur de revenir sur les solutions travaillistes qui nous paraîtront discutables.

⁵² Il en ira différemment du discours doctrinal militant pour une diffusion des solutions travaillistes de droit positif au-delà de la discipline et sur lequel nous nous appuierons.

⁵³ S. PIMONT, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? ». *RTD civ.* 2009, p. 417.

⁵⁴ P. SZTOMPKA, *System and Function*, Academic Press, New York, 1974, cité par Ch. GRZEGORCZYK, « Statut et fonction de la théorie dans la science du droit ». *APD* 1977, p. 177 ; à côté de la définition fonctionnelle de la théorie, Sztompka retient une approche structurale qui « *consiste à énumérer les propriétés spécifiques des propositions élémentaires qui forment la théorie, plus éventuellement les propriétés spécifiques de leur ordonnancement* », Ch. GRZEGORCZYK, *ibidem*.

⁵⁵ Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, Paris, 2004, p. 230 ; voir aussi Ch. GRZEGORCZYK, *op. cit.*, p. 207, pour qui, « *la finalité de toute science est de constituer sa théorie, étant entendu que celle-ci ne se réduit pas à la simple somme de propositions relatives aux faits du réel* ».

⁵⁶ P. SZTOMPKA, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁷ É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1997, tome 264, p. 13.

dans la théorie générale du contrat l'expression d'un « *droit commun des livres et des amphithéâtres* »⁵⁸. Dans cette perspective, le discours doctrinal, et sa dimension prescriptive, sont au moins aussi importants que l'objet auquel ils se rapportent : la théorie participe de la réalité mais ne l'incarne pas ; elle la modèle et la déforme en la reflétant plus qu'elle ne la transcrit⁵⁹.

9. La théorie générale de l'acte juridique s'inscrit parfaitement dans cette dynamique structurée par l'observation du droit positif et portée par une appréciation heuristique, sinon critique de celui-ci⁶⁰. En droit privé français⁶¹, l'acte juridique est classiquement associé à une manifestation de volonté en vue de réaliser certains effets de droits, tels que l'acquisition, la transmission, la modification ou l'extension d'un droit⁶². L'existence d'une volonté tournée vers la production d'effets de droit permet de distinguer l'acte juridique du fait juridique. En effet, ni la manifestation de volonté, ni la production d'effet de droit ne sont caractéristiques de l'acte juridique ; le fait juridique est aussi une manifestation de volonté et produit aussi des effets de droit. L'élément essentiel réside dans le lien nécessaire entre les deux autres éléments⁶³. Autrement dit, pour savoir si une manifestation de volonté à incidence juridique est ou non un acte, il faut en effet se demander si son auteur a entendu ou n'a point entendu produire ces effets⁶⁴. C'est cette définition de l'acte juridique que nous retiendrons avant de revenir plus longuement sur certains de ses éléments constitutifs⁶⁵.

⁵⁸ É. SAVAUX, *op. cit.*, p. 300.

⁵⁹ J.-P. CHAZAL, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat ». *RDC*2003, p. 29.

⁶⁰ J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, relevant, à propos de la théorie du contrat, que celle-ci comporte « *une dimension normative et non pas seulement descriptive* »

⁶¹ Le droit privé français n'est pas le seul à accueillir une théorie de l'acte juridique, ce dernier est expressément envisagé par le Code civil allemand, là où son homologue français lui préfère la figure du contrat, sur cette question A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1961, tome 19.

⁶² G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations*, tome 1, *Les sources*, Sirey, Paris, 2^e éd., 1988, n°149 ; dans le même sens F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°5 ; J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Les obligations. I. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, 60, définissant l'acte juridique comme « *un acte volontaire spécialement accompli dans les conditions du droit objectif en vue de produire des effets de droit dont la nature et la mesure sont elles-mêmes voulues* » ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, Paris, Litec, 13^e éd., 2014, n°25.

⁶³ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse Paris, 1969, p. 109 ; « *s'il est vrai, en effet, que les actes juridiques sont tous volontaires, certains faits juridiques le sont également : le délit et la gestion d'affaires, notamment. Mais, même dans ce cas, c'est seulement le fait accompli qui est voulu ; les conséquences qu'il produit – et, spécialement, les obligations qu'il engendre – ne le sont pas* », J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°60.

⁶⁴ G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1961, tome 27, n°11.

⁶⁵ Voir *infra*, n°53 et s.

10. Le choix de la théorie générale de l'acte juridique comme point d'ancrage d'une éventuelle diffusion des solutions forgées en droit du travail ne doit par ailleurs rien au hasard. Cibler l'acte juridique conduit tout d'abord à inclure dans la présente recherche, non seulement le contrat, mais aussi les actes unilatéraux, et notamment l'engagement unilatéral de volonté⁶⁶. À l'inverse, nous laisserons en dehors de notre propos l'examen des obligations qui n'ont pas directement pour origine une manifestation de volonté tournée vers la production d'effets de droit, qu'elles relèvent d'un fait juridique⁶⁷, ou de la responsabilité civile contractuelle⁶⁸.

11. Ensuite, l'étude de l'acte juridique à travers le prisme d'une théorie générale présente plusieurs avantages. Comme nous l'avons vu, la référence à une théorie générale autorise une certaine prise de distance avec le droit positif. Pour autant, ce refus de l'amalgame ne doit pas conduire à opposer théorie et pratique : une théorie de l'acte juridique ne peut être bâtie qu'en référence à des actes juridiques identifiables et à partir desquels il est possible de dégager des lignes de forces ou des caractères communs⁶⁹. À défaut, se profile le danger d'un écart entre la vision du droit qui nous est familier et la réalité, et avec lui le spectre d'un « *déphasage de l'analyse juridique par rapport à la réalité sociale* »⁷⁰. C'est donc en prenant appui sur l'observation des règles applicables aux actes juridiques que nous envisagerons l'apport du droit du travail, aussi bien dans l'optique d'une évolution des solutions en vigueur, que sous l'angle d'un renouvellement des représentations dont celles-ci font l'objet⁷¹.

⁶⁶ « Alors que le contrat est un accord de volonté, l'acte juridique se définit, de manière plus générale, comme étant tout acte accompli volontairement en vue de produire des effets de droit : ce qui inclut notamment les actes unilatéraux, c'est-à-dire ceux qui sont l'oeuvre d'une seule volonté », J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°55.

⁶⁷ « les obligations semblent devoir se rattacher à deux sources fondamentales des engagements des hommes : la promesse et la faute », F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°5

⁶⁸ D'autant que la question des rapports entre le droit du travail et le droit de la responsabilité civile a déjà fait l'objet d'études approfondies, notamment Ch. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1997, tome 282.

⁶⁹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthode du droit, Paris, 5^e éd., 2012, n°5, observant, au titre du « contenu de la théorie générale », que les juristes partent « des solutions établies par des textes, la tradition judiciaire ou la pratique, les rattachent à des principes généraux dont on peut ensuite déduire d'autres solutions pour résoudre des problèmes nouveaux, de nouvelles formes d'activités, de nouveaux rapports juridiques ».

⁷⁰ P. DURAND, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé ». *D.*1956, chron., p. 73.

⁷¹ Même si chacun sait, qu'en la matière, la doctrine s'est montrée particulièrement active dans son entreprise d'explication et de systématisation, pour une présentation synthétique D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de*

12. De ce point de vue, il est important de préciser que les normes servant à échafauder la théorie générale de l'acte juridique ne se limitent pas aux seules « *règles communes* [issues du Code civil] *applicables à tous les types* [d'actes juridiques] *quels qu'ils soient* »⁷². D'une part, l'idée d'un droit commun des actes juridiques n'est guère répandue en droit français, le Code civil ayant fait le choix, contrairement à son homologue allemand⁷³, de traiter des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Cela n'empêche pas néanmoins de relever que le contrat reste à l'acte juridique ce que l'espèce est au genre⁷⁴, et qu'à ce titre il partage avec lui certains traits de caractères⁷⁵.

13. D'autre part, si l'on prend l'exemple du contrat, on constate vite que le contrat de la théorie générale est une pure abstraction⁷⁶, que tous les contrats sont spéciaux et qu'il n'existe pas de contrat général⁷⁷. La pratique repose invariablement sur la conclusion d'actes juridiques dont le régime emprunte quasi systématiquement aux législations spéciales⁷⁸, y compris parfois en matière d'engagements innommés⁷⁹. En somme, le droit civil ne fournit

culture juridique, PUF, Quadrige, Paris, 2003, « Théorie de l'acte juridique », pp. 7 et s. ; voir également *infra*, n°97 et s. à propos de la théorie synthétique de l'acte juridique.

⁷² M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. I. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit privé, Paris, 3^e éd., 2012, n°5, la définition proposée par l'auteur visant ici le droit commun des contrats.

⁷³ Le Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, comporte une section entière intitulée « Des actes juridiques » (articles 104 à 185), *Code civil allemand*, traduit et annoté par C. BUFNOIR, J. CHALLAMEL, J. DRIOUX, F. GÉNY, P. HAMEL, H. LÉVY-ULLMANN, R. SALEILLES, Imp. nationale, Paris, 1914 ; R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Librairie Cotillon, R. Pichon, Librairie du Conseil d'Etat et de la société de législation comparée, Paris, 1901.

⁷⁴ P. TERCIER, P. PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, Schulthess Verlag, Zürich, 2012, n°138, cités par C. WITZ, « Contrat ou acte juridique ». in *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz, Paris, 2009, et qui rappellent à propos de l'acte juridique que « *le contrat en reste l'application la plus importante, la seule que le Code ait décrite en détail* ».

⁷⁵ Ainsi, les conditions de validité de l'acte juridique recourent dans une assez large mesure celles prévues par le Code civil au sujet du contrat. Selon les espèces d'actes juridiques, celles-ci connaîtront des aménagements, comme en matière d'acte unilatéral où la cause, pour ne prendre que cet exemple, se limite aux mobiles de l'auteur, sur ce point J. MARTIN de LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Sirey, Paris, 1949, n°239.

⁷⁶ É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, *op. cit.*, n°107.

⁷⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois - Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 7^e éd., 2014, n°1.

⁷⁸ Ch. ATIAS, « La chose dans le contrat : un bien en général ou des biens spéciaux ». in *La relativité du contrat*, LGDJ, 1999, p. 67, rappelant qu'« *une théorie générale n'est digne de ce nom que si elle s'alimente à la source des régimes spéciaux ; elle ne peut dégénérer en un cadre rigide et invariable, tenu pour incontestable et définitivement supérieur* ». L'auteur ajoute que « *la reconnaissance d'un droit spécial peut être le moyen de veiller au maintien des principes éprouvés, sans empêcher la découverte et la consécration des nuances, des assouplissements, des compléments dont ils ont besoin* ».

⁷⁹ L'innommé peut, dans certaines hypothèses, préférer se nourrir d'un droit spécial dont les caractéristiques lui apparaissent plus proches que celles de la théorie générale des obligations, par exemple N. DISSAUX, « La gérance-mandat : une troisième voie ? ». *D.* 2010, chron., p.667 ; *comp.* D. GRILLET-PONTON, « Nouveau

qu'une assise normative partielle à la théorie générale de l'acte juridique. À côté du droit civil *stricto sensu*⁸⁰, qui ne constitue qu'un aspect du droit privé⁸¹, il faut ainsi considérer l'apport du droit du travail en prenant en compte les arbitrages rendus par les droits spéciaux⁸². La précision est importante dans la mesure où certaines des évolutions suggérées par le droit du travail visent des types particuliers d'actes juridiques, comme par exemple les contrats de dépendance. Dans cette optique, l'apport s'inscrit dans le sillage de ce que l'on associe parfois à une théorie générale des contrats spéciaux⁸³.

14. Il arrive par ailleurs que l'adaptation du droit commun « *n'ait pas nécessairement en vue la modification du régime de tous les contrats. Elle cherche [ici] seulement à pallier l'étroitesse du champ d'application d'une norme spéciale, et ne fait appel au droit commun que pour atteindre certains contrats non visés par la disposition spéciale* »⁸⁴ ; on parle alors d'amplification par mimétisme⁸⁵. Concrètement, tel que le résume le Professeur Goldie-Genicon, une règle commune adopte le visage d'une disposition spéciale pour la faire rayonner au-delà de son champ d'application initiale. L'auteur prend ici l'exemple de la jurisprudence qui se saisit du vice de violence pour sanctionner, en dehors du champ d'application du droit de la concurrence, les abus de dépendance économique⁸⁶.

regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle ». D.2000, p. 331, pour qui « *à l'abri de réglementations nommées parfois sclérosantes, le contrat innommé se nourrit essentiellement de la théorie générale* ».

⁸⁰ « (...) dans une conception plus étroite, on peut en venir à réduire le domaine du droit civil, en partant de droit privé, mais en retirant le droit commercial, le droit social, voire, en allant toujours plus loin, le droit rural, et peut-être d'autres branches encore », L. LEVENEUR, « Le Code civil, cadre normatif concurrencé ». in *Le Code civil : une leçon de légistique ?*, B. Saintourens (dir.), Economica, 2006, p. 123.

⁸¹ D. ALLAND, S. RIALS, *op. cit.*, « Droit civil », p. 438, « *le droit civil actuel ne constitue enfin qu'un aspect du droit privé. Nombre d'autres règles relatives aux fortunes privées ont depuis longtemps fait sécession : le droit commercial, en raison de son caractère transnational ; le droit du travail, en raison de la spécificité de l'enjeu, le travail et son salaire ; le droit de la consommation pour des raisons d'ailleurs fort proches* ».

⁸² Suivant en cela la démarche déjà empruntée par d'autres, notamment S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, Paris, 2012, tome 27 ; J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, Economica, Paris, 2012, tome 30.

⁸³ Voir D. MAINGUY, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ». *RDC* 2006, p. 615. Il s'agirait là « *un nouveau corps de règles rassemblant à un niveau inférieur par rapport à la "théorie générale du contrat", mais supérieur au droit de chaque convention, des principes valables pour plusieurs types de contrats* », É. SAVAUX, « La notion de théorie générale, son application en droit des contrats. Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux ». *LPA* 2012, n°238, p. 5.

⁸⁴ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2009, tome 509, n°264, le droit commun est simplement vu « *comme un ersatz du droit spécial [permettant] de combler ce que la jurisprudence considère comme lacunes du droit spécial* ».

⁸⁵ Ch. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1997, tome 282, n°153.

⁸⁶ Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n°263.

15. Dans d'autres hypothèses, l'essaimage des solutions spéciales au sein des autres disciplines du droit privé s'opère indépendamment de toute référence au droit commun. C'est ce phénomène de greffes entre contrats spéciaux⁸⁷ que constate le Professeur Supiot, lorsqu'il estime que la convention collective aurait fourni un modèle de norme négociée que l'on retrouve aujourd'hui dans les accords professionnels appliqués aux domaines de l'agriculture intégrée ou chez certaines professions libérales⁸⁸. Il en irait de même s'agissant de la faculté de dénoncer le solde de tout compte qui aurait préfiguré, selon le Professeur Verkindt, le droit de rétraction offert au consommateur⁸⁹.

16. Du retour⁹⁰ opéré par les droits spéciaux sur les règles communes⁹¹, auxquelles les premiers n'hésitent d'ailleurs pas à s'alimenter pour combler leurs interstices⁹², voire à revenir dès que les raisons d'y faire échec ont disparu⁹³, aux greffes entre contrats spéciaux, c'est peu dire que les techniques et interprétations développées par le droit du travail bénéficient d'un domaine de diffusion potentiellement très vaste. Mais pour s'en assurer, encore faut-il préciser la physionomie de ce renouvellement du général sous l'action des législations spéciales⁹⁴. En effet, alors qu'il est volontiers souligné par la doctrine, son *modus*

⁸⁷ N. DISSAUX, « La gérance-mandat : une troisième voie ? ». *D.* 2010, chron., p. 667.

⁸⁸ A. SUPIOT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats » in *Le Code civil entre jus commune et droit privé européen*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 72 ; dans le même sens, visant « la création de convention collective de la consommation dont le régime serait assez largement inspiré des conventions collectives de travail », B. BERLIOZ-HOUIN, « Le droit des contrats face à l'évolution économique ». in *Mélanges Houin*, Dalloz, Sirey, Paris, 1985, p. 15 .

⁸⁹ P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail : modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Dalloz, 2004, p. 202.

⁹⁰ F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour ». in *Mélanges Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 925.

⁹¹ Étant entendu que nous visons ici les règles communes aux actes juridiques de droit privé.

⁹² « *Le droit commun va combler les interstices que le droit spécial a négligés de remplir ou qu'il a délibérément laissé à l'application des règles générales* », F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p. 940 ; F. GRUA, « Les divisions du droit ». *RTD civ.* 1992, p. 72, estimant que les droits spéciaux « *ne pourront jamais tout couvrir* » ; on peut par exemple mentionner les vices du consentement qui font l'objet d'un regain d'intérêt en droit du travail depuis l'introduction de la rupture conventionnelle, Y. LEROY, « Rupture conventionnelle : hors vice du consentement, point de salut ! ». *SSL* 2014, n°1617, p. 6.

⁹³ R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun ». *D.* 1961, chr. 91, visant le cas des lois spéciales temporaires et des « *lois spéciales anciennes qui dérogent des principes consacrés ultérieurement par des mouvements législatifs généraux* », à la faveur de la réforme du droit des contrats, on songe ici à l'article 1171 qui prévoit, sur le modèle de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ».

⁹⁴ Tout en gardant à l'esprit que la généralité d'une règle ne signifie pas nécessairement qu'elle présente un degré d'abstraction supérieur à la norme spéciale, « (...) *il n'y a pas d'un côté les règles de droit commun, de la plus grande généralité et de la plus grande abstraction possible, et, d'un autre côté, des droits spéciaux pointillistes. Entre les deux, il existe le plus souvent toute une gradation de lois de moins en moins communes est de plus en*

operandi demeure rarement étudié, comme si la tendance paraissait naturelle et que vouloir l'explicitier serait superflu⁹⁵.

17. Celle-ci n'a pourtant rien d'évidente, tant il est difficile de mesurer son effectivité. En ce sens, l'« apport » (ici, du droit du travail) est certainement l'une des notions les plus évocatrices du phénomène étudié. Selon le Littré, la première occurrence du mot renvoie en effet au lieu d'une ville où l'on apporte les denrées⁹⁶. Dès lors, la fonction nourricière de « l'apport » s'accorde parfaitement à l'idée d'un « feed-back »⁹⁷ du droit du travail sur la théorie de l'acte juridique, l'anglicisme signifiant littéralement « nourrir en retour ». Visant la diffusion d'un procédé, d'une technique, de connaissances nouvelles, le Dictionnaire culturel en langue française voit quant à lui dans l'« apport » une contribution positive de quelqu'un ou de quelque chose⁹⁸. Ses auteurs prennent toutefois soin de préciser que cette définition est récente et n'apparaît qu'au XX^e siècle ; elle était auparavant synonyme d'ajout et ne comportait pas de dimension qualitative particulière. C'est cette acception neutre de l'« apport » que nous retiendrons pour la suite de notre propos.

18. En effet, la possibilité de diffuser une interprétation originale ou de procéder à une distinction inédite⁹⁹, pour ne prendre que ces deux exemples, ne préfigure nullement la pertinence de l'apport¹⁰⁰. Tous les ajouts, toutes les innovations, tous les renouvellements ne

plus spéciales. Par exemple, la réglementation du prix à la consommation fait figure de droit spécial par rapport au droit des obligations, mais elle fait figure elle-même de droit commun par rapport aux réglementations de prêt de choses particulières », F. GRUA, « Les divisions du droit ». *RTD civ.* 1992, p. 61.

⁹⁵ Par exemple F. BERENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, PUAM 2007, n°11, estimant que « le renouvellement du droit commun des contrats par le droit spécial de la consommation apparaît donc d'autant plus naturel qu'il correspond exactement à la relation normale entre droit commun et un droit spécial » ; dans le même sens N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, PUAM, Aix-en-Provence, 2002, qui ne consacre que quelques développements succins à la physionomie des rapports entre droit de la consommation sur la théorie générale du contrat ; dans une moindre mesure, N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000 tome 326, n'envisageant que brièvement les modalités de cette influence.

⁹⁶ C'est dans ce sens, précise le Littré, qu'on appelait le marché du grand Châtelet l'apport de Paris ou l'apport-Paris.

⁹⁷ J.-J. DUPEYROUX, « Droit civil et droit du travail : l'impasse ». *Dr. soc.* 1988, p. 373.

⁹⁸ A. REY, D. MORVAN, *Dictionnaire culturel en langue française*, Dictionnaires le Robert, Paris, 2005, p. 420.

⁹⁹ Par exemple l'obligation d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi sur le fondement de la bonne foi, ou la distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail, sur lesquelles nous reviendrons évidemment plus en détail.

¹⁰⁰ Viennent alors à l'esprit les mots de Rabelais pour qui « science sans conscience n'est que ruine de l'âme », F. RABELAIS, *Pantagruel*, Gallimard, Paris, 1964, p. 137 ; de même Ellul n'a ainsi pas manqué de critiquer les

sont pas nécessairement les bienvenus à l'horizon d'une théorie générale dont il ne faut pas perdre de vue la dimension normative¹⁰¹ et heuristique¹⁰². Pour autant, ce serait faire preuve d'un parti pris excessif que de ne sélectionner que les seules solutions dont la diffusion contribue à revisiter d'une manière que nous jugerions positive la théorie générale de l'acte juridique. Le terme d'« apport » doit ainsi inclure toutes les analyses développées en droit du travail, dès l'instant où elles sont susceptibles d'être reproduites en dehors de la seule relation professionnelle, quitte à mettre l'accent, comme nous le ferons, sur le hiatus entre la faisabilité de l'apport et son opportunité¹⁰³.

19. On touche ici à la question de l'identification de la contribution du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique. À côté des auteurs qui emploient le terme d'« apport » pour désigner le concours des droits spéciaux au renouvellement de la théorie générale de l'acte juridique¹⁰⁴, ou du contrat¹⁰⁵, d'autres envisagent la question en termes d'influence¹⁰⁶. Dans le langage courant, l'influence, nous dit le Littré, s'entend de l'autorité, du crédit ou de l'ascendant qu'exerce une personne sur une autre. Elle renvoie à l'action lente et continue exercée sur une personne ou une chose. De là vient le sens d'autorité, prestige de quelqu'un, qui amène les autres à se ranger à son avis¹⁰⁷. Au plan étymologique, le mot provient du latin

effets de certaines innovations pourtant présentées quasi unanimement comme un progrès technique, J. ELLUL, « Réflexions sur l'ambivalence du progrès technique ». *La Revue administrative*, PUF, n°106, p. 380.

¹⁰¹ J.-P. CHAZAL, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat ». *RDC*, 2003, p. 29.

¹⁰² « Si la théorie juridique se veut radicalement neutre, elle ne peut que fournir un cadre conceptuel abstrait qui, il est vrai, s'applique indifféremment à tous les systèmes nationaux, ou presque, mais qui au fond n'explique rien en dehors de lui-même, et donc n'a aucune valeur heuristique », Ch. GRZEGORCZYK, « Statut et fonction de la théorie dans la science du droit ». *APD* 1977, p. 180.

¹⁰³ Convaincus que nous sommes de la dimension normative du droit, en ce sens Ch. ATIAS, D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait ». *D.*1977, chron., p. 253, déplorant que « la législation rêvée semble devenue étrangère au règne des idées » ; voir plus largement L. HUSSON, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, Paris, 1974, pp. 122 et. s.

¹⁰⁴ Par exemple, J. HAUSER, « L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique » in *Mélanges Derruppé*, Litec, Paris, 1991, p. 1 ; Ph. REMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions ». in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadiet, G. Cornu, (dir.), Economica, Paris, 1987, p. 275, « la théorie générale continue de faire son miel des apports du droit spécial ».

¹⁰⁵ Ph. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats ». in *Mélanges Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, pp. 349-380.

¹⁰⁶ Par exemple, N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, tome 326 ; J. MESTRE, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats ». *Dr. soc.* 1988, p. 405 ; L. CADIET, « Jurisprudence administrative et jurisprudence judiciaire en matière sociale : le jeu des influences ». *Dr. soc.* 1991, pp. 200-210 ; A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – Influences croisées (1988-2003) ». in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, J. Krynen et M. Hecquard-Theron (dir.), PU Toulouse, 2005, p. 151.

¹⁰⁷ A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaires le Robert, Paris, 2010

classique *influere* signifiant « couler dans, s'insinuer dans »¹⁰⁸, ce qui renforce du même coup l'image d'une action fondée sur une logique de persuasion¹⁰⁹ : contrairement au pouvoir, qui implique un recours à des sanctions négatives et qui repose essentiellement sur la contrainte, l'influence fait appel à des raisons positives de se conformer aux suggestions de l'influenceur¹¹⁰. Or, il demeure toujours un peu hasardeux de prétendre saisir un phénomène psychologique aussi fugace, lequel peut de surcroît échapper à ceux-là même qui sont censés en faire l'expérience¹¹¹. C'est pourquoi la notion d'apport nous semble préférable à celle d'influence. Elle permet en effet de limiter l'examen de la contribution travailliste aux seules hypothèses où celle-ci serait conscientisée ; cela ne serait pas nécessairement le cas sur le terrain de l'influence où l'identification du phénomène pourrait prendre des allures divinatoires.

20. Mais l'idée d'apport ne fait pas pour autant disparaître toute incertitude quant à l'effectivité du phénomène étudié. À l'instar de l'influence, l'apport repose également sur une entreprise de conviction : l'apport propose, la théorie dispose¹¹², convaincue, ou incrédule. Le phénomène peut alors être abordé de deux manières différentes : la première repose sur l'affirmation rétrospective de l'apport, la seconde envisage la question sous un angle prospectif. C'est cette dernière approche que nous avons privilégiée, reproduisant en cela l'orientation choisie par d'autres¹¹³.

¹⁰⁸ O. BLOCH, A. MEILLET, W. Von WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, Quadrige, Paris, 2^e éd., 2004, le mot « est formé de *in* et de *fluere* "couler", par extension "s'écouler, tomber mollement", d'où "se laisser aller sans retenue" » ; reprenant cette définition, Y. LEQUETTE, « L'influence de l'œuvre d'Henri Batiffol sur la jurisprudence française ». in *Travaux du Comité français de DIP*, Pedone, Paris, 1994, p. 32.

¹⁰⁹ Selon l'expression de Parsons, l'influence se présente comme « une capacité générale de persuader », F. CHAZEL, « Réflexions sur la conception parsonienne du pouvoir et de l'influence ». *Revue française de sociologie*, 1964, p. 387.

¹¹⁰ F. CHAZEL, « Influence », *Encyclopédie Philosophique universelle*, PUF, Paris, 1991, p. 1295.

¹¹¹ S. MOSCOVICI, « Influences conscientes et influences inconscientes ». in *Psychologie sociale des relations à autrui*, S. Moscovici (dir.), Nathan/HER, 2000, p. 141.

¹¹² Le terme renvoie évidemment à ceux qui font les règles dont se nourrissent les théories, comme à ceux qui échauffent les théories qui éclairent la pratique.

¹¹³ Voir notamment S. TOURNAUX, *L'essai en droit privé. Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, LGDJ - Bibliothèque de droit social, Paris, 2011, tome 54, n°34, observant, au conditionnel, que « le droit du travail pourrait servir de modèle à la systématisation de l'essai et à la détermination de son régime juridique, essentiellement parce que c'est en son sein que la technique a juridiquement été la plus développée », Ch. GERMAIN, *Droit du travail et théorie de l'acte juridique*, thèse Bordeaux, 2000.

21. Affirmer rétrospectivement l'existence d'un apport paraît en effet extrêmement délicat. L'exercice supposerait d'isoler une inspiration travailliste parmi tous les facteurs susceptibles d'emporter la conviction de l'individu ou de l'organe qui édicte, interprète ou analyse la norme. Une telle démarche n'est certes pas impossible mais le doute ne peut jamais, à notre sens, être écarté quant à la portée du résultat obtenu. En témoigne la recherche menée par le Professeur Chapus afin d'identifier, en matière de responsabilité civile, les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires¹¹⁴. L'auteur proposait dans la mesure du possible, de faire apparaître, lorsqu'une même solution se retrouve dans chaque jurisprudence, les raisons qui ont pu déterminer l'une des juridictions à consacrer la position de l'autre, et de faire ressortir l'influence qu'a pu exercer dans de telles hypothèses l'exemple de la jurisprudence à la position de laquelle l'autre s'est ralliée¹¹⁵.

22. Le constat de solutions analogues dans les deux ordres juridiques autonomes peut certes constituer l'amorce d'un éventuel phénomène d'influence. Néanmoins, c'est loin d'être systématiquement le cas lorsque l'on raisonne dans le cadre du seul droit privé. Dès lors que le contrat de travail est soumis au droit commun¹¹⁶, l'observation d'une même solution en droit du travail et en dehors de la discipline n'est pas nécessairement révélatrice d'un apport du premier. La similitude des analyses peut très bien ne procéder que de la simple application du droit commun par une législation spéciale.

23. De plus, les exemples cités par le Professeur Chapus ne font état, de notre point de vue, que d'une influence possible, sans jamais attester de son caractère déterminant. L'auteur cite ainsi un arrêt du Conseil d'État du 22 décembre 1924 qui consacre pour la première fois la conception qui fait de la notion de chose dangereuse le critère de la responsabilité sans faute¹¹⁷. Il note qu'une solution identique est adoptée par la Cour de cassation le 21 février 1927¹¹⁸, et en déduit que le Conseil d'État est à l'origine de cette jurisprudence¹¹⁹. Le caractère inédit de la position retenue par chacune des juridictions et leur proximité

¹¹⁴ R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, Paris, 1952, tome 8, le terme « influence » est certes préféré à celui d'« apport » mais les notions reposent toutes les deux sur une logique de conviction, ce qui autorise ici leur assimilation.

¹¹⁵ R. CHAPUS, *op. cit.*, n°7.

¹¹⁶ C. trav. article L. 1221-1.

¹¹⁷ R. CHAPUS, *op. cit.*, n°254, CE décembre 1924, *Soc. d'assurances mutuelles « Les travailleurs français »*.

¹¹⁸ Cass. civ. 21 février 1927, D. 1927, I, 97, note G. RIPERT.

¹¹⁹ R. CHAPUS, *op. cit.*, n°255.

temporelle fait évidemment songer à une influence des juges du Palais royal sur leurs homologues du Quai de l'horloge ; pour autant, cela reste une simple supposition.

24. Il en irait de même en présence d'une analyse rétrospective d'un apport du droit du travail à la théorie de l'acte juridique. À propos des contrats de dépendance, pour parler d'un domaine où la matière est souvent citée comme une source d'inspiration¹²⁰, la proximité des solutions entre la discipline et « *certaines régimes de dépendance n'établissent pas forcément la prééminence [de la première] sur les seconds, quand même [ceux-ci] auraient été primitivement retenus en droit du travail. Ce serait, d'ailleurs, développer une conception bien impérialiste du droit du travail que de le désigner comme l'unique source d'inspiration des solutions édictées pour les prestataires en simple situation de dépendance* »¹²¹.

25. Les limites d'une identification rétrospective de l'apport, ou de l'influence, d'une discipline juridique sur une autre ressortent également d'études plus récentes. Dans sa thèse de doctorat, le Professeur Géa appréhende le droit du travail comme un espace privilégié pour approfondir l'examen de la question de l'interprétation jurisprudentielle¹²². Le chemin qu'il a emprunté pour mettre au jour la figure du « *dialogisme* » le conduit alors à constater que « *le juge ne dit pas ce qu'il fait et ne fait pas toujours ce qu'il dit* »¹²³. Afin de dévoiler ce « *jeu communicationnel de l'interprétation jurisprudentielle* »¹²⁴, il avance une méthodologie permettant de scruter la réalité du processus rationnel de l'interprétation et de l'argumentation jurisprudentielle¹²⁵. Pour cela, il propose de combiner trois types d'approches fondées respectivement sur la psychologie, la sociologie et la théorie du droit. Aussi pertinente soit-elle, la démarche mise en œuvre par le Professeur Géa n'offre pourtant qu'un secours limité dans le cadre de notre étude.

¹²⁰ Notamment, P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail : modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Dalloz, 2004, pp. 197 ; A. SUPIOT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats » in *Le Code civil entre jus commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 47.

¹²¹ Th. REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail ». in *Les frontières du salariat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 1996, p. 201.

¹²² F. GÉA, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Fondation Varenne, LGDJ, Collection des thèses, 2009, n°10.

¹²³ F. GÉA, *op. cit.*, n°474 et s.

¹²⁴ F. GÉA, *op. cit.*, n°488 et s.

¹²⁵ F. GÉA, *op. cit.*, n°491 et s.

26. Pour commencer, la question de l'apport du droit du travail ne se cantonne pas à la diffusion des seules normes jurisprudentielles ; elle envisage aussi l'éventuelle force de suggestion travailliste sur l'action réformatrice du législateur. De plus, le caractère transdisciplinaire de la recherche entreprise rend difficile la mise à nue des interprétations jurisprudentielles visées. En effet, « à côté de la décision judiciaire, proprement dite, qui constitue, en tant que telle, un discours, il existe d'autres discours, eux aussi produits par des magistrats dans le cadre de leur activité – et dont certains jouent un rôle absolument essentiel, dans le processus de décision judiciaire »¹²⁶. Or, comme le note lui-même le Professeur Géa, à l'exception notable du droit du travail, de tels discours internes ne semblent que rarement faire l'objet de publications, en tout cas dans le champ du droit privé¹²⁷. Pour pallier cette absence, il aurait fallu interroger les magistrats de la Cour de cassation et se livrer à une sociologie du juge¹²⁸. Mais la tâche serait vite devenue immense, et sans aucune assurance d'identifier un quelconque apport travailliste dans l'élaboration d'une solution extérieure à la discipline¹²⁹. Nous avons donc choisi d'inscrire notre recherche dans une démarche prospective, afin de mettre en évidence les hypothèses dans lesquelles les solutions retenues par le droit du travail pourraient être diffusées au-delà de ses frontières.

27. La méthode que nous allons adopter emprunte en partie aux techniques du droit comparé interne¹³⁰. Nous suivrons en cela l'exemple de ceux qui se sont intéressés aux

¹²⁶ F. GÉA, *op. cit.*, n°500 ; sur ce sujet voir plus largement M. de S.-O. l'E. LASSER, « Autoportraits judiciaires : le discours interne et externe de la Cour de cassation ». in *Langages de la justice*, Les Cahiers de l'IHEJ, 1994, p. 28.

¹²⁷ F. GÉA, *op. cit.*, n°501

¹²⁸ Ainsi, dans une étude consacrée à l'influence du droit du travail sur l'évolution des sanctions contractuelles, le Professeur Verkindt ne manque pas de préciser que « la vérification de l'affirmation impliquerait non seulement le choix d'une période longue mais encore un vrai travail de sociologie du juge. Il faudrait ainsi mesurer l'impact des carrières des juges sur leur façon de traiter les questions propres au droit du travail voire même la place accordée aux questions du travail dans leur formation initiale et continue », P.-Y. VERKINDT, « L'influence du droit du travail sur l'évolution des sanctions contractuelles ». in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, F. Collart Dutilleul, C. Coulon (dir.), Economica, Paris, 2007, p. 48.

¹²⁹ Avant que l'hypothèse ne se heurte à la réalité, nous avons même envisagé le cas où un président de chambre sociale aurait rejoint et pris la tête de l'une des chambres civiles ou de la chambre commerciale. Si une telle situation avait existé, nous aurions pu tenter de mesurer l'impact de ce changement sur la jurisprudence de la chambre étudiée.

¹³⁰ I. SZABO, « Le droit comparé "interne" ». in *Mélanges Ancel*, A. Pedone, Paris, 1975, p. 60, définissant le droit comparé interne comme « l'application de la méthode comparatiste en droit interne » ; sur la méthode du droit comparé voir L.-J. CONSTANTINESCO, *La méthode comparative*, LGDJ, Paris, 1974. Selon certains auteurs, le droit comparé interne se borne au seul exercice comparatif, sans aller jusqu'à tirer de l'un des ensembles étudiés des enseignements propres à renouveler les solutions admises par l'autre discipline, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, 1996, tome 254, n°170. Pour d'autres, dont nous partageons l'avis, l'exercice de droit comparé interne fait figure de préalable à la mise en évidence de phénomènes d'« influence », J. WALINE, « La théorie générale du

relations du droit public avec le droit privé dans une démarche comparative¹³¹. La comparaison des règles en vigueur au sein de chacun des ensembles étudiés sera en outre guidée par une approche analogique¹³², à la recherche de ressemblances extérieures, de similitudes rationnelles, ou de ressemblances subjectives¹³³, conduisant à la découverte du point commun pertinent décisif¹³⁴. Nous partirons ainsi de l'observation des solutions travaillistes pour vérifier dans quelle mesure celles-ci permettraient d'éclairer ou de réguler des situations analogues en dehors de la discipline¹³⁵, et ce, par-delà l'altérité des dénominations employées¹³⁶.

28. Il est fait parfois mention du recours à l'induction amplifiante aux côtés de l'analogie¹³⁷, particulièrement en matière d'apport des législations spéciales au droit commun¹³⁸. La

contrat en droit civil et en droit administratif ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, 965, consacrant son étude à « une comparaison entre la théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif ou, plus exactement, à l'influence que peut exercer sur la théorie administrative celle des contrats la théorie civiliste dans la présentation qu'en donne Jacques Ghestin ». L'auteur considère qu'il s'agit là « d'un exercice de droit comparé interne ».

¹³¹ R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, Paris, 1953, tome 8 ; Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, Paris, 1962, tome 38 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale : étude de droit comparé interne*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, 2006, tome 248.

¹³² À l'image, encore une fois, de la voie tracée par le Professeur Chapus, *op. cit.*, n°7, avertissant qu'« il ne sera pas question, du moins en principe, de tel problème de la responsabilité publique sans analogue dans la responsabilité privée ».

¹³³ J.-L. BERGEL, « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique ». *RRJ* 1995, p. 1081, expliquant que « l'analogie exprime, non une identité, mais une similitude entre deux choses différentes. Il est ainsi manifeste que l'analogie échappe à toute logique formelle. On peut distinguer des critères de ressemblances extérieures, comme dans la possession et la simple détention qui peuvent fonder la protection possessoire, des similitudes rationnelles, comme en matière de personnalité physique et de personnalité morale. On peut s'attacher à des ressemblances subjectives, par exemple entre mandats et gestions d'affaires ou à des comparaisons objectives, comme entre partages successoraux et partages de communauté ».

¹³⁴ G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie ». in *Mélanges Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 141.

¹³⁵ G. CORNU, *op. cit.*, p. 139, « le plus souvent, la raison qui légitime l'analogie repose, de façon réaliste, sur la seule similitude des situations (...) » ; J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 1082, « quand les raisons qui justifient une règle se retrouvent dans une situation voisine, cette règle doit lui être étendue » ; pour un premier exemple de l'intérêt de l'approche analogique, X. LAGARDE, « Prix et salaire ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 537, constatant que « certes la dépendance n'est pas la subordination, cependant si la confusion n'est pas possible, la comparaison est admissible. Et si les situations sont semblables, il est cohérent de penser que leur régime juridique présentent quelques ressemblances ».

¹³⁶ « De toute évidence, on ne peut pas entreprendre une comparaison en se fondant sur la similitude ou la ressemblance de dénomination, car bien plus importante est la fonction. C'est là une proposition fondamentale pour l'étude comparée des relations professionnelles », J. SCHREGLE, « L'étude comparée des relations professionnelles : écueils et promesses ». *RIT* 1981, p. 17.

¹³⁷ « L'analogie permet de rapprocher des faits, des concepts ou des règles pour en dégager un principe commun par "induction amplifiant" dont on déduit ensuite de nouvelles applications », J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 1084.

¹³⁸ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats ». *RTD civ.* 1997, p. 377, voyant dans les premières « des pistes d'évolution sous forme de principe, à la fois induit des règles

technique s'avère très utile lorsqu'il s'agit de dégager du foisonnement des espèces du règne contractuel des règles plus ou moins communes de nature à nourrir le renouvellement de la théorie générale¹³⁹. Il en va de même dans la visée d'une théorie générale des contrats spéciaux¹⁴⁰. En revanche, l'induction ne présente qu'un intérêt limité dès lors que l'on s'attache au potentiel de diffusion du seul droit du travail : l'élaboration d'une théorie générale de la discipline n'est pas nécessaire pour mesurer son éventuel apport. Outre le danger d'une représentation subjective de la solution visée, un droit spécial n'a pas besoin de théorie pour offrir des qualifications qui seront perçues comme de bonnes ou moins bonnes règles et qui seront capables, à ce titre, de venir contaminer le droit commun dans la matière concernée¹⁴¹.

29. Passée l'étape de la comparaison, il convient ensuite d'identifier les formes que pourrait prendre l'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique. Deux types de manifestations sont envisageables, selon que l'apport se traduit par une « incorporation » au sein du périmètre ciblé, ou qu'il se livre à une « contamination » de son contenu¹⁴². L'incorporation renvoie tour à tour à des innovations¹⁴³, des distinctions et des concepts nouveaux¹⁴⁴ ou à des emprunts techniques¹⁴⁵ découlant de la prise en compte des législations

*spéciales et donc en prise avec la réalité des contrats d'aujourd'hui, et déduit d'inspiration supérieure, telles l'utilité sociale, la justice et la fraternité qui, de l'avis de plusieurs auteurs contemporains, sous-tendent notre droit commun » ; dans le même sens G. PIGNARRE, « Rapport introductif ». in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, Paris, 2005, p.6 ; pour une approche critique, Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2009, tome 509, n°260.*

¹³⁹ L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats ». in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, Paris, 1987, p. 29.

¹⁴⁰ D. MAINGUY, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ». *RDC* 2006, p. 615 ; voir également A. MARTINON, « Le contrat de travail, laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? ». *LPA* 2012, n°238, p. 16,

¹⁴¹ Ce que d'autres ont déjà pu constater à propos du droit de la consommation, F. BERENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, PUAM, 2007, n°23, « la démonstration d'une éventuelle théorie du droit spécial de la consommation, n'aurait guère d'incidence sur notre analyse dans la mesure où un droit spécial n'a pas besoin de théorie pour offrir des qualifications qui seront perçues comme de bonnes règles et qui seront capables, à ce titre, de venir contaminer le droit commun dans la matière concernée » ; en faveur d'une théorie générale du contrat de travail, voir toutefois S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Existe-il une théorie générale du contrat de travail ? ». *RRJ* 2003, p. 198. Vouloir dégager des principes latents à partir des normes travaillistes en vigueur risquerait, en outre, de nous éloigner de l'approche *de lege lata* de la matière dont nous avons pu souligner l'importance.

¹⁴² Voir R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun ». *D.* 1961, chr. 91, à qui nous empruntons ces deux termes.

¹⁴³ J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats ». *RTD civ.* 1994, p. 239.

¹⁴⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations ». *SSL* 28 octobre 2002, n° 1095, p. 32.

spéciales par le droit commun¹⁴⁶. Tel que l'observe le Professeur Savaux, « *il ne s'agit pas de rajeunir des règles existantes mais d'en créer de nouvelles* »¹⁴⁷. En ce sens, on peut citer l'article 1102 al. 2 du projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats, dans sa version du 25 février 2015, interdisait de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché¹⁴⁸. La Chancellerie optait ici pour une rédaction qui n'était pas sans rappeler celle de l'article L. 1121-1 du Code du travail. À supposer que l'on parvienne à déceler une inspiration travailliste dans l'esprit des promoteurs de la réforme, cet exemple pouvait illustrer le phénomène de l'incorporation décrit plus haut¹⁴⁹.

30. L'apport du droit du travail peut également donner lieu à une « contamination » des analyses traditionnelles, aussi bien en matière d'interprétations jurisprudentielles que s'agissant de la perception doctrinale d'une notion¹⁵⁰. On parle alors d'influence déformante du droit civil¹⁵¹, de renouvellement de nombre d'analyses sur les mécanismes

¹⁴⁵ W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-H. ROBERT, « Pour le droit processuel ». *D.* 1993 chron., p. 9 ; dans le même sens L. CADIET, « Jurisprudence administrative et jurisprudence judiciaire en matière sociale : le jeu des influences ». *Dr. soc.* 1991, p. 200.

¹⁴⁶ R. GASSIN, *op. cit.*, p. 96, « *les lois spéciales sont haussées au niveau de règles du droit commun, s'ajoutent sous la forme de limitations aux dispositions qui formaient l'ancien droit commun et se combinent ainsi avec elles pour déterminer le contenu du nouveau droit commun. Il n'y a pas, en pareil cas, élimination des anciennes règles : celles-ci conservent leur valeur de principe. Il y a seulement "réception" des lois spéciales par le droit commun. C'est pourquoi on peut parler "d'incorporation"* ».

¹⁴⁷ É. SAVAUX, « La notion de théorie générale, son application en droit des contrats. Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux ». *LPA* 2012, n°238, p. 6.

¹⁴⁸ L'ordonnance du 10 février 2016 a sensiblement modifié la rédaction de l'article 1102, lequel se limite désormais à disposer en son alinéa 2 que « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* »

¹⁴⁹ Voir B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux, 1986, p. 96 n°18, associant l'intégration des dispositions du droit spécial dans le droit commun au « *modèle le plus achevé d'influence possible* ».

¹⁵⁰ R. GASSIN, *op. cit.*, p. 96, « *pour qu'il en soit ainsi, il faut supposer qu'une loi spéciale vienne déroger aux règles générales d'une institution juridique dans un domaine bien délimité ; la conception nouvelle que la loi spéciale vient d'apporter de cette institution dans le cadre limité de son domaine d'application va alors influencer l'analyse que l'on en donnait traditionnellement c'est en ce sens que l'on peut parler de "contamination"* » ; employant le terme de « contamination », voir D. MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux ». in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, Paris, 2005, p. 73.

¹⁵¹ J.-J. DUPEYROUX, « Droit civil et droit du travail : l'impasse ». *Dr. soc.* 1988, p. 373, « *les solutions les plus originales du droit du travail – il y a une prise en compte de l'inégalité des contractants et de la dimension collective – ont certainement une influence déformante sur certaines grandes catégories du droit civil* ».

fondamentaux¹⁵², ou d'altération du droit commun¹⁵³. En visant la théorie générale, la contamination serait en mesure de s'étendre à l'ensemble des actes juridiques qui empruntent au Code civil une partie de leur régime, étant entendu qu'aucun code portant sur un secteur particulier de droit privé n'a donné naissance à un système complet¹⁵⁴.

31. Loin de l'image négative véhiculée par les sciences médicales, la contamination représente au contraire un facteur de renouvellement pour la théorie de l'acte juridique¹⁵⁵. Ainsi, le droit du travail peut conduire à envisager différemment certaines notions clés du droit civil, comme par exemple le principe de liberté contractuelle que le nouveau droit des contrats affirme d'ailleurs avec force dans son article 1102¹⁵⁶. De la même manière, avant l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats en 2016, la conception travailliste de la bonne foi contractuelle aurait pu utilement « contaminer » l'interprétation de l'ancien article 1134 al. 3 du Code civil ; de l'obligation d'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, dégagée par la chambre sociale dès 1992¹⁵⁷, à l'admission d'une révision pour imprévision en droit civil, il n'y a qu'un pas que l'exemple travailliste pouvait inciter, selon nous, à franchir¹⁵⁸.

32. À côté des incorporations ou des contaminations proposées par le droit du travail, la dialectique des droits spéciaux et du droit commun est parfois pensée en termes de substitution¹⁵⁹ ou de concurrence¹⁶⁰. Aussi exactes soient ces analyses, les situations qu'elles

¹⁵² Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Laurent, P.-Y. GAUTIER, *Les obligations*, Defrénois-Lextenso, Paris, 3^e éd. 2007, n°22.

¹⁵³ R. GRANGER, « L'influence de la sécurité sociale sur la responsabilité civile (première partie) ». *Dr. soc.* 1955, p. 500.

¹⁵⁴ L. LEVENEUR, « Le Code civil, cadre normatif concurrencé ». in *Le Code civil : une leçon de légistique ?*, B. Saintourens (dir.), Economica, 2006, p. 123.

¹⁵⁵ *Comp.*, Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n°264, craignant que « l'adaptation du droit commun, déployée dans toute son ampleur, se propage au-delà de ce qu'avaient initialement recherché les juridictions qui ont procédé à cet infléchissement et conduisent à des solutions excessives ». Nous ne partageons pas cette inquiétude. Si l'adaptation se propage, on peut penser que cela tient avant tout à son utilité et à sa pertinence pour traiter une situation analogue.

¹⁵⁶ Celui-ci dispose en son alinéa 1^{er}, un peu à la manière d'un vœu pieux, 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 » ; voir *infra* L'affirmation de la dépendance économique comme concept complémentaire de la liberté contractuelle, n°58 et s.

¹⁵⁷ Cass. soc. 25 février 1992, *Bull. civ.* V, n°122 ; *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. MESTRE ; *D.* 1992, somm., p. 294, obs. A. LYON-CAEN.

¹⁵⁸ Pour de plus amples développements, voir *infra* L'opportunité du recours à la bonne foi illustrée par le droit du travail, n°553 et s.

¹⁵⁹ R. GASSIN, *op. cit.*, p. 92.

décrivent ne recouvrent pas l'objet de notre recherche. Pour commencer, et au risque de nous répéter, l'apport du droit du travail à la théorie de l'acte juridique ne se limite pas au seul droit commun inscrit dans le Code civil. L'ensemble des relations de droit privé fondées sur l'existence d'un acte juridique est potentiellement concerné. De plus, l'observation de « *phénomènes de greffes entre contrats spéciaux* »¹⁶¹ démontre ainsi que le droit civil ne fait pas nécessairement figure de passage obligé en vue d'une fertilisation croisée du droit des contrats¹⁶².

33. Mais surtout, il est important de préciser qu'à nos yeux, l'idée même d'apport s'oppose à une logique de substitution ou de concurrence. La substitution s'entend en effet de l'hypothèse où les lois spéciales deviennent la base du droit commun. Pour le Professeur Gassin, c'est ce qui se produit lorsqu'une discipline juridique acquiert ce qu'il est convenu d'appeler son autonomie¹⁶³. Quant à la concurrence, elle illustre la prétention de plusieurs à un même objet et a aussi pour objectif de substituer une règle à une autre¹⁶⁴. Dans un cas comme dans l'autre, les visées expansionnistes du spécial conduisent au rejet du général : là où l'apport repose sur la conviction, la substitution s'impose par l'exclusion. Tandis que le premier suggère un renouvellement des solutions habituellement retenues par tel ou tel pan du droit privé, la seconde s'attache plus volontiers à remettre en cause leurs champs d'application respectifs. Contrairement aux ambitions affichées par la logique de substitution, l'étude de l'apport du droit du travail à la théorie de l'acte juridique n'a donc pas vocation à proposer de nouvelles règles d'articulation entre droits spéciaux et droit commun.

34. À cet égard, le débat relatif à l'autonomie du droit du travail¹⁶⁵, et des autres législations spéciales, ne présente qu'un intérêt limité dans la cadre de notre démarche. Celle-ci demeure à l'abri, croyons-nous, des critiques adressées à la notion, accusée de favoriser l'érosion de la

¹⁶⁰ L. LEVENEUR, *op. cit.*, p. 123.

¹⁶¹ N. DISSAUX, « La gérance-mandat : une troisième voie ? ». *D.* 2010, chron., p. 667.

¹⁶² M. FONTAINE, « Fertilisation croisée du droit des contrats » in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 347.

¹⁶³ R. GASSIN, *op. cit.*, p. 97.

¹⁶⁴ L. LEVENEUR, *op. cit.*, p. 123.

¹⁶⁵ Pour une vue d'ensemble, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°28 ; voir également G. LYON-CAEN, « Les principes généraux du droit du travail ». in *Mélanges Camerlynck*, Dalloz, Paris, 1978, p. 35 ; J.-J. DUPEYROUX, « Droit civil et droit du travail : l'impasse ». *Dr. soc.* 1988, p. 371.

valeur normative des dispositions communes¹⁶⁶. Par-delà les différentes conceptions dont elle fait l'objet en doctrine¹⁶⁷, l'autonomie se voit en effet reprocher de fournir au juge le moyen d'évincer une norme en raison de son inopportunité¹⁶⁸, ce qui le conduirait à empiéter sur les terres du pouvoir législatif¹⁶⁹. Si la critique ne manque pas de justesse, elle ne remet toutefois pas en cause la figure d'un apport travailliste au service de l'adaptation du droit commun. L'autonomie de la discipline importe moins que celle des solutions dont la diffusion est suggérée ; on parlera alors d'autonomie conceptuelle pour signifier que les solutions visées se rattachent bien au droit du travail¹⁷⁰.

35. L'apport, ainsi défini, du droit du travail à la théorie de l'acte juridique fait davantage office de remède que de menace pour le droit commun. Encore aujourd'hui, le droit commun est parfois considéré comme victime d'un « *dessèchement (...) qui engendre une diminution de son influence* »¹⁷¹. Cette perception est due, selon nous, à deux principaux facteurs. Le premier tient au manque de réalisme dans la manière dont la théorie du contrat analyse le droit commun, en ressassant, par exemple, un idéal de liberté contractuelle qui ne rend pas toujours

¹⁶⁶ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2009, tome 509, n°315 et s.

¹⁶⁷ Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, proposant deux conceptions, « *une conception stricte de l'autonomie [synonyme d'] autarcie* » (n°92 et s.) et « *une conception souple de l'autonomie [fondée sur] l'application sélective du droit commun* » (n°97 et s.) ; G. VEDEL, « *Le droit économique existe-t-il ?* » in *Mélanges Vigreux*, IPA-IAE, Toulouse, 1981, p. 770, associant l'autonomie à des « *combinaisons chimiques ayant un caractère de nouveauté* » ; J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, thèse Paris I, 1999, n°97, visant « *l'indépendance [du droit spécial à travers] la faculté qui lui est offerte de refouler les dispositions étrangères jugées indésirables, parce que contraires à son esprit et aux objectifs qu'il poursuit pour y substituer des principes propres à la matière* » ; J. WALINE, « *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif* ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 967, distinguant entre « *l'autonomie foncière et l'autonomie formelle* », ajoutant que « *dans le premier cas on s'attache au contenu même des règles, à leur fonds ; dans le second cas, on s'attache aux seules sources* », et choisissant finalement l'autonomie foncière.

¹⁶⁸ Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n°105, « *derrière le soi-disant "fondement" autonomiste se cache le véritable critère des distances prises par le droit spécial à l'égard du droit commun : celui de l'appréciation de l'opportunité de la règle. Et il paraît difficile d'ériger l'inopportunité d'une norme en fondement de son éviction* ».

¹⁶⁹ Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n°106, « *l'article quatre du Code civil leur commande d'ailleurs (aux juges) de ne pas prendre prétexte du silence ou de l'obscurité des textes pour se soustraire à l'exercice de leurs fonctions. Mais précisément le juge, lorsque l'autonomie d'une branche est en cause, ne fait pas face à une situation de vide juridique : il a à sa disposition une norme, qui peut être une norme issue du droit commun des contrats, qu'il décide d'écarter parce qu'il ne la juge pas conforme aux objectifs innervant la discipline. Il semble que le juge, lorsqu'il décide d'arbitrer entre les dispositions applicables, au nom de leur opportunité, et de leur préférer une norme qu'il a lui-même forgé, empiète sur les terres du pouvoir législatif* ».

¹⁷⁰ En ce sens F. GRUA, « *Les divisions du droit* ». *RTD civ.* 1992, p. 66, prenant l'exemple du droit pénal, « *l'autonomie du droit pénal signifie en clair qu'on commet le délit de violation de domicile quoi que la maison violée ne soit qu'une résidence au sens du Code civil* ».

¹⁷¹ M. FABRE-MAGNAN, « *Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations* ». *SSL28* octobre 2002, n° 1095, p. 32. L'auteur vise ici le droit commun des obligations.

compte de la réalité du monde des échanges et de ses rapports de force¹⁷². La critique rejoint ici l'analyse de Batiffol pour qui « *la crise du contrat* »¹⁷³ s'apparentait plus volontiers à une crise de la théorie générale du contrat¹⁷⁴.

36. L'équation est pourtant simple : si une pratique sans théorie est une pratique aveugle, et qu'une théorie sans pratique est une théorie vaine¹⁷⁵, alors une théorie qui repose sur une conception erronée de la pratique est une théorie qui dépérit¹⁷⁶. En conséquence, comme le déplore le Professeur Cadiet, « *la théorie générale du contrat se réduit comme une peau de chagrin ; elle apparaît de plus en plus comme un droit mort quand le droit spécial incarne le droit vivant ; elle tourne à vide ; son utilité n'est plus évidente* »¹⁷⁷. Sa dimension heuristique décroît à mesure qu'elle peine à expliquer la pratique, et lorsque les orientations qu'elle propose ne correspondent plus aux problèmes générés par la pratique, c'est sa fonction prescriptive qui décline. Pour inverser la tendance, il faut alors promouvoir une théorie générale renouvelée en retirant des règles spéciales accumulées par la loi, la jurisprudence et la pratique, ce qui peut être généralisé à l'ensemble des actes juridiques¹⁷⁸, ou à ceux qui régissent des situations analogues ou leur donnent naissance¹⁷⁹.

¹⁷² À propos du décalage entre la pratique commerciale et la théorie générale du contrat, M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale ». in *Mélanges Marty*, Dalloz, Paris, 1976, p. 235, « *la théorie générale ne répond qu'imparfaitement à l'interpellation de la pratique qui met en cause les deux pierres angulaires sur lesquelles elle repose : la liberté contractuelle et l'effet relatif* ».

¹⁷³ Par exemple, sur le contenu contractuel dirigé, M. ARMAND-PREVOST, R. RICHARD, « *Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel)* ». *JCP* 1979 I, 2952 ; sur les contrats d'adhésion, R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Librairie Cotillon, R. Pichon, Librairie du Conseil d'Etat et de la société de législation comparée, Paris, 1901 ; G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1973, tome 132.

¹⁷⁴ H. BATIFFOL, « La crise du contrat et sa portée ». *APD* 1968, p. 13.

¹⁷⁵ F. GÉA, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Fondation Varenne, LGDJ, Collection des thèses, 2009, n°4.

¹⁷⁶ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats ». *RTD civ.* 1997, p. 371.

¹⁷⁷ L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats ». in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, Paris, 1987, p. 27.

¹⁷⁸ L. CADIET, *op. cit.*, n°30.

¹⁷⁹ En effet, tel que nous l'avons vu, la théorie générale ne vise pas uniquement les règles communes à l'ensemble des actes juridiques, elle doit aussi prendre en compte les solutions dégagées par les législations spéciales qui peuvent être diffusées d'une discipline à l'autre sans nécessairement être applicables à tous les engagements volontaires de droit privé. Voir par exemple S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, Paris, 2012, tome 27 ; *Le contrat-alliance*, Economica, Paris, 2012, tome 30.

37. Mais ce renouvellement des représentations qui composent la théorie générale ne fait pas tout. Le second facteur de dessèchement du droit commun provient, à notre sens, de l'insuffisance des normes en vigueur¹⁸⁰. De la règle légale aux interprétations qu'en donnent les magistrats, le droit positif montre souvent ses limites lorsqu'il s'agit de saisir, notamment, un rapport juridique marqué par la dépendance économique d'un des protagonistes ou l'exercice d'un pouvoir à l'intérieur d'un engagement contractuel¹⁸¹. Pour ces situations en effet, ce n'est pas tant l'interprétation du droit positif que son caractère inadapté qui pose problème. Le Professeur Fabre-Magnan a raison de dire que si les juges peuvent faire preuve d'inventivité et d'audace, ceux-ci sont nécessairement limités par leur rôle et le texte du code¹⁸².

38. L'ordonnance portant réforme du droit des contrats témoigne, au moins en apparence, de l'intention de ses promoteurs de rompre avec une conception trop égalitaire du droit des contrats. Déjà en 2015, dans sa conférence de presse, la Garde des sceaux, Madame Christiane Taubira, annonçait ainsi avoir « *mis de la solidarité contractuelle dans la réforme* ». Outre l'ambition affichée de rendre le droit des obligations plus lisible, plus accessible et aussi plus attractif¹⁸³, pour reprendre la terminologie employée par le dossier de presse¹⁸⁴, la Chancellerie affirmait avec vigueur sa volonté de renforcer la protection de la

¹⁸⁰ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 32.

¹⁸¹ Nous reviendrons plus longuement sur ces hypothèses.

¹⁸² M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 32.

¹⁸³ Voir également, à propos du projet de réforme du droit des contrats rédigé en juillet 2008 par la Direction des affaires civiles du ministère de la Justice, F. ANCEL, « Genèse, source, esprit, structure et méthode ». *RDC* 2009, p. 273, soulignant déjà la nécessité de « *rénover le titre III du Livre III du Code civil parce que certains droits étrangers l'on fait récemment (...). Les conflits du XX^e ne seront pas seulement militaires, économiques ou même financiers... ils seront aussi juridiques. Il faut donc donner au titre III du Livre III les moyens de résister en procédant à sa rénovation* » ; après avoir égrainé les noms de 16 pays ayant effectué une réforme de leur droit des contrats, ou en train de le faire, l'étude d'impact de la réforme française réalisée en 2013 affirme que « *dans une économie mondialisée extrêmement concurrentielle, l'absence de modernisation du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations pénalise la France sur la scène internationale (...). Il est donc indispensable, pour la France, de se doter d'un droit des contrats lisible et prévisible, qui constituerait assurément un facteur susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les parties qui souhaiteraient rattacher leur contrat au droit français* ». Pour notre part, on restera prudent quant à l'idée que l'attractivité économique d'un pays doive passer par une adaptation de son droit aux attentes des investisseurs et des financiers étrangers.

¹⁸⁴ Voir http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_dp_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf ; voir également les termes de la loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, et tout particulièrement l'article 1^{er} qui fixe l'étendue de l'habilitation du gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi.

partie faible¹⁸⁵. À l'appui de cet objectif, elle invoquait la consécration d'un devoir général d'information¹⁸⁶ et d'une notion de bonne foi à tous les stades de la vie du contrat¹⁸⁷. Elle insistait enfin sur l'introduction dans le Code civil d'une règle offrant aux parties la faculté de renégocier leur contrat lorsqu'un changement imprévisible de circonstances rend l'exécution de ce dernier excessivement onéreuse¹⁸⁸, le projet entendant ici adapter notre droit aux enjeux économiques d'aujourd'hui¹⁸⁹.

39. Au titre des mesures susceptibles d'atténuer l'impact d'un déséquilibre de puissance économique des parties sur le contrat, on peut ajouter l'obligation de motiver la résolution unilatérale du contrat en cas d'inexécution persistante¹⁹⁰, le respect d'un délai de préavis raisonnable à la rupture d'un contrat à durée indéterminée¹⁹¹ ou encore, avant que l'ordonnance du 10 février 2016 ne supprime cette assertion, l'interdiction de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre

¹⁸⁵ À l'appui de cet objectif, les services de la Chancellerie invoquaient la consécration d'un devoir général d'information et d'une « *notion de bonne foi à tous les stades de la vie du contrat* ». Ils insistaient également sur l'introduction dans le Code civil « *d'une règle offrant aux parties la faculté de renégocier leur contrat lorsqu'un changement imprévisible de circonstances rend l'exécution de ce dernier excessivement onéreuse* » ; l'étude d'impact de 2013 situait elle aussi la réforme dans une optique de conservation de « *l'esprit du code civil, favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques, tout en assurant la protection des plus faibles* ».

¹⁸⁶ L'article 1129 al. 1 du projet disposait 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* ».

¹⁸⁷ Aux termes de l'article 1103 du projet, « *les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* » ; la loi du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures habilite le Gouvernement « *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* », notamment, selon l'article 3-1, pour « *affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle* ».

¹⁸⁸ Le dispositif était prévu à l'article 1196 du projet, il énonçait 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* ». L'alinéa 2 ajoute qu'« *en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

¹⁸⁹ C'est d'ailleurs là la première phrase du dossier de presse ; dans le même sens on pouvait lire à la page 71 de l'étude d'impact de la réforme réalisée en 2013 que « *si le code a su passer l'épreuve du temps, les règles qu'il contient doivent être ajustées et le cas échéant modifiées : la société du XXI^e siècle ne saurait être régie par des règles du début du XIX^e siècle* ».

¹⁹⁰ Selon l'article 1126 al. 3 du projet, « *lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent* ».

¹⁹¹ L'article 1212 du projet disposait que « *lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, l'une ou l'autre partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve d'un délai de préavis raisonnable* ».

personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché¹⁹².

40. Il ne nous est certes pas possible d'identifier une force de suggestion travailliste dans l'avènement de ces dispositions¹⁹³. Néanmoins, il est difficile de ne pas remarquer la proximité des terminologies et des techniques employées avec celles que mobilise depuis longtemps le droit du travail. Cette mise en perspective, sur laquelle nous reviendrons plus en détails, laisse penser que la discipline pourrait apporter un éclairage sur le potentiel régulateur des nouveaux mécanismes introduits dans le Code civil¹⁹⁴.

41. Au-delà de la pertinence de la réforme en elle-même¹⁹⁵, il est intéressant de s'interroger sur son impact. La question se pose ici non pas tant du point de vue des éventuelles évolutions jurisprudentielles que de l'articulation du droit commun avec les droits spéciaux : ce renouvellement des règles communes va-t-il vraiment rendre le Code civil plus attractif ?¹⁹⁶ Le droit du travail étant lui aussi perçu comme un facteur de renouveau du droit des contrats¹⁹⁷, la réponse à cette question intéresse au plus haut point notre recherche dès lors qu'elle en souligne la portée et les limites.

42. D'un côté, il est permis de penser que la volonté d'adapter le droit commun à la réalité des rapports de force suggérés par la pratique peut réduire la tentation, pour le juge, d'écarter

¹⁹² Aux termes de l'article 1102 al. 2 du projet.

¹⁹³ Ne serait-ce que parce qu'elles sont présentes dans d'autres disciplines, comme par exemple le respect d'un préavis lors de la rupture d'une relation commerciale établie prévu par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.

¹⁹⁴ Sur ce potentiel, voir J.-P. CHAZAL, « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? ». *D.* 2015, n°12, éditorial, qui rappelle que le droit des contrats « *pensé comme spiritualiste, volontariste, individualiste et libéral* » est moins le fruit des idées des rédacteurs de 1804 que l'oeuvre de la doctrine et de la Cour de cassation. L'auteur ajoute que « *sous-estimer la force d'inertie de ce carcan dogmatique, qui enferme le droit des contrats dans une idéologie libérale (pour le dire vite), c'est condamner la réforme à n'être qu'un traitement homéopathique administré à une société rongée par le cancer des injustices sociales et de l'accroissement des inégalités* ».

¹⁹⁵ Dont on peut cependant regretter ici qu'elle laisse de côté les autres espèces d'actes juridiques que sont les engagements unilatéraux et les actes juridiques unilatéraux, en ce sens N. MOLFESSIS, « Droit des contrats : l'heure de la réforme ». *JCP* 2015, n°7, doct. 199.

¹⁹⁶ Sur l'absence de règle d'articulation dans le projet de la Chancellerie voir N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? ». *D.* 2015, p. 699.

¹⁹⁷ Parmi les nombreux auteurs déjà cités, J. MESTRE, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats ». *Dr. soc.* 1988, p. 405 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations ». *SSL* 28 octobre 2002, n° 1095, p. 32 ; A. SUPIOT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats » in *Le Code civil entre jus commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 47.

les dispositions du Code civil au profit des législations spéciales. En effet, l'essor de ces dernières ne paraît pas aller jusqu'à vider entièrement le droit commun, tout comme la théorie générale du contrat, de leur utilité. Le Professeur Goldie-Genicon constate ainsi que les créations de la pratique précèdent l'adoption des dispositions propres à les régir¹⁹⁸. C'est la raison pour laquelle il est fréquemment avancé que le contrat innommé se nourrit essentiellement de la théorie générale¹⁹⁹.

43. De même, certains considèrent que les droits spéciaux ne pourront jamais tout couvrir²⁰⁰, comme en témoigne, par exemple l'article L. 1222-1 du Code du travail ou encore le recours aux vices du consentement dans la contestation de la rupture conventionnelle²⁰¹. En somme, le droit commun interviendrait *a minima* pour combler les interstices que le droit spécial a négligé de remplir ou qu'il a délibérément laissés à l'application des règles générales²⁰². Ce schéma de répartition doit cependant être nuancé. Ainsi que le Professeur Goldie-Genicon l'a parfaitement démontré, le juge ne fait pas toujours appel aux ressources du droit commun pour pallier l'absence de dispositions spéciales applicables au litige. Les magistrats décident parfois d'écarter la règle commune, simplement parce qu'ils ne la jugent pas conforme aux objectifs innervant la discipline²⁰³. Partant, il n'est pas exclu qu'une réforme du droit des contrats intégrant des solutions appliquées par les droits spéciaux réduise la tentation de se détourner du Code civil.

44. D'un autre côté, les effets du renouveau du droit commun sur une éventuelle extension de son champ d'application ne doivent pas être exagérés. Il est ainsi douteux que les territoires occupés par les droits spéciaux, depuis parfois longtemps, soient abandonnés à la seule faveur d'une réforme du droit des contrats. Pour reprendre les mots du Professeur Mestre, « *la théorie générale n'a vocation à s'appliquer que si le droit des contrats spéciaux ne l'a pas écartée ou modifiée, et on conçoit que son emprise se restreigne sensiblement, au*

¹⁹⁸ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2009, tome 509, n°288

¹⁹⁹ D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle ». *D.* 2000, chron., p. 334.

²⁰⁰ F. GRUA, « Les divisions du droit ». *RTD civ.* 1992, p. 72..

²⁰¹ Y. LEROY, « Rupture conventionnelle : hors vice du consentement, point de salut ! ». *SSL* 2014, n°1617, p. 6.

²⁰² F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour ». in *Mélanges Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 940.

²⁰³ Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n°106.

*fur et à mesure que le législateur réglemente par le menu détail l'assurance, le transport, la société, le bail, le prêt, la vente immobilière, le travail etc... »*²⁰⁴. Ce développement de codes concurrents ne doit rien au hasard²⁰⁵. Du particularisme de certaines branches du droit privé à la complexité croissante de la réalité économique et sociale, et donc du droit qui la régit²⁰⁶, les législations spéciales répondent à des nécessités pratiques²⁰⁷.

45. Or, même adapté aux enjeux économiques d'aujourd'hui²⁰⁸, le (futur) droit commun ne fait pas disparaître leurs raisons d'être. Carbonnier n'avait d'ailleurs pas manqué de souligner que « *l'autonomie a toujours pour le moins une justification empirique qu'est la division du travail* »²⁰⁹. Le droit des obligations serait ainsi marqué par une rationalité de type formel²¹⁰, dans laquelle les normes obéiraient exclusivement à la cohérence de l'ordre juridique abstrait et se laisseraient déduire les unes des autres, en dehors de toute intervention et de toutes considérations extérieures de caractère éthique, politique, religieux ou économique²¹¹. À l'inverse, les normes travaillistes répondraient à une rationalité matérielle²¹², en intégrant des motifs extrinsèques (d'ordre éthique, politique, ou utilitariste) dans la découverte et à la création du droit²¹³.

46. L'opposition de ces deux types de rationalité ne doit certes pas être exagérée²¹⁴. Carbonnier nous rappelle que pour Gény, les sources formelles du droit sont le produit du

²⁰⁴ J.-J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français ». *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 1985, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, p. 44.

²⁰⁵ L. LEVENEUR, « Le Code civil, cadre normatif concurrencé ». in *Le Code civil : une leçon de légistique ?*, B. Saintourens (dir.), Economica, 2006, p. 123.

²⁰⁶ L. LEVENEUR, *ibidem*.

²⁰⁷ J.-L. AUBERT, « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le code civil » in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris, 2004, p. 129, pour qui les phénomènes d'éclatement du droit civil hors du code civil « sont la conséquence d'un besoin de spécialisation de la règle de droit, provoqué par la complexité croissante de la vie socio-économique ».

²⁰⁸ Comme l'affirmait la Chancellerie.

²⁰⁹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1994, p. 40, « de justification scientifique, elle n'en a que dans la mesure où chaque rameau détaché peut faire état de phénomène juridique foncièrement différent de ceux que l'on rencontre ailleurs, postulant de ce fait des méthodes renouvelées, ce qui est loin de se vérifier constamment ».

²¹⁰ M. WEBER, *Sociologie du droit*, PUF, Paris, trad J. Grosclaude, 1986, p. 340.

²¹¹ J. FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber ». *APD* 1978, p. 81.

²¹² A. SUPIOT, « Délégation, normalisation et droit du travail ». *Dr. soc.* 1984, p. 298, pour qui le droit du travail fait « ressurgir des éléments matériels dans le système juridique ».

²¹³ M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ, Presses de l'université de Laval, coll. droit et société, 1995, p. 51.

²¹⁴ Pour de plus amples développements sur la question des rationalités du Droit, M. VILLEY, « Préface historique à l'étude des formes de rationalités en droit ». *APD* 1978, p. 3 ;

filtre des sources réelles constituées notamment par la nature physique ou morale, les conditions économiques et sociales, le donné historique ou encore le donné idéal²¹⁵. Max Weber avait lui-même relativisé la portée de la distinction²¹⁶, en reconnaissant non seulement l'existence mais encore la nécessité d'une certaine dialectique entre les besoins économiques et les institutions du droit²¹⁷. Le Professeur Vatinet souligne ainsi que le système juridique français a refusé de choisir catégoriquement entre les deux approches, faisant de leur articulation moins une question de principe que de dosage²¹⁸. Mais il n'en reste pas moins que les catégories consacrées par les législations spéciales, qu'elles visent la qualité des parties ou la substance de l'engagement conclu, épousent mieux le particularisme des situations ciblées que ne le ferait le droit commun²¹⁹. En définitive, « *la catégorisation des rapports contractuels engendre une concrétisation supérieure des règles de droit, par leur plus grande adéquation à la situation de fait, et se traduit fort logiquement par un recul du droit commun et une expansion des régimes spéciaux* »²²⁰.

47. Pour les mêmes raisons, la réforme ne fera probablement pas davantage disparaître, à notre sens, les phénomènes d'amplification par mimétisme²²¹. On peut ainsi douter, par exemple, que la refonte du droit commun conduise la chambre sociale de la Cour de cassation à revoir sa conception de la force majeure ou du manquement justifiant la rupture anticipée du contrat à durée déterminée. En revanche, et parce que les réformes sont propices aux exercices prospectifs, il sera intéressant de voir si l'objectif de protection de la partie faible affirmé par la Chancellerie, et porté par l'ordonnance du 10 février 2016, conduira les juges à interpréter les nouvelles dispositions à l'aune des solutions travaillistes qui affichent une finalité identique.

²¹⁵ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 10^e éd., 2001, p. 22 ; dans le même sens J. FREUND, *op. cit.*, p. 81, observant qu'il « *n'existe pas de système purement formel du droit qui pourrait rester sourd aux pressions venant de l'extérieur, pas plus qu'il n'existe un droit exclusivement matériel, à la merci des situations changeantes, car une telle attitude conduirait à la négation du droit* »

²¹⁶ M. WEBER, *Sociologie du droit, op. cit.*, p. 162.

²¹⁷ B. OPPETIT, « Droit et économie ». *APD* 1992, pp. 17-26.

²¹⁸ R. VATINET, « Les méthodes du raisonnement juridique en droit du travail » in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Paris, Economica, 2011, pp. 207-229.

²¹⁹ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 1994, p. 195, observant que le découpage ne signifie pas « *que les concepts mis en oeuvre par la rationalité formelle soient totalement coupés de la réalité sociale et en particulier d'un système de valeurs déterminé, mais ils opèrent entre cette réalité et le système juridique une médiation abstraite qui n'existe pas dans une rationalité de type matériel* ».

²²⁰ C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 382, n°7.

²²¹ Ch. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1997, tome 282, n°153.

48. Au terme de ces précisions, on perçoit plus clairement les contours et les enjeux de notre sujet d'étude. Il s'agit de déterminer si la manière d'appréhender l'acte juridique en droit du travail est envisageable en dehors de la discipline, pour traiter des situations analogues dans les ensembles comparés. On constatera que la réponse à cette question peut être positive, et que la discipline encourage une conception de la théorie de l'acte juridique marquée par la diversification de ses représentations²²². Mais il faut alors immédiatement souligner la complexité du phénomène envisagé, dans la mesure où l'apport proposé par le droit du travail affiche un caractère protéiforme, tant au regard de sa nature que de sa portée.

49. Tout d'abord, la nature de l'apport suggéré revêt deux principales formes. La première prend le visage d'amendements ayant pour effet de modifier directement le droit positif. Il s'agira par exemple de la transposition d'une technique inédite²²³, ou de l'adoption d'une interprétation alternative²²⁴. La seconde ne vise pas à proposer des solutions immédiatement opérationnelles. Elle consiste davantage à éclairer sous un jour différent la perception des concepts axiologiques qui fondent le droit positif²²⁵. L'apport du droit du travail se signalera donc plus volontiers ici par la promotion d'orientations répondant à des considérations de politique juridique²²⁶. Mais il ne faudra toutefois pas exagérer l'opposition entre ces deux formes d'apport, la première étant dans une assez large mesure guidée par la seconde.

50. Le caractère protéiforme de l'apport travailliste s'exprime, ensuite, au regard de sa portée. Cela concerne, en premier lieu, l'objet visé par l'apport. Ainsi, plusieurs suggestions, tenant notamment à l'encadrement de la rupture de l'acte juridique²²⁷, ciblent uniquement les engagements avec lesquels l'une des parties entretient un rapport de dépendance

²²² Sur le terme de « représentation », voir *infra*, n°53 et s.

²²³ Comme par exemple le contrôle de proportionnalité des atteintes aux droits et libertés fondamentaux, le respect d'un préavis au licenciement, l'obligation de motiver la rupture du contrat de travail, sa suspension en cas de nécessités contraignantes ou encore la distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail.

²²⁴ On songe ici aux notions de bonne foi dans l'exécution du contrat, de caducité, de cause, d'engagement unilatéral ou d'abus de droit.

²²⁵ On peut évoquer ici les idées de liberté contractuelle, d'ordre public ou de pouvoir.

²²⁶ Voir par exemple *infra*, n°232 et s.

²²⁷ Voir *infra*, n°710 et s.

économique²²⁸. Elles suivent en cela une opinion qui tend à voir dans le droit du travail un modèle pour le traitement des contrats de dépendance²²⁹. Mais l'apport de la discipline dépasse cette seule catégorie. Certains amendements visent en effet l'ensemble des actes juridiques. On évoquera simplement les propositions tendant à une meilleure réception de l'engagement unilatéral en droit privé²³⁰, ou celles qui militent en faveur d'un renforcement du contrôle de l'exercice du pouvoir disciplinaire et de certaines prérogatives contractuelles²³¹.

En second lieu, il peut arriver que la diffusion d'une solution travailliste soit possible sans pour autant être souhaitable. Il convient alors de dissocier la faisabilité de l'apport de son opportunité. À ce titre, on peut mentionner la distinction opérée par la chambre sociale entre modification du contrat et changement des conditions de travail. La *suma divisio* introduit une forme de flexibilité de la relation de travail en autorisant l'employeur à altérer unilatéralement une partie du contenu contractuel. Or, cette souplesse, dont on voit d'ailleurs qu'elle ne joue pas nécessairement au bénéfice du salarié, ne nous semble pas suffisamment maîtrisée par la jurisprudence travailliste pour que l'on puisse souhaiter sa diffusion à d'autres relations contractuelles de droit privé²³².

51. En définitive, on constate que les manifestations d'un éventuel apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique affichent une grande variété. Le caractère protéiforme de l'apport rend d'autant plus difficile son rattachement à une impulsion unique. Il serait certes tentant de donner à notre propos une coloration unifiée, comme le fait d'ailleurs une partie de la doctrine en évoquant le modèle que représenterait le droit du travail dans le traitement des relations marquées par la vulnérabilité ou la dépendance d'un des

²²⁸ *Comp. Th. REVET*, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés ». *D.* 2015, p. 1217, proposant d'élaborer une « *néo-théorie générale du contrat* » dans laquelle le droit commun des contrats se subdiviserait en deux branches, la première visant les contrats de gré à gré, la seconde régissant les contrats d'adhésion.

²²⁹ Notamment, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°28 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014 ; P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail : modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Dalloz, 2004, pp. 197 ; A. SUPIOT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats » in *Le Code civil entre jus commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 47.

²³⁰ Voir *infra*, n°311 et s.

²³¹ Voir *infra*, n°394 et s.

²³² Voir *infra*, n°664 et s.

protagonistes²³³. Mais si pareille démarche aurait peut être eût le mérite de la simplicité, elle aurait assurément manqué de rigueur en systématisant à l'excès la physionomie des apports travaillistes.

52. À l'inverse, plutôt que de chercher à rattacher ces apports à une seule et même inspiration, il nous semble davantage pertinent de mettre l'accent sur les effets de leur réception à l'extérieur du droit du travail. De ce point de vue, on peut soutenir l'idée que la discipline encourage l'édification d'une théorie générale de l'acte juridique marquée par la diversité. La matière contribue ainsi à souligner la variété des conditions dans lesquelles se forme la volonté de s'engager, tout comme la diversité de ses modes d'expression. Elle témoigne également d'une capacité certaine à traduire sur le terrain du Droit, afin de les appréhender dans leur diversité, l'altérité des rapports de force et la mutabilité des données factuelles qui accompagnent l'exécution des actes juridiques. La recherche d'un possible apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique peut ainsi être menée en ciblant la formation de l'acte juridique (**Première partie**), puis son exécution (**Seconde partie**)

²³³ Voir *supra*, n°4.

Première partie : L'apport du droit du travail au temps de la formation de l'acte juridique

53. L'apport du droit du travail réside ici dans la contribution de la discipline à une diversification des représentations auxquelles donne lieu l'étude de la formation de l'acte juridique¹.

Dans la *Critique de la raison pure*², Kant associe la « représentation » à un terme générique englobant les phénomènes de « perception »³, de « sensation »⁴, de « connaissance »⁵, d'« intuition »⁶, et enfin, les figures de « concept »⁷ et de « notion »⁸. La combinaison de ces deux dernières manifestations de la pensée humaine nous permet d'aborder de manière relativement complète la question des représentations de la formation de l'acte juridique. En effet, selon le Professeur Bioy, la « notion » renvoie « à un terme de droit positif à propos duquel une systématisation doctrinale a pu établir l'implication d'un certain nombre d'effets de droit réguliers », tandis que le concept est « un terme de science du droit issu d'une construction qui décrit le fonctionnement des "notions" et par là même peut être amené à en guider le fonctionnement effectif »⁹. Cette définition du concept n'est d'ailleurs guère éloignée de la description faite de la théorie générale par les Professeurs Jestaz et Jamin. Rappelons que celle-ci est en effet perçue comme un ensemble de définitions et de principes ordonnés

¹ Le terme de « diversification » est emprunté à Madame Suzanne Lequette, S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*. Economica, Paris, 2012, tome 27, n°576, qui conclut sa thèse en observant que « le problème est moins celui d'un renouvellement de la conception du contrat que celui d'une diversification de son droit commun ».

² E. KANT, *Critique de la raison pure*, trad. A. Ternesaygues, B. Pacaud, PUF, Paris, 1980, cité par X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction ». in *Les notions juridiques*, G. Tusseau (dir.), Economica, Paris, 2009, p. 39.p. 28.

³ E. KANT, *op. cit.*, p. 266 et s., visant « la représentation accompagnée de conscience ».

⁴ *Ibidem*, « une perception qui se rapporte uniquement au sujet comme modification de son état, est sensation ».

⁵ *Ibid.*, « une perception objective est connaissance ».

⁶ *Ibid.*, « l'intuition se rapporte immédiatement à l'objet et est singulière »

⁷ *Ibid.*, « le concept se rapporte médiatement [à l'objet] au moyen d'un signe qui peut être commun à plusieurs choses »

⁸ *Ibid.*, « le concept est ou empirique ou pur, et le concept pur, en tant qu'il a uniquement son origine dans l'entendement (et non dans une image pure de la sensibilité) s'appelle notion ».

⁹ X. BIOY, *op. cit.*, p. 39.

autour d'un certain objet dans le dessein d'expliquer de manière cohérente les solutions positives et de guider les solutions futures¹⁰.

54. Si toutefois nous préférons recourir au terme de représentation, c'est parce que l'entreprise de diversification qui s'y rapporte ne saurait se limiter à encourager une lecture alternative du droit positif. Le renouvellement des concepts du droit privé passe aussi par une évolution des solutions en vigueur, qu'il s'agisse des règles posées par le législateur ou des interprétations retenues par la jurisprudence. En effet, à l'instar de la théorie générale¹¹, la physionomie des concepts dépend en grande partie de la substance des notions à partir desquelles ils se construisent. En somme, la représentation de la formation de l'acte juridique, telle que nous l'entendons, désigne à la fois les concepts axiologiques qui sous-tendent son appréhension – en particulier l'autonomie de la volonté et ses dérivés –, et les notions juridiques qui les traduisent sur le terrain du Droit – comme par exemple les vices du consentement et leurs sanctions.

C'est par cette dialectique des concepts et des notions que peut être opérée une diversification des représentations de la formation de l'acte juridique. Le droit du travail peut tout d'abord contribuer à diversifier la représentation du contexte de formation de l'acte juridique (**Titre premier**). Il propose ensuite de diversifier la représentation des manifestations de volonté dans la formation de l'acte juridique (**Titre second**).

¹⁰ Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, Paris, 2004, p. 230.

¹¹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthode du droit, Paris, 5^e éd., 2012, n°5, pour qui la théorie générale se construit à partir « *des solutions établies par des textes, la tradition judiciaire ou la pratique, [et] les rattachent à des principes généraux dont on peut ensuite déduire d'autres solutions pour résoudre des problèmes nouveaux, de nouvelles formes d'activités, de nouveaux rapports juridiques* ».

Titre 1: L'apport du droit du travail à la représentation du contexte de formation de l'acte juridique

55. L'étude de la représentation du contexte de formation de l'acte juridique est riche d'enseignements. Il y a, d'un côté, les tenants d'une analyse subjectiviste qui voient dans la conclusion du contrat un acte de volonté¹, émanant d'un individu libre de toute contrainte². Récemment encore, le Professeur Grimaldi faisait état de ses réserves « à l'égard du contrôle des clauses créant un déséquilibre significatif dans une matière, le droit civil, où il n'existe pas par principe de déséquilibre dans les relations interindividuelles »³. L'auteur se demandait si ce n'était pas là « le signe que le législateur [n'avait] plus confiance dans la rationalité de ses sujets » et s'il ne valait pas mieux « dans une société libérale, faire application du principe sain suivant lequel celui qui est libre (de contracter) est responsable (du contrat conclu) ».

56. Face à tant d'abstraction dans l'analyse des relations économiques et sociales, il est rassurant d'observer qu'une autre partie de la doctrine préfère mettre l'accent sur le poids des éléments objectifs dans la prise de décision⁴. Ainsi, avec cette doctrine de la déclaration de volonté⁵, le juge est vivement invité à replacer dans son contexte la manifestation du consentement. Il lui appartient d'observer que la déclaration ne consiste pas seulement dans les termes qui l'expriment, mais dépend aussi des circonstances ambiantes d'où elle est issue⁶.

¹ L. AYNÈS, « La cause, inutile et dangereuse ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 40.

² Parmi de nombreux auteurs F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°24, pour qui « nul n'est forcé d'entrer en relation avec ses semblables » ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, Paris, 14^e éd, 2014, n°657, estimant que « même si le dogme de l'autonomie de la volonté est en perte de vitesse (...), sa projection majeure en droit des contrats, le principe de la liberté contractuelle, subsiste encore aujourd'hui, et mieux encore, se trouve confirmée en tant que valeur contractuelle essentielle ».

³ C. GRIMALDI, « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots ». *D.* 2015, p. 815 ; rappelons que l'article 1171 issu de la réforme du droit des contrats prévoit que « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

⁴ Notamment, P. HÉBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques ». *in Mélanges Maury*, Dalloz, Paris, 1960, tome 2, p. 422 ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse Paris, 1969, p. 90 ; voir aussi J.-P. CHAZAL, « Violence économique ou abus de faiblesse ? ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 47.

⁵ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Librairie Cotillon, R. Pichon, Librairie du Conseil d'Etat et de la société de législation comparée, 1901.

⁶ R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 220.

Il en va de même en droit du travail, avec sans doute une plus grande acuité au regard de la situation du salarié⁷.

57. Encore faut-il préciser que ce n'est pas l'existence d'un rapport de subordination qui nous permettra d'opérer une analogie entre le contexte de formation du contrat de travail et celui des autres contrats de droit privé. D'une part, tel que nous le verrons, la nature juridique de la subordination est propre à la relation de travail salariée. Certaines branches du droit ont certes connu un développement fondé sur la protection d'un individu ou d'une entité économique placés en situation de faiblesse à l'égard de leurs partenaires juridiques. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut ici évoquer l'inégalité des producteurs et des distributeurs entre eux⁸, ou l'infériorité des profanes au regard des professionnels⁹, respectivement encadrées par le droit de la concurrence et le droit de la consommation. Mais le lien juridique de subordination a une signification particulière : il s'agit d'une relation, et non pas seulement d'une situation inégalitaire. De plus, il est question d'une inégalité instituée par le droit, et non pas d'un rapport de fait ignoré ou combattu par lui¹⁰. D'autre part, le rapport hiérarchique engendré par la subordination ne présente qu'un intérêt limité dans l'optique d'une contextualisation de l'engagement¹¹. Dit autrement, la subordination est la conséquence de la manifestation de volonté, elle n'en est pas la cause.

L'apport du droit du travail à une diversification du contexte de formation de l'acte juridique se situe ailleurs. La discipline conduit, selon nous, à envisager la dépendance économique en tant que concept complémentaire de la liberté contractuelle (**Chapitre 1**). Loin de ne donner lieu qu'à des considérations abstraites et désincarnées, cet éclairage du droit du travail sur le poids du contexte entourant la décision d'un individu de souscrire un engagement, ou d'y mettre un terme, s'avère particulièrement nécessaire. Il souligne ainsi avec force l'irréductibilité de la dépendance économique, dans sa conception la plus large, par les

⁷ « Le droit du travail privilégie un encadrement ou une reconstitution du processus psychologique, logique et temporel qui aboutit à l'acte volontaire, à la prise de décision », T. SACHS, « La volonté du salarié en actes ». in *La volonté du salarié*, T. Sachs (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2012, p. 50.

⁸ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, Paris, 3^{ème}éd., 1993, p. 47, n°67 et s.

⁹ J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 53, n°72 et s.

¹⁰ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 1994, p. 114.

¹¹ « tandis que l'inégalité désigne d'une manière générale le produit d'une comparaison objective entre des situations de fait éventuellement indépendantes l'une de l'autre, la hiérarchie désigne toujours un lien de droit », A. SUPIOT, *ibidem*.

techniques protectrices du consentement (**Chapitre 2**). De ce point de vue, le droit du travail ne fournit pas ici de solutions « clés en main ». Son apport consiste alors à mettre en évidence l'insuffisance des mécanismes tournés vers la protection du consentement.

Chapitre 1 : L'affirmation de la dépendance économique comme concept complémentaire de la liberté contractuelle

58. La liberté contractuelle est classiquement présentée comme un principe lié à l'autonomie de la volonté, aux côtés de la force obligatoire et de l'effet relatif des contrats¹. À ce titre, et selon une conception individualiste du contrat, elle s'exprimerait « *à travers une triple faculté : contracter ou ne pas contracter, choisir librement son contractant, déterminer librement le contenu du contrat* »². La critique du dogme de l'autonomie de la volonté, à laquelle s'est livrée une partie de la doctrine au début du XX^e siècle³, a néanmoins conduit à reconsidérer le réalisme des concepts qui lui étaient rattachés. Le Professeur Ghestin a ainsi pu proposer de lui substituer les principes d'utilité et de justice sociale⁴. Dans leur ouvrage consacré au droit des obligations, les Professeurs Terré, Simler et Lequette soulignent alors que « *les conséquences que l'on déduit habituellement de l'autonomie de la volonté [se] retrouvent [dans ce cadre alternatif] mais tempérées* »⁵. Partant, la liberté contractuelle est vue comme s'exerçant dans les limites fixées par le législateur⁶.

59. En dépit des tempéraments apportés à l'idée d'autonomie de la volonté, cette vision de la liberté contractuelle en tant que principe cardinal du droit des contrats appelle quelques observations critiques. Il faut en effet ajouter aux limites posées par le législateur celles qui sont générées par le contexte économique de l'échange. En ce sens, les auteurs précités consacrent de substantiels développements au phénomène des contrats d'adhésion, qu'ils opposent à une liberté contractuelle synonyme d'une libre négociation du contenu contractuel⁷. Ce sont bien ici des limites d'ordre factuel qui sont mises en évidence. On peut alors regretter que l'intégration de données factuelles dans l'analyse de la portée effective du principe de liberté contractuelle, n'ait pas également conduit les auteurs de ce manuel à

¹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°24 ; nous aurions pu nous référer à d'autres manuels de droit des obligations, mais la mise en évidence de l'enseignement dispensé par cet ouvrage implique de nous y attarder plus longuement.

² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibidem*.

³ Notamment E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau Editeur, Paris, 1912.

⁴ J. GHESTIN, « Le juste et l'utile dans les contrats ». *APD* 1981, p. 35.

⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°29.

⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibidem*.

⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°196 et s.

s'interroger sur les contraintes susceptibles de peser sur la liberté d'un individu de souscrire ou non un engagement.

60. D'une part, cette représentation du contexte de formation de l'acte juridique est incomplète et mériterait d'être diversifiée. D'autre part, et c'est là une conséquence plus grave, l'implantation de ce postulat de liberté contractuelle au frontispice de la théorie générale de l'acte juridique, qui prend en l'espèce la forme de ce que le Professeur Savaux associe à un « *droit commun des livres et des amphithéâtres* »⁸, n'encourage pas la critique du droit positif et de ses insuffisances. Certes, comme le souligne le Professeur Supiot, « *jusqu'à un certain point, une théorie juridique peut ignorer les situations sociales ou économiques qui semblent démentir ses constructions, car ces dernières ne relèvent pas de l'économie ou de la sociologie mais du Droit, c'est-à-dire d'un ordre idéal, où les fictions sont monnaies courantes et nécessaires* »⁹. En revanche, ajoute l'auteur, « *l'ordre juridique ne peut s'accommoder durablement de contradictions internes. De telles contradictions le travaillent de l'intérieur, et conduisent lentement, mais sûrement, à sa transformation. Cela d'autant plus inéluctablement que cet ordre se présente comme une axiomatique rigoureuse, où les règles positives doivent être rattachées au respect de quelques principes de base. Or en droit français, la théorie des contrats possède bien cette tournure axiomatique. Elle s'y présente avec deux corollaires principaux. Le premier est le principe de liberté contractuelle* »¹⁰.

61. Ainsi, l'article 1102 issu de la réforme du droit des contrats 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 »¹¹. Comme le relève le Professeur Mekki, en formalisant ce principe en ouverture du titre III, le législateur affirme son attachement à une conception néolibérale du contrat au fondement de laquelle se trouve le

⁸ É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1997, tome 264, p. 300.

⁹ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 1994, p. 118.

¹⁰ A. SUPLOT, *ibidem*.

¹¹ Les Principes contractuels communs (PCC) érigent eux aussi la liberté contractuelle au rang de principe directeur du droit européen des contrats, F. BUJOLI, B. FAUVARQUE-CAUSSON, D. MAZEAUD, J.-B. RACINE, L. SAUTONIE-LAGUIONIE, G. WICKER, *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, Société de législation comparée, Paris, 2008. L'article 0.101 des PCC dispose en son alinéa 1 que « *chacun est libre de contracter et de choisir son cocontractant* ».

principe de liberté contractuelle¹². La consécration du principe n'est pas critiquable en soit, d'aucuns ayant démontré qu'elle constituait le corollaire de la liberté individuelle¹³. Ce qui pose problème, nous le verrons, c'est son omniprésence au moment de représenter ou d'appréhender des engagements de droit privé dont la naissance est davantage contemporaine d'une situation de « contrainte » que d'un état de liberté¹⁴. L'idée de dépendance économique, sur laquelle nous allons revenir plus longuement, s'oppose justement ici à une conception idéale, pour ne pas dire idéalisée, des circonstances dans lesquelles l'individu manifeste une volonté de conclure un acte juridique.

62. Reconnue par le droit civil, la notion ne bénéficie pourtant d'aucune autonomie conceptuelle et demeure cantonnée au rôle d'élément de qualification du vice de violence économique¹⁵. En témoigne l'emblématique arrêt du 30 mai 2000, par lequel la première chambre civile jugea qu'une transaction pouvait « 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 »¹⁶. Il n'en reste pas moins, nous le verrons, que la physionomie de nombreux engagements se rapproche davantage de l'image d'une restriction du libre arbitre que de celle d'une liberté de contracter toute puissante. L'objectif n'est certes pas ici de prétendre que toutes ces relations naissent d'une volonté assujettie aux nécessités du moment. Mais il s'agit néanmoins de plaider pour une diversification du contexte de son expression dans la théorie de l'acte juridique, en introduisant un concept complémentaire de la liberté contractuelle.

¹² M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations ». *D.* 2015, p. 816, spé. n°28.

¹³ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1936, p. 269.

¹⁴ C. PERES, « 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, p. 381, « la liberté contractuelle constitue d'ores et déjà un « principe directeur » en droit positif, du moins si l'on entend par là une directive de portée générale, irriguant et dominant la matière, incarnant une certaine conception du contrat, reflétant un parti pris initial en faveur de la liberté individuelle, guidant, orientant et justifiant certaines solutions particulières ». L'auteur se demande toutefois, avec raison, « s'il entre dans les missions d'un code de faire oeuvre doctrinale en érigeant en articles de loi les idées cardinales, voire les axiomes d'inspiration philosophique d'une matière juridique donnée ».

¹⁵ « La dureté présente des relations sociales et de la vie des affaires conduit parfois des contractants à invoquer la violence dans des hypothèses qui n'avaient pas été envisagées par les rédacteurs du Code civil », F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°248.

¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15242 ; *D.* 2000, p. 879, note J.-P. CHAZAL, *JCP G.* 2001, II, 10461, note G. LOISEAU ; *RTD civ.* 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Deffrénois* 2000, art. 37237, n°68, obs. Ph. DÉLEBECQUE ; C. NOURISSAT, « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? ». *D.* 2000, chron., p. 369 ; B. EDELMAN, « De la liberté et de la violence économique ». *D.* 2001, chron., p. 2315.

Le droit du travail peut contribuer au succès de cette démarche. La prise en compte de la dépendance économique du salarié y est sous-jacente à de nombreuses solutions, notamment en matière d'adaptation du contrat de travail¹⁷ ou concernant l'encadrement de sa rupture¹⁸. À tel point que la discipline pourrait, selon nous, faire figure de modèle pour l'appréhension de cette contradiction portée à l'idéal de liberté contractuelle que postule le droit commun du contrat (**Section 1**). La nuance ainsi apportée à la liberté contractuelle, par l'admission qu'un nombre considérable de relations de droit privé est aujourd'hui marqué par la vulnérabilité de l'un des protagonistes, n'est toutefois pas l'apanage du droit du travail. Le salariat et la figure de la subordination ont certes largement contribué à mettre en évidence les limites du recours aux dispositions du droit commun¹⁹. Mais il ne faut pas perdre de vue l'apport de ceux qui ont démontré le rôle joué par la dialectique des éléments objectifs et subjectifs dans la théorie générale de l'acte juridique²⁰. La thèse du Professeur Hauser est particulièrement révélatrice du refus d'une partie de la doctrine de laisser l'acte juridique enfermé dans une représentation insensible au poids des données extérieures à l'individu sur sa volonté de s'engager. À cet égard, l'éclairage du droit du travail sur le contexte de la formation de la volonté de s'engager s'inscrit dans le prolongement de la théorie synthétique de l'acte juridique (**Section 2**).

¹⁷ Voir *infra*, n°519 et s.

¹⁸ Voir *infra*, n°711 et s.

¹⁹ « *Le droit commun des contrats s'est construit sur une vision individualiste et égalitaire des rapports contractuels. Et, même si la matière a depuis subi quelques notables amendements, elle demeure marquée par cette vision du monde. Le droit du travail, charpenté par l'action collective et la subordination s'est nécessairement construit en opposition avec ce modèle* », G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°28.

²⁰ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau Editeur, Paris, 1912 ; G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965 ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse Paris, 1969.

Section 1 : Le droit du travail comme modèle d’appréhension de la dépendance économique

63. Le concept de modèle reçoit deux principales acceptions, l’une normative, l’autre descriptive et explicative²¹. La dimension normative du modèle met l’accent sur la reproduction du schéma observé en dehors de son champ d’application habituel. L’approche descriptive ne vise pas quant à elle à orienter la substance de l’objet de référence, en l’espèce la théorie de l’acte juridique. Elle fournit une clé abstraite pour une analyse renouvelée des notions étudiées²². C’est là toute la signification de l’éclairage que le droit du travail tend à apporter sur le contexte d’expression de la volonté dans l’acte juridique à travers la notion de dépendance économique.

64. La discipline ne dispose certes d’aucun monopole en matière d’identification et de traitement des situations marquées par une contrainte économique ou la vulnérabilité de l’une des parties à l’acte juridique. Dans une certaine mesure, le droit de la distribution, le droit de la concurrence ou encore le droit agro-alimentaire, pour ne citer qu’eux, poursuivent des desseins similaires. De même, il faut admettre que l’image du salariat subi, en raison d’un état de besoin préexistant à la conclusion du contrat de travail, ne reflète pas l’intégralité des relations de travail. Ainsi, Monsieur Yannick Pagnerre rappelle que la vision d’un salariat synonyme de contrainte ne tient pas compte de nombreux salariés qui ne souffrent d’aucune dépendance économique²³. Madame Delphine Gardes met quant à elle l’accent sur la fonction sociale et collective du travail qui permet de construire un lien avec l’autre et le reste de la société²⁴.

²¹ P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail : modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Dalloz, Paris, 2004, p. 200.

²² P.-Y. VERKINDT, *ibidem*.

²³ La vision d’un salariat synonyme de contrainte « ignore de nombreux salariés qui ne souffrent d’aucune dépendance économique. Certains sont pluriactifs avec une activité salariée principale et une autre secondaire, l’existence de la première n’écartant nullement le caractère salarié de la seconde. D’autres encore ont une fortune personnelle qui leur permet de ne pas travailler mais ils désirent exercer une activité salariée comme forme d’épanouissement », Y. PAGNERRE, « La cause instrument de qualification de contrat de travail ». in *La cause en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 35.

²⁴ D. GARDES, *Essai et enjeux d’une définition juridique du travail*, PU Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2013, p. 75. Remarquons toutefois que le propos de Madame Delphine Gardes s’inscrit dans le cadre d’une étude consacrée à une définition juridique du travail qui dépasse largement le seul cas du travail salarié ; pour ce dernier, si le développement personnel induit par l’activité professionnelle ne saurait être rejeté, la recherche d’une source de revenu ne doit pas non plus être sous-estimée.

65. Aussi exactes soient-elles, la portée de ces analyses doit néanmoins être relativisée. En 2012, 80% du revenu annuel moyen des personnes âgées de 18 à 64 ans étaient constitués par des revenus d'activité²⁵. Dans le même temps, la rémunération des salariés constituait 73 % du revenu brut primaire des ménages²⁶. La conclusion est alors évidente : pour l'immense majorité de la population active, le salariat constitue avant tout une source de revenus. Dans ces conditions, la conclusion d'un contrat apparaît moins comme une liberté que comme une nécessité²⁷.

66. D'aucuns pourraient tenter de nuancer cette présentation, en faisant valoir que si ces individus dépendent de leur travail pour s'assurer les moyens de leur existence, la possibilité de changer d'emploi contredirait l'idée d'une dépendance économique à l'égard de leur contrat de travail. Ce serait pourtant ignorer que si le taux de rotation de la main-d'œuvre a quintuplé au cours des trente dernières années, l'augmentation est surtout due à un recours massif à des formes d'emplois qualifiées de précaires. Ainsi, en 2014, plus de neuf embauches sur dix se sont faites sous la forme de CDD ou de contrats d'intérim²⁸. Mais surtout, cette prétendue mobilité professionnelle se heurte à un fort taux de chômage²⁹, lequel s'oppose assez largement à l'idée que celui qui n'est pas satisfait de son emploi peut aisément en occuper un autre à des conditions plus avantageuses. Ainsi, dans une étude publiée en 2008, à peine 36% des salariés français interrogés estimaient être suffisamment payés pour le travail qu'ils accomplissaient ; seulement 37% considéraient que leur emploi offrait de bonnes perspectives d'avancement³⁰. De plus, il a été démontré que la majorité des salariés souhaitent

²⁵ Source Insee-DGFIP-Cnaf-Cnav-CCMSA, enquête Revenus fiscaux et sociaux 2012, la part des revenus du patrimoine et des pensions s'élève respectivement à 5,78% et 5,96%.

²⁶ Source Insee, comptes nationaux, contre 19,2 % pour l'excédent brut d'exploitation et les revenus mixtes.

²⁷ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 1994, p. 117, « les faits démentent la totale liberté du consentement de celui qui s'engage dans le contrat de travail. La seule liberté – elle n'est pas négligeable – du travailleur dans un pareil cadre juridique est la liberté de choisir l'employeur auquel se subordonner, et encore dépend-elle de l'état du marché de l'emploi » ; dans le même sens A. TISSIER, « Le Code civil et les classes ouvrières », in *Le Code civil 1804 - 1904, Livre du centenaire*, Rousseau, Paris, p. 71, cité par A. SUPLOT, *ibidem* : « on présuppose une société où chacun peut vivre par lui-même. Or (...) cela est faux ; pour une partie de la population le contrat de travail n'est pas une possibilité mais une nécessité (...). On masque la spécificité de la relation contractuelle qui nous occupe si on ne montre pas seulement que l'un des contractants est très faible économiquement vis-à-vis de l'autre, mais encore qu'il est obligé de contracter ».

²⁸ C. PICART, « Une rotation de la main-d'œuvre presque quintuplée en 30 ans », *Document de travail*, Insee, n° F1402, 2014.

²⁹ Selon l'Insee, en moyenne sur le quatrième trimestre 2014, le taux de chômage s'élevait à 10,4% de la population active, *Principaux indicateurs*, Insee, 5 mars 2015, n°52.

³⁰ L. DAVOINE, Ch. ERHEL, M. GUERGOAT-LARRIVIERE, « Évaluer la qualité de l'emploi : les indicateurs de la Stratégie européenne pour l'emploi et au-delà ». *RIT* 2008, p. 180 et s.

travailler plus ne connaissent pas de hausse de leur temps de travail au bout d'un peu plus d'un an³¹. En définitive, la plupart des salariés qui ne sont pas satisfaits de leur emploi n'ont guère la possibilité d'en exercer un de meilleure qualité.

67. Le régime de la rupture du contrat de travail reflète d'ailleurs dans une assez large mesure la dépendance économique du salarié vis-à-vis de son contrat de travail. Lorsqu'elle est décidée par l'employeur, la rupture doit respecter les règles applicables au licenciement et reposer, notamment, sur une cause réelle sérieuse. Il en va différemment de la démission du salarié dont le bien-fondé n'est subordonné à aucune obligation de justification. Cette différence de régime est loin d'être anodine : le législateur sait que dans la plupart des cas, « *il n'y a aucune commune mesure entre la "gêne" causée à l'employeur par le départ des ouvriers et le "drame" que constitue pour ce dernier de la perte de son emploi* »³². Pour toutes ces raisons, le droit du travail offre, croyons-nous, un modèle, au sens descriptif, pour l'affirmation de la dépendance économique comme concept complémentaire de la liberté contractuelle³³.

68. Les contrats de dépendance, tels que les définit Monsieur Georges Virassamy, supportent une activité professionnelle dans laquelle l'un des partenaires, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière privilégiée ou exclusive

³¹ M. GAINI, A. VICARD, « Les salariés qui souhaitent travailler davantage y parviennent-ils ? » *Document de travail*, Insee, 2012.

³² Rapports Coutant n° 3687 et 5149, cité par G.-H. CAMERLYNCK, *op. cit.* « *Le licenciement discrétionnaire par le chef d'entreprise, en vertu d'une apparente et trompeuse symétrie, soulève dans l'ordre moral, économique et social, d'évidents problèmes. Comme le soulignait récemment à l'Assemblée Nationale, à l'occasion de la réforme du délai congé, le rapporteur de la Commission du travail, "il n'y a aucune commune mesure entre la « gêne » causée à l'employeur par le départ ouvriers et le « drame » que constitue pour ce dernier de la perte de son emploi" ; "La rupture du contrat de travail est spéciale parce que le contrat de travail présente une valeur particulière pour le salarié : ce dernier est la source d'un salaire, c'est-à-dire des revenus principaux d'une personne, d'un ménage, voire d'une famille ; de sorte que le risque de rupture du contrat sera bien souvent perçu comme une menace pour le salarié, son ménage ou sa famille"* », A. MARTINON, « Le contrat de travail, laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? ». *LPA* 2012, n°238, p. 16, n°6 ; du même auteur et dans le même sens « Le salaire ». *in Les notions fondamentales du droit du travail*, B. Teysié (dir.), éd. Panthéon-Assas, Paris, 2009, p. 161 et s.

³³ P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 201, n°6 ; dans le même sens A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – Influences croisées (1988-2003) ». *in Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, J. Krynen et M. Hecquard-Theron (dir.), PU Toulouse, 2005, p. 151, spé. p. 154, « *le contrat de travail ne se contente pas de s'abreuver au droit commun des obligations, il sert aussi de modèle en prêtant certains de ses traits, mais surtout ses techniques de protection, à nombre de contrats spéciaux se caractérisant par un rapport de soumission ou de dépendance* ».

qu'il a établie avec son cocontractant³⁴. Pertinente autant que reconnaissable, cette physionomie du contrat de dépendance ne recouvre toutefois pas l'ensemble des circonstances dans laquelle la liberté contractuelle peut se voir obérée. S'il est vrai que la dépendance économique peut légitimement s'apprécier au regard du poids économique de l'échange dans les ressources actuelles de l'individu au temps présent (I), elle doit également s'entendre, selon une conception élargie, à travers l'importance fondamentale de l'échange futur pour son existence (II).

I. La conception classique de la dépendance économique : l'importance de l'échange présent dans les ressources de l'individu

69. Comme le relève justement Monsieur Laurent Aynès, l'homme a besoin de l'autre car la satisfaction de son propre intérêt passe par la satisfaction de celui de l'autre³⁵. Cette dépendance n'est pas en soi un phénomène contre-nature³⁶, et le Droit n'entreprend d'ailleurs pas de la réguler ; il ne l'envisage que de manière ciblée, lorsqu'elle met en relation des protagonistes clairement identifiés et justifie un correctif juridique destiné à rétablir une certaine liberté³⁷. Il importe donc de distinguer les hypothèses dans lesquelles la dépendance économique fonde un rapport de coopération (A), de celles où elle entérine une relation de domination (B) de nature à concurrencer le concept de liberté contractuelle.

A. Dépendance économique et coopération

70. Le dictionnaire Littré envisage la dépendance sous les traits d'un « *rapport de fait* ». Le Grand Robert de la langue française complète cette approche en indiquant qu'il s'agit, pour

³⁴ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1986, tome 190, n°226.

³⁵ L. AYNÈS, « À propos de la force obligatoire du contrat ». *RDC* 2003, p. 324. Pour d'autres, la division du travail « atteint son poids maximum dans les sociétés industrielles : les professions se spécialisent, la division du travail s'introduit dans chaque branche de l'activité », M. EL-GAMMAL, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques. Etude comparée de droit civil français et de droit civil de la république Arabe unie*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1967, tome 22, p. 99.

³⁶ Critiquant la figure planificatrice du contrat social, Durkheim rappelle que selon Spencer, « *la vie sociale, comme toute vie en général, ne peut s'organiser naturellement que par une adaptation inconsciente spontanée, sous la pression immédiate des besoins et non d'après un plan médité de l'intelligence réfléchie* », É. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 179.

³⁷ J. HAUSER, « Une notion juridique de dépendance » in *Mélanges Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 283.

une personne, « *d'être sous l'influence ou l'autorité de quelqu'un ou de quelque chose* »³⁸. Il y rattache plusieurs états allant de « *l'attachement* » à « *l'esclavage* », en passant par différents stades intermédiaires tels que « *la soumission* » ou « *l'assujettissement* ». Ces éléments de définition offrent une représentation variée de la nature des rapports que l'individu est susceptible d'entretenir avec son environnement. Rousseau ne s'y était pas trompé lorsque qu'il observait « *deux sortes de dépendance : celle des choses, qui est de la nature ; celle des hommes, qui est de la société* »³⁹. Qu'elle soit économique, physique ou sentimentale, la notion de dépendance véhicule en effet l'image d'une restriction, si ce n'est du libre arbitre, du moins des marges de manœuvre de l'individu. Ce dernier perd une partie de son autonomie dès lors que le concours d'autrui lui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi⁴⁰.

71. Toutefois, la dépendance n'exclut pas l'émergence d'un rapport de coopération entre les parties au contrat, à condition cependant que le rapport de nécessité qu'elle génère soit placé sous le signe de la réciprocité. C'est précisément ce que démontre Madame Suzanne Lequette dans sa thèse de doctorat consacrée au contrat-coopération⁴¹. Entre les opérations juridiques fondées sur la permutation et celles organisant une concentration, l'auteur propose ainsi d'enrichir la théorie générale du contrat d'une nouvelle figure contractuelle « *opérant la mise en relation des actifs complémentaires des partenaires dans le cadre d'un projet commun [coordonnant] leurs intérêts convergents mais différents* »⁴². L'interdépendance qui se noue ici s'accommode fort bien d'une égalité juridique dans les droits et obligations conférés aux cocontractants⁴³, contrairement à la logique suivie par le droit du travail⁴⁴. En

³⁸ A. REY, *Le Grand Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2013.

³⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Émile*, ii. On peut cependant regretter que l'émerveillement du philosophe des Lumières devant l'idéal du « bon sauvage » ne lui ait pas permis, dans le même temps, de mesurer l'extrême dépendance de ce dernier à l'égard de la nature.

⁴⁰ À rebours de l'autosuffisance que certains érigent en condition de la liberté individuelle, par exemple P.-M. MOREL, *Épicure : la nature et la raison*, J. Vrin, Bibliothèque des philosophies, Paris, 2013, p. 162, rappelant que pour Épicure, « *le fruit le plus important de l'autosuffisance, c'est la liberté* ».

⁴¹ S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*. Economica, Paris, 2012, tome 27.

⁴² S. LEQUETTE, *op. cit.*, n°571, « *en vertu d'une obligation instrumentale, une partie s'engage à fournir les moyens à l'autre partie, laquelle, en vertu d'une obligation finale s'engage à les exploiter dans leur intérêt partagé* ».

⁴³ « *La règle de l'égalité juridique se révèle être un contrepoids important à la situation de dépendance économique dans la mesure où elle conduit à une organisation de la relation de coopération qui évite à la partie en situation de dépendance économique de tomber sous la coupe de son partenaire plus puissant* », S. LEQUETTE, *op. cit.*, n°348.

⁴⁴ « *Le contrat-coopération tend, pour pallier la situation de dépendance, à maintenir une certaine égalité dans le cadre de la gestion du projet commun. Plus encore, il vise à attribuer à chacun des partenaires le pouvoir de*

effet, le caractère bilatéral de *l'intuitu personae* atténué l'effet de domination engendré par la dépendance économique⁴⁵. Autrement dit, « *chacune des parties contracte en principe en considération des qualités de l'autre* » de sorte que « *le besoin spécifique du partenaire désigné par le contrat est pour cette raison réciproque* »⁴⁶.

72. Mais quand la dépendance économique n'est pas ressentie par la totalité des cocontractants, leur coopération ne revêt plus le même degré de nécessité pour l'un et pour l'autre. À l'instar du déséquilibre de puissance économique dans lequel s'inscrit le contrat de travail, elle cède alors la place à un rapport de domination caractérisé par une importance asymétrique de l'échange dans les ressources des parties au contrat.

B. Dépendance économique et domination

73. Lorsque seul l'un des protagonistes voit dans le contrat un moyen de subsistance⁴⁷, on conçoit aisément que la liberté contractuelle de l'assujetti puisse être compromise. La menace par son cocontractant de mettre fin au contrat ou de ne pas le renouveler peut en effet conduire la partie dépendante à donner son consentement dans des circonstances où elle ne l'aurait pas envisagée⁴⁸. On songe ici aux situations que peuvent connaître le salarié, le franchisé, le concessionnaire, l'agriculteur intégré⁴⁹ ou encore l'avocat collaborateur. Le droit

gérer le projet de coopération sur un pied d'égalité. C'est dire que les deux figures appréhendent différemment la dépendance économique : lorsque le contrat de travail offre à la partie en situation de dépendance une protection juridique, le contrat-coopération tente, au contraire, de la refouler ou du moins de la tempérer en maintenant l'indépendance juridique des partenaires », S. LEQUETTE, op. cit., n°294.

⁴⁵ S. LEQUETTE, *ibidem*.

⁴⁶ F. DESCORPS-DECLÈRE, *Pour une obligation d'adaptation des accords de coopération*, thèse Paris I, 2000, n°150, cité par S. LEQUETTE, *ibidem*.

⁴⁷ Nous visons ici le contrat bilatéral.

⁴⁸ Situation qu'envisage la violence économique dans les conditions que nous étudierons ultérieurement.

⁴⁹ Rappelons que selon l'article L. 326-1 du Code rural et de la pêche maritime, « *sont réputés contrats d'intégration tous contrats, accords ou conventions conclus entre un producteur agricole ou un groupe de producteurs et une ou plusieurs entreprises industrielles ou commerciales comportant obligation réciproque de fournitures de produits ou de services.. Sont également réputés contrats d'intégration les contrats, accords ou conventions séparés conclus par une ou plusieurs entreprises industrielles ou commerciales avec un même producteur agricole ou un même groupe de producteurs agricoles, et dont la réunion aboutit à l'obligation réciproque mentionnée à l'alinéa précédent* ». En matière d'élevage, les termes de la présomption légale de contrat d'intégration sont particulièrement révélateurs de la dépendance économique de l'éleveur à l'égard de l'intégrateur, l'article L. 326-2 du Code rural disposant que « *sont réputés contrats d'intégration les contrats par lesquels le producteur s'engage envers une ou plusieurs entreprises à élever ou à engraisser des animaux, ou à produire des denrées d'origine animale, et à se conformer à des règles concernant la conduite de l'élevage, l'approvisionnement en moyens de production ou l'écoulement des produits finis* » ; « *les contrats d'intégration agricole sont marqués par la dépendance économique et technique des agriculteurs intégrés puisque ces derniers concluent des contrats complexes assortis de clauses plus ou moins contraignantes : exclusivité (source*

du travail n'ignore pas ce visage de la dépendance économique et les développements que connaissent aujourd'hui les mécanismes juridiques ou judiciaires faisant appel à la volonté du salarié⁵⁰ sont loin d'être perçus comme l'expression d'un véritable libre arbitre⁵¹. Ainsi, pour le Professeur Supiot, là où le droit des contrats postule l'autonomie de la volonté individuelle, le droit du travail organise la soumission de la volonté⁵².

74. Pour autant, en dehors de ces préoccupations tenant à l'intégrité du consentement d'une partie vulnérable, la dépendance économique qui marque le rapport de travail demeure étrangère à l'acquisition du statut de salarié, lequel est directement fondé sur la qualification de contrat de travail. L'existence d'un lien de subordination y tient lieu de critère prépondérant⁵³, voire unique sous la plume de certains auteurs⁵⁴, ce que certains arrêts récents conduisent à nuancer⁵⁵. Or, si la notion de subordination, comprise comme « *l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* »⁵⁶, s'avère suffisamment souple pour appréhender les activités les plus diverses, voire les plus

d'une obligation de fidélité absolue), normes et contrôles techniques de la production (institution d'une discipline de production), fixation des prix selon des modalités particulières de variation ou d'adaptation (souvent empreintes d'unilatéralisme », M. THIOYE, J.-Cl., Rural, Fasc. 10 : Production et marchés. Contrats individuels d'intégration, mars 2014, n°1.

⁵⁰ T. SACHS (dir.), *La volonté du salarié*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2012, et dans cet ouvrage le réalisme prudent d'un auteur selon qui « *la volonté est encouragée plus que libérée* », P. ADAM, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », p. 40.

⁵¹ M. FABRE-MAGNAN, « Le forçage du consentement du salarié ». *Dr. ouvr.* 2012, p. 459 ; voir également A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris, 2010, p. 48, « *tout le droit social s'est construit sur une mise en doute méthodique du consentement du faible à la volonté du fort* ».

⁵² A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 1994, p. 110.

⁵³ Complété par l'obligation de fournir une tâche à exécuter, l'accomplissement d'une prestation personnelle de travail, en contrepartie d'une rémunération, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°193 et s.

⁵⁴ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, n°582.

⁵⁵ Cass. soc. 9 avril 2012, n°10-28818 où la Cour de cassation avait requalifié en contrat de travail la participation à une émission de télé-réalité au motif, notamment, que « *la prestation des participants à l'émission avait pour finalité la production d'un bien ayant valeur économique* » ; voir également Cass. soc. 3 juin 2009, n°08-40981, *RDT* 2009, p. 507, obs. G. AUZERO ; *D.* 2009, p. 2517, note B. EDELMAN ; *RDC* 2009, p. 1507, note Ch. NEAU-LEDUC ; plus largement Ch. RADÉ, « Des critères du contrat de travail ». *Dr. soc.* 2013, p. 202.

⁵⁶ Cass. soc. 15 novembre 1996, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2008, n°2.

inattendues⁵⁷, la Cour de cassation refuse de concevoir pareille subordination en dehors d'un lien de droit⁵⁸.

75. Si la dépendance économique ne constitue pas à proprement parler un critère du contrat de travail, elle occupe néanmoins une place importante dans le processus de qualification de certaines activités. Ainsi, il arrive que la chambre sociale se réfère à des éléments caractéristiques d'une situation de dépendance pour retenir l'existence d'une relation de travail, comme par exemple dans l'arrêt *Labbane* du 19 décembre 2000⁵⁹. En l'occurrence, la dépendance des salariés était telle qu'elle confinait à une situation de subordination⁶⁰. Dans d'autres décisions, la requalification s'appuie sur le constat que le travailleur ne possédait pas de clientèle propre⁶¹, travaillait pour un seul donneur d'ordre⁶², ou que le montant de la contrepartie reçue était fixé par le cocontractant en position de force⁶³. La dépendance économique refait également surface dès lors qu'il s'agit d'appliquer des pans entiers de la législation professionnelle à des catégories d'individus dont l'activité est exercée en dehors du salariat⁶⁴. Pour ces travailleurs, qualifiés de para subordonnés⁶⁵, ce sont bien les conditions

⁵⁷ Ainsi à propos de la participation de candidats à une émission de télé-réalité, Cass. soc. 3 juin 2009, n°08-40981, G. AUZERO, « Je ne m'amuse pas, je travaille ». *RDT* 2009, p. 507 ; Ch. RADÉ, « La possibilité d'une île ». *Dr. soc.* 2009, p. 930.

⁵⁸ Cass. civ. 6 juillet 1931, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *op. cit.* n°1, « la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties (...) la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie ».

⁵⁹ Cass. soc. 19 décembre 2000, *Bull. civ. V*, n°437, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2008, n°3.

⁶⁰ F. GAUDU, R. VATINET, *Les contrats du travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, Traité des contrats, Paris, 2001, observant « qu'à partir d'un certain degré de dépendance économique, les contraintes que celle-ci engendre caractérisent nécessairement une situation de subordination ».

⁶¹ Cass. soc. 13 janvier 2000, *Bull. civ. V*, n°20.

⁶² Cass. soc. 15 mars 2006, *Bull. civ. V*, n°110.

⁶³ Cass. soc. 10 décembre 2002, *Bull. civ. V*, n°374 ; sur ces manifestations d'une prise en compte de la dépendance économique, voir plus généralement E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail ». *Dr. soc.* 2011, spé. n°15.

⁶⁴ « Le droit du travail déploie ses tentacules envahissantes en s'imposant à des relations commerciales. L'absence d'un lien juridique de subordination dresse obstacle à l'établissement d'un contrat de travail mais n'interdit en rien la mise en oeuvre des dispositions du Code du travail pour autant que les conditions posées par les textes soient réunies », A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – Influences croisées (1988-2003) ». in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, J. Krynen et M. Hecquard-Theron (dir.), PU Toulouse, 2005, p. 168 ; dans le même sens Th. REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail ». in *Les frontières du salariat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 1996, p. 195, spé. p. 198, « l'exportation du droit du travail vers les situations de dépendance se révèle donc, au final, faiblement distincte de l'importation de ces dernières dans le giron de celui-là : elle opère un rapprochement très important entre le salariat et la dépendance économique, qui confine à la fusion de fait, préfiguration ou succédané de la fusion officielle ».

dans lesquelles l'engagement est exécuté qui justifient leur accès aux dispositions du Code du travail⁶⁶. Sont ainsi visés les gérants de succursales⁶⁷, les gérants non-salariés de succursales de commerce de détail alimentaire⁶⁸ et les travailleurs à domicile⁶⁹, sans que l'existence d'un lien subordination juridique ne soit exigée⁷⁰. Le choix d'un statut hybride pour les gérants de succursales⁷¹ s'explique en effet par la dépendance de leur activité économique à l'égard d'un fournisseur ou d'un distributeur. En ce sens, les prescriptions de l'article L. 7321-1 du Code du travail imposent de caractériser l'existence d'une exclusivité ou d'une quasi-exclusivité d'approvisionnement, ainsi que d'un local fourni ou agréé par l'entreprise à laquelle le gérant est lié. Elles visent également la poursuite d'une activité permanente et principale selon des modalités imposées, telles que l'aménagement du fonds⁷², la fixation des horaires d'ouverture⁷³ ou des prix de vente des marchandises⁷⁴.

76. On retrouve ici l'ensemble des caractéristiques du contrat de dépendance exposées par le Professeur Virassamy⁷⁵. La plasticité des termes employés par le Code du travail a pour conséquence d'étendre considérablement le bénéfice de ses dispositions pour tenir compte des nouveaux visages du travail pour autrui⁷⁶. Des contrats de concession aux contrats de franchise, en passant par les contrats de distribution sélective, l'application du droit du travail pourrait inspirer la régulation des contrats ayant pour dénominateur commun la réalisation

⁶⁵ Notamment J. BARTHÉLÉMY, « Le professionnel parasubordonné ». *JCP E* 1996, n°47, p. 487 ; E. PESKINE, « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie ». *RDT* 2008, p. 371.

⁶⁶ Citons par exemple le respect du SMIC (Cass. soc. 18 octobre 1972, *Bull. civ. V*, n°555) ou l'application du droit du licenciement (Cass. soc. 16 mars 1983, *Bull. civ. V*, n°164).

⁶⁷ C. trav. art. L. 7321-1 et s.

⁶⁸ C. trav. art. L. 7322-1 et s.

⁶⁹ C. trav. art. L. 7411-1 et s.

⁷⁰ Pour les gérants de succursale, Cass. soc. 4 décembre 2001, *Bull. civ. V*, n°373, *Dr. soc.* 2002, p. 158, note A. JEAMMAUD ; s'agissant des travailleurs à domicile, Cass. soc. 23 novembre 1978, *Bull. civ. V*, n°797.

⁷¹ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, Sirey, Paris, 3^e éd., 2015, n°1159, « dans ses relations avec les clients, le distributeur est un commerçant. Dans ses rapports avec l'entreprise fournisseur, dans tout ce qui touche aux conditions du travail, il est assujéti au droit du travail, même s'il est inscrit au registre du commerce ».

⁷² Cass. soc. 9 juillet 1974, *Bull. civ. V*, n°429.

⁷³ Cass. soc. 18 novembre 1981, *Bull. civ. V*, n°895.

⁷⁴ Cass. soc. 12 janvier 1983, *Bull. civ. V*, n°14.

⁷⁵ Les « contrats de dépendance [régissent] une activité professionnelle dans laquelle l'un des partenaires, l'assujéti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de la placer dans sa dépendance économique et sous sa domination », G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1986, tome 190, n°226.

⁷⁶ A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination ». *Dr. soc.* 2000, p. 131, spé. n°2 ; voir également X. LAGARDE, « Libres propos sur les évolutions du travail ». in *Mélanges Béguin*, Litec, Paris, 2004, p. 433.

d'un travail humain en situation de dépendance économique⁷⁷. Dans cette optique, la signification de cette dernière gagnerait à être élargie. La dépendance n'est pas uniquement synonyme d'une restriction du libre arbitre de celui qui tente de prévenir la rupture de l'échange dont il tire, dans le présent, l'essentiel de ses ressources. Elle doit être doublée d'une conception qui met l'accent sur la nécessité de l'échange futur dans les moyens de son existence.

II. La conception élargie de la dépendance économique : la nécessité de l'échange futur pour l'existence de l'individu

77. L'importance de l'échange futur pour l'existence de l'individu renvoie à l'impératif de satisfaction de ses besoins. Leur identification varie en fonction des définitions dont la notion de « besoin » fait l'objet, selon qu'elle se trouve assimilée à « *l'état d'un être par rapport aux moyens indispensables à son existence, sa conservation et son développement* »⁷⁸, « *une exigence née de la nature et de la vie sociale* »⁷⁹ ou encore appréhendée « *sur le terrain du droit (...) comme la souffrance née du manque d'un bien matériel que la victime ressent en comparant sa situation à celle des membres de son groupe social* »⁸⁰.

La seule référence aux besoins sans plus de précisions ne saurait à l'évidence conduire à l'édification de règles spécifiques⁸¹, à peine de constituer une menace excessive pour la sécurité juridique⁸². Avoir conscience de leur existence contribue néanmoins à modifier sensiblement la perception des conditions dans lesquelles une personne décide de conclure un

⁷⁷ « Il serait tout aussi vain de nier les liens de parenté entre le contrat de travail et d'autres contrats dans lesquels la prestation entendue tient dans un travail humain », P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail : modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2004, Paris, p. 201, n°2.

⁷⁸ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige, Paris, 3^e éd., 2010, v. besoin.

⁷⁹ A. REY, *Le Grand Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2013

⁸⁰ A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1969, tome 94, n°307.

⁸¹ Comp. S. LE GAC PECH, « Bâtir un droit des contractants vulnérables ». *RTD civ.* 2014, p. 581.

⁸² « Le besoin est donc créateur de droit d'une manière très limitée, mais indiscutable en droit civil, étant bien entendu qu'il s'agit ici du besoin immédiat concrètement démontré, et non d'un ensemble de nécessités d'ordre sociale appelé aussi besoin dont la définition précise serait d'ailleurs bien difficile à poser », A. SAYAG, *op. cit.*, n°305.

contrat⁸³. Le consentement donné doit ainsi être situé dans le contexte socio-économique contemporain de la formation de l'engagement (A). Le recul de la liberté contractuelle qui est susceptible d'en résulter constitue un danger pour le futur contractant. Celui dont les moyens d'existence ne dépendent pas de la souscription du contrat est en situation de profiter de la vulnérabilité de son homologue pour stipuler un contenu contractuel dans son intérêt exclusif. Il en résulte que la dépendance économique risque, pour la partie dépendante, de se doubler d'une éventuelle absence d'alternative satisfaisante lors de la conclusion du contrat (B).

A. Le poids du contexte socio-économique lors de la conclusion du contrat

78. L'identification du contexte socio-économique contemporain de la conclusion du contrat s'appuie sur une analyse microéconomique du cadre de l'échange (1). Celle-ci contribue à mettre en évidence une limitation de l'autonomie individuelle par la division du travail (2).

1. Le recours à l'analyse microéconomique

79. Le Grand Robert de la langue française voit dans l'économie une activité relative à la production, à la distribution et à la consommation de richesses au sein d'une collectivité humaine⁸⁴. Au plan didactique, l'économie désigne cette fois la science chargée d'étudier l'ensemble de ce phénomène d'échanges de biens et de services, en adoptant tantôt un point de vue macroéconomique, tantôt un raisonnement microéconomique. La macroéconomie s'intéresse aux quantités globales⁸⁵ agrégées au niveau d'une région, d'un pays ou d'un groupe de pays et à leurs relations⁸⁶, elle a souvent pour objet d'éclairer les politiques économiques. De son côté, la microéconomie s'interroge sur le comportement des acteurs de la vie économique (consommateurs, entreprises, banques, administrations...)⁸⁷. Elle vise ainsi à expliquer le comportement de ces agents⁸⁸, en ciblant la manière dont vont s'opérer leurs

⁸³ « Il serait cependant extrêmement fâcheux que la science juridique soit finalement la dernière à percevoir la place que le besoin tient dans la vie quotidienne », A. SAYAG, *op. cit.*, n°306.

⁸⁴ A. REY, *Le Grand Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2013.

⁸⁵ PNB, Dépense nationale, Investissement.

⁸⁶ Cl.-D. ÉCHAUDEMAISON (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Nathan, Paris, 4^e éd., 1998, p. 262.

⁸⁷ F. ETNER, *Microéconomie*, PUF, Coll. Quadrige Manuels, Paris, 2^e éd., 2006, p. 25.

⁸⁸ Lesquels sont présumés rationnels. Cela signifie qu'ils établissent des préférences, selon les informations dont ils disposent et leurs capacités cognitives respectives, afin, d'une part, de formuler des choix cohérents entre les

choix face aux contraintes qu'ils subissent de la part de la société, du marché ou encore des institutions⁸⁹.

80. Cette approche de l'économie contribue largement au décryptage du processus de formation de la volonté. Pour apprécier l'influence des facteurs exogènes sur la prise de décision de l'agent économique, il faut ainsi combiner les données révélées par la sociologie avec la structure d'examen établie en microéconomie. La division du travail théorisée par Durkheim va alors s'imposer comme l'instrument privilégié d'une appréhension de l'économie sous l'angle des relations de dépendance qu'elle génère.

2. La limitation de l'autonomie individuelle par la division du travail

81. Dans la préface de son célèbre ouvrage sur la division du travail, Durkheim s'interroge en ces termes : « *comment se fait-il que, tout en devenant plus autonome, l'individu dépende plus étroitement de la société ?* »⁹⁰. L'auteur affirme ensuite que ce qui résout cette apparente contradiction, « *c'est une transformation de la solidarité sociale, due au développement toujours plus considérable de la division du travail* »⁹¹. Est-ce à dire que la division du travail n'entretient que de lointains rapports avec l'économie et doit être exclusivement conçue comme l'explication d'un phénomène d'intégration sociale ? Nous ne le pensons pas. Le concept de division du travail fournit au contraire un excellent moyen d'appréhender un contexte de l'échange marqué par les restrictions apportées au libre choix des individus⁹².

82. La division du travail relève donc à la fois du social et de l'économique⁹³. Du social tout d'abord, lorsque Comte nous enseigne que c'est la répartition continue des différents travaux

différentes actions possibles et, d'autre part, de maximiser leur profit, voir Cl.-D. ÉCHAUDEMAISON, *op. cit.*, p. 216. C'est le fameux modèle de l'*Homo economicus*, dont certains auteurs considèrent pourtant qu'il repose sur « *un postulat audacieux* », P. PICARD, *Eléments de microéconomie. 1. Théorie et applications*, Montchrestien, Coll. ECO, Paris, 8^e éd., 2011, Avant-propos, III. On ne résiste pas à la mise en parallèle de cette contestation de la rationalité des agents comme fondement de la microéconomie, avec le déclin de l'autonomie de la volonté dans la Théorie générale de l'acte juridique. *Homo oeconomicus* et *homo juridicus* affichent ainsi une parenté féconde.

⁸⁹ P. PICARD, *op. cit.*

⁹⁰ É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, Quadrige, Paris, 4^e éd., 2004, XLIII.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² E. PICAUVET, C. GUIBET-LAFAYE, « Les limites du droit de contracter ». in *Repenser le contrat*, G. Lewkowicz, M. Xifaras (dir.), Dalloz, Paris, 2009, p. 136.

⁹³ Pour une mise en perspective de ces deux domaines, voir É. ALFANDARI, « Le droit au sein des rapports entre l'«économique» et le «social» ». in *Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 31.

humains qui constitue principalement la solidarité sociale et qui devient la cause élémentaire de l'étendue et de la complication croissante de l'organisme social⁹⁴. De l'économique ensuite, où l'expression trouve une résonance certaine. La division du travail peut ainsi être comprise comme une segmentation des forces productives ; elle multiplie les fonctions spécialisées et encourage un morcellement de l'activité économique, entraînant à son tour une dépendance des acteurs entre eux. Durkheim, même si ce n'est pas là le but de sa démonstration, ne dit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'il décrit ce changement de valeur consistant à exiger désormais que « *l'honnête homme* » ne soit plus celui qui cherche à être « *complet* » mais qu'il s'apparente davantage au maillon d'une chaîne de production « *qui a une tâche délimitée et qui s'y consacre, qui fait son service, trace son sillon* »⁹⁵.

83. Alors même que la technique a pu être vue comme un vecteur d'émancipation pour l'homme dépendant de la nature, cette spécialisation peut simultanément réduire de manière considérable ses marges de manœuvres⁹⁶ : « *parce que nous remplissons telle fonction domestique ou sociale, assène Durkheim, nous sommes pris dans un réseau d'obligations dont nous n'avons pas le droit de nous affranchir* »⁹⁷. Si l'on peut alors avancer l'idée que la division du travail fait reculer l'autonomie de l'individu, c'est parce qu'elle lui impose dans une assez large mesure de recourir au contrat afin de satisfaire ses besoins⁹⁸ : pour reprendre les mots du Professeur Chazal, « *nous sommes tous plus ou moins obligés de contracter pour vivre* »⁹⁹. Hébraud remarque lui aussi que les besoins essentiels de l'homme et de la vie en société ont une généralité et une permanence qui se reflètent dans les institutions sociales destinées à les satisfaire¹⁰⁰. Les autres juristes qui se sont intéressés au contexte de l'échange

⁹⁴ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, IV, p. 425, cité par É. DURKHEIM, p. 26.

⁹⁵ É. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 5, « *l'idéal de l'honnête homme, dont le champ de curiosité et de connaissances embrassait plus ou moins tous les domaines de son temps n'a plus cours. Le spécialiste est, par la force des choses, un modèle mieux apprécié que le généraliste* ».

⁹⁶ Le doyen Ripert lui-même faisait état de ces restrictions lorsqu'il considérait que « *la division du travail est telle dans le monde moderne que nul ne peut se passer des professionnels* », G. RIPERT, « Ébauche d'un droit civil professionnel », in *Mélanges Capitant*, Dalloz, Paris, 1939, p. 677.

⁹⁷ É. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 207.

⁹⁸ « *Parce que l'individu ne se suffit pas, c'est de la société qu'il reçoit tout ce qui lui est nécessaire, comme c'est pour elle qui travaille. Ainsi se forme un sentiment très fort de l'état de dépendance ou il se trouve* », É. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 190 ; voir également J. GHESTIN, *La formation du contrat*, LGDJ, coll. *Traité de droit civil*, Paris, 3^{ème} éd., 1993, p. 694, n°711, « *il n'y a pas, en effet, de libre consentement concevable sans la liberté de ne pas conclure le contrat* ».

⁹⁹ « (...) et cela concerne également les entreprises qui interviennent sur un marché, lequel, par son fonctionnement, exerce sur elles des effets de contrainte et de domination considérable », J.-P. CHAZAL, « *Violence économique ou abus de faiblesse ?* ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 48.

¹⁰⁰ P. HÉBRAUD, « *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques* ». in *Mélanges Maury*, Dalloz, Paris, 1960, tome 2, p. 435.

reprennent en chœur ce constat¹⁰¹. Certains soulignent ainsi avec force l'emprise de la division du travail sur la conduite personnelle, jugeant difficile d'évoquer l'idée de volontés autonomes dans la mesure où la loi économique du marché dicte aux agents rationnels leurs comportements¹⁰².

84. Cette propension du droit du travail à exporter les concepts et les solutions forgés en son sein tient, pour une bonne partie, au caractère relativement complet de l'idée de dépendance qui s'y déploie¹⁰³. Cette dernière explique que l'essor contemporain des mécanismes juridiques et contractuels fondés sur la manifestation de volonté du salarié¹⁰⁴ fait l'objet d'une légitime suspicion¹⁰⁵. Mais la dépendance ne se cantonne pas à la subordination née de la relation de travail. Nous avons vu qu'elle existait souvent déjà au moment de l'embauche, quoique sous une forme qui n'emprunte pas encore à des prérogatives juridiquement constatables comme la subordination. La plupart du temps impuissant à satisfaire par lui-même l'ensemble de ses besoins, l'homme doit en effet exercer une activité professionnelle dont il tirera les revenus nécessaires à l'achat de biens et de services pour faire face aux nécessités de la vie courante¹⁰⁶.

85. En 2012, les revenus d'activité représentaient ainsi plus de 80 % du revenu annuel moyen des personnes âgées de 18 à 64 ans¹⁰⁷. Au même moment, la rémunération des salariés

¹⁰¹ Ainsi pour Monsieur Bruno Oppetit, « *le contrat constitue le moyen juridique permettant à chacun d'obtenir la satisfaction de ses besoins* », B. OPPETIT, « Droit et économie ». *APD* 1992, p. 17 ; voir également G. PIET *La correction du contrat*, PUAM, 2004, et les développements de l'auteur consacrés à « *la valeur micro-économique du contrat* », n°109 et s.

¹⁰² M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats ». *RTD civ.* 1995, p. 576, n°9.

¹⁰³ A. SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? ». *Dr. soc.* 1990, p. 485.

¹⁰⁴ T. SACHS (dir.), *La volonté du salarié*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2012, et dans cet ouvrage le réalisme prudent d'un auteur selon qui « *la volonté est encouragée plus que libérée* », P. ADAM, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », p. 40.

¹⁰⁵ M. FABRE-MAGNAN, « Le forçage du consentement du salarié ». *Dr. ouvr.* 2012, p. 459 ; voir également A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris, 2010, p. 48, « *tout le droit social s'est construit sur une mise en doute méthodique du consentement du faible à la volonté du fort* ».

¹⁰⁶ *Comp. D.* GARDES, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, PU Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2013, p. 75, nuanciant cette dimension lucrative et observant que « *la fonction sociale et collective semble davantage caractériser le travail ; celui-ci paraît peu ou prou toujours s'apparenter à une activité qui permet de construire un lien avec l'autre et le reste de la société* ». Remarquons toutefois que le propos de Madame Delphine Gardes s'inscrit dans le cadre d'une étude consacrée à une définition juridique du travail qui dépasse largement le seul cas du travail salarié ; pour ce dernier, si le développement personnel induit par l'activité professionnelle ne saurait être rejeté, la recherche d'une source de revenu ne doit pas non plus être sous-estimée.

¹⁰⁷ Source Insee-DGFIP-Cnaf-Cnav-CCMSA, enquête Revenus fiscaux et sociaux 2012, la part des revenus du patrimoine et des pensions s'élève respectivement à 5,78% et 5,96%.

constituait 73 % du revenu brut primaire des ménages¹⁰⁸. On peut donc considérer, avec le Professeur Thierry Revet, que dans la grande majorité des cas, « *avant d'être juridiquement subordonné à un employeur, le futur salarié se trouve dans un état de dépendance économique à l'égard de son éventuel commettant : s'il offre à louer sa force de travail, c'est souvent parce qu'il ne dispose pas des moyens de proposer au marché le résultat d'un travail – bien ou service – et doit donc en passer par un employeur pour obtenir un revenu professionnel* »¹⁰⁹. Repousser la conclusion d'un contrat de travail n'est guère envisageable pour bon nombre d'individus dont la liberté de ne pas contracter trouve alors ses limites dans la nécessité de subvenir à leurs besoins¹¹⁰.

86. Dans le sillage de la division du travail, la production de masse et la réunion de compétences aussi diversifiées que complémentaires imposent en effet l'agrégation des forces de travail par la technique du salariat¹¹¹. Il faut donc reconnaître, et le droit du travail le conçoit tout à fait¹¹², que la conclusion d'un contrat de travail résulte parfois moins du libre choix que de la nécessité pour l'individu d'acquérir les moyens de sa subsistance¹¹³. La nécessité de l'activité rémunératrice commandée par la satisfaction de besoins ne se limite d'ailleurs pas au travail salarié et transcende les frontières conceptuelles des différentes branches du droit¹¹⁴.

¹⁰⁸ Source Insee, comptes nationaux, contre 19,2 % pour l'excédent brut d'exploitation et les revenus mixtes.

¹⁰⁹ Th. REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail ». in *Les frontières du salariat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 1996, p. 195.

¹¹⁰ « *En Occident, la liberté est dans le non, le consentement est dans le oui. Par la volonté je domine ; par le consentement je me soumetts. La force est du côté de la volonté ; la faiblesse du côté du consentement* », M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 573

¹¹¹ On pourra toujours rétorquer que l'entrepreneuriat individuel constitue lui aussi un moyen de subvenir à ses besoins, mais les sommets aujourd'hui atteints par le nombre des demandeurs d'emplois salariés et l'importance des dispositifs d'encouragement à l'embauche tournés vers les entreprises (comme par exemple le Crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi), démontrent les limites du travail indépendant comme source de revenus, comme par exemple le Crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE).

¹¹² « *Là où le droit des contrats postule l'autonomie de la volonté individuelle, le droit du travail organisera la soumission de la volonté* », A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 1994, p. 110.

¹¹³ C'est ce que relève pertinemment Madame Christine Germain : « *Tout être humain a besoin de se nourrir, de se vêtir et de se loger, pour cela il lui est nécessaire de travailler. Une des formes possibles de travail est le salariat (...). Ainsi, le fait de travailler ne résulte pas le plus souvent d'un choix mais d'une nécessité* », Ch. GERMAIN, *Droit du travail et théorie de l'acte juridique*, thèse Bordeaux, 2000, n°143 ; *comp.* D. GARDES, *op. cit.*, p. 45 et s., rappelant que le travail peut être également un vecteur de libération dans certaines circonstances.

¹¹⁴ Sur l'appréhension du travail en général - et non uniquement le travail salarié - par le Droit, voir D. GARDES, *op. cit.*, p. 48 et s., relevant les limites de l'approche « historiciste » du travail désignant celui-ci comme « *une activité moderne, qui aurait vu le jour en même temps que le travail salarié dans le cadre du capitalisme industriel* ».

87. La réussite de l'entreprise initiée par le travailleur indépendant peut elle aussi se trouver subordonnée à l'acquisition de biens ou de services sans lesquels la poursuite de son commerce serait impossible¹¹⁵. En droit de la distribution par exemple, la « dépendance d'assortiment » permet au juge de sanctionner un producteur refusant de céder un bien ou un service indispensable à la survie ou au développement d'un opérateur économique¹¹⁶. Dans le même sens, l'agriculteur intégré, le concessionnaire ou encore le franchisé entretiennent un rapport de subsistance avec leur activité professionnelle tel que la conclusion de tout contrat indispensable à son déroulement revêt un certain degré de nécessité¹¹⁷. Il en va de même pour la souscription de certains engagements, qualifiés de « life time contracts »¹¹⁸, qui sont en connexion directe avec la satisfaction de besoins fondamentaux. En pareille hypothèse, la nécessité de l'échange chez un individu peut alors faire craindre une éventuelle absence d'alternative satisfaisante lors de la conclusion du contrat.

B. Le danger d'une absence d'alternative satisfaisante lors de la conclusion du contrat

88. La notion de dépendance peut aussi bien être synonyme de coopération que de domination¹¹⁹. Il existerait ainsi deux types de dépendance économique, la bonne et la mauvaise. La bonne porte en elle l'empreinte de la réciprocité, elle est le signe d'une interdépendance de bon aloi dans nos économies modernes fondées sur l'échange¹²⁰ ; la seconde s'oriente davantage vers une dépendance unilatérale susceptible d'accorder un avantage excessif à l'une des parties à l'engagement¹²¹.

¹¹⁵ Étant entendu que nous laissons de côté les situations de fraude où le travailleur exerce en réalité son activité professionnelle dans des conditions caractéristiques d'un travail dépendant au sens de l'article L. 311-2 du Code de la sécurité sociale, voir J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, Paris, 17^e éd., 2011, n°570 et s.

¹¹⁶ Cass. com. 9 avril 2002, n° 00-13921 ; Aut. Conc. 19 décembre 2001, n°01-D-81.

¹¹⁷ D. HIEZ, « À propos des *life time contracts* ». *RTD civ.* 2014, p. 817.

¹¹⁸ L. NOGLER, U. REIGNER, *Life Time Contracts Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, Eleven International Publishing, 1^{re} éd., 2014, les auteurs envisagent successivement le contrat de travail, le contrat de bail et le contrat de crédit à la consommation ; voir également D. HIEZ, *op. cit.*, proposant d'enrichir la catégorie avec l'exemple des contrats de fourniture d'énergie, d'eau ou d'accès à l'information.

¹¹⁹ Voir *supra*, *La conception classique de la dépendance économique : l'importance de l'échange présent dans les ressources de l'individu*, n°69 et s.

¹²⁰ Voir *supra* Dépendance économique et domination, n°73 et s.

¹²¹ « *Les manifestations de déséquilibre dans les risques courus par les contractants trouvent, et l'on ne saurait s'en étonner, leur terrain d'élection dans les contrats que l'on pourrait appeler les contrats de situation (...). Contrats de situation en ce sens que, par leur objet, ils sont déterminants pour la vie d'une entreprise ou son niveau d'activité et sont par là le plus souvent l'instrument d'une vassalité économique* », M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale ». in *Mélanges Marty*, Dalloz, Paris, 1976, p. 239.

Établir l'existence d'une alternative satisfaisante permet non seulement de séparer le bon grain de l'ivraie, mais encore, d'identifier au sein du couple dépendance/domination, une éventuelle exploitation abusive de la vulnérabilité d'un des protagonistes. Avant de justifier la pertinence de sa fonction sélective (2), il convient d'expliquer en quoi l'identification d'une absence d'alternative satisfaisante permet de concilier deux analyses *a priori* opposées. Là où la première s'attache à démontrer que la volonté n'est jamais libre, la seconde postule que la liberté de l'individu s'accommode fort bien d'une restriction de ses possibilités, l'essentiel étant qu'il puisse *in fine* choisir entre deux options (1).

1. Une conciliation entreprise par la référence à l'absence d'alternative satisfaisante

89. Monsieur Yves-Marie Laithier résume fort bien les opinions en présence¹²². On peut en effet, selon une première thèse, considérer que la volonté n'est jamais libre, en ce qu'elle obéit « *tantôt aux besoins, réels ou créés, tantôt aux désirs, tantôt aux lois et aux forces du marché* »¹²³. Mais l'auteur ne manque pas de dénoncer les limites de cette approche en relevant que cette conception de la contrainte est trop large, car presque toutes les actions humaines sont une réponse à un état des choses extérieur à la personne¹²⁴. Il propose alors de se tourner vers une seconde thèse, aux termes de laquelle la soumission de l'agent juridique aux éléments extérieurs à sa volonté interne n'est pas nécessairement incompatible avec la sauvegarde de sa liberté individuelle. En ce sens, il expose que dans l'hypothèse de la violence, la menace impose de choisir entre conclure l'acte proposé par la partie en position de force ou supporter les conséquences de son refus. Il estime ensuite que le choix entre chaque branche de l'alternative procède néanmoins d'une volonté réelle d'opter en faveur du moindre mal¹²⁵.

¹²² Y.-M. LAITHIER, « Remarques sur les conditions de la violence économique ». *LPA* 2004, n°233, p. 6.

¹²³ Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 9, voir également L. AYNÈS, « La contrainte en droit des contrats ». in *La contrainte*, L. Grynbaum (dir.), Economica, Études juridiques, Paris, 2007, p. 36, n°4, qui, non sans provocation, invite à la contemplation de ce que « *la contrainte est partout. Contrainte du temps et de l'espace dans lesquels nous sommes tous enfermés ; contrainte interne de la maladie, de la faim, de la passion, de la fragilité mentale ; contrainte externe de la nature (le chaud, le froid, le sec, la pluie, les ouragans...) ; de la vie sociale (l'ordre, la discipline, les bons usages, la hiérarchie...); de la vie économique (dépendance, besoin, circuit économique...)* ».

¹²⁴ Y.-M. LAITHIER, *ibidem*.

¹²⁵ *ibid.*

90. Ce choix est-il pour autant synonyme de liberté ? À dire vrai, l'alternative fait surtout figure de dilemme, une telle conception de la liberté s'avérant bien trop restrictive. Le Professeur Laithier propose alors une définition de la dépendance économique conciliant d'une part, une critique de liberté contractuelle fondée sur les atteintes irrémédiables au libre arbitre et, d'autre part, une conception trop restrictive de ce dernier. Reprenant l'idée d'une liberté identifiable à une capacité de choix, il introduit une dimension qualitative là où certains, n'osant dépasser une logique quantitative, se satisfont du constat d'une alternative sans aucun égard pour la substance de ses branches. On peut donc, avec Monsieur Yves-Marie Laithier, considérer qu'il existe une situation de dépendance économique lorsqu'un engagement « *est conclu en présence d'une contrainte d'ordre économique et qu'il n'existe pas d'autre solution satisfaisante que de conclure le contrat aux conditions requises par la partie en position de force* »¹²⁶. C'est sur la base de ce critère qu'il est possible de distinguer certaines formes pathologiques de la dépendance¹²⁷.

2. Une sélection opérée par la référence à l'absence d'alternative satisfaisante

91. L'absence d'alternative satisfaisante révèle un aspect inquiétant de la division du travail. On sort alors d'une relation d'interdépendance dans laquelle le comportement des agents est conditionné par leur conscience mutuelle d'avoir besoin l'un de l'autre, pour faire face à un rapport de dépendance unilatérale. Dans cette configuration, l'acte juridique qui noue la rencontre des volontés porte sur un droit dont la création, le transfert ou l'extinction revêt chez l'une des parties un caractère essentiel pour la satisfaction d'un besoin, là où l'autre n'y voit qu'un engagement parmi d'autres et dont elle peut faire l'économie sans trop menacer ses intérêts.

92. Ainsi conçue, l'admission de la dépendance incarne alors une réaction contre l'égalitarisme de la théorie classique du patrimoine¹²⁸. « *Si* », avertit Durkheim, « *une classe de la société est obligée, pour vivre, de faire accepter à tous prix ses services, tandis que*

¹²⁶ Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 13.

¹²⁷ La démarche n'est guère éloignée de la proposition des Principes d'Unidroit qui, à l'article 3.9, appréhendent la violence sous l'angle de menaces « *dont l'imminence et la gravité, eu égard aux circonstances, ne laissent à [la victime] aucune autre issue raisonnable* ».

¹²⁸ J. HAUSER, « Une notion juridique de dépendance » in *Mélanges Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 283.

*l'autre peut s'en passer (...), la seconde fait injustement la loi à la première »*¹²⁹. La division du travail ne présente assurément pas les mêmes contraintes pour le puissant que pour le faible : celui qui tient dans ses mains la faculté de satisfaire ou non le besoin d'autrui dispose sur lui d'un véritable pouvoir¹³⁰. On peut aisément imaginer que la société SFR est moins en position d'imposer ses conditions quand elle négocie avec l'opérateur ORANGE, que lorsqu'elle décide de modifier unilatéralement les conditions tarifaires de ses abonnés. Ces derniers ont grand besoin de leur outil de communication et le contrat de téléphonie mobile revêt à leur yeux une utilité cruciale dont ils ne peuvent pas, ou alors très difficilement, se passer¹³¹. De son côté, SFR pourra sans peine supporter les conséquences pécuniaires de quelques résiliations de contrats à l'initiative de consommateurs renonçant à leur gadget favori.

93. Le même parallèle peut être établi dans certains contrats de distribution où le distributeur, une centrale d'achat, se trouve en position de force à l'égard des fournisseurs qui ont adapté leur industrie aux exigences du partenaire auprès de qui ils réalisent l'essentiel, voire l'exclusivité, de leur chiffre d'affaire. Évoquant à ce titre un assujettissement au contrat, le Professeur Aubert de Vincelle observe que l'une des parties peut être obligée de subir le prix disproportionné, fixé unilatéralement, dès lors qu'elle ne peut renoncer à la relation contractuelle¹³² ; l'auteur démontre par ailleurs le double visage de la contrainte pesant sur la partie faible en envisageant successivement l'assujettissement en droit¹³³ et l'assujettissement en fait¹³⁴.

¹²⁹ É. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 378.

¹³⁰ « *La contrainte, que la propriété exerce sur les non-possédants, s'accomplit cependant dans le cadre juridique du libre contrat. La liberté juridique du contrat devient, dans la réalité sociale, la liberté de dictature de celui qui est socialement puissant, l'asservissement de celui qui est socialement faible* », G. RADBRUCH, « Du droit individualiste au droit social ». *APD* 1931, p. 389.

¹³¹ De surcroît sur un marché qui se distingue par l'identité des offres proposées et des prix pratiqués.

¹³² C. AUBERT de VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix ». *D.* 2006, p. 2629, n°19.

¹³³ « *Le débiteur est assujetti en droit lorsque la force obligatoire du contrat s'exerce sans que le débiteur du prix ait la possibilité de sortir du contrat pour éviter l'application d'un prix disproportionné (...). Dès lors que le débiteur s'est engagé contractuellement à payer le prix fixé unilatéralement par son cocontractant, il doit exécuter son obligation (...)* », C. AUBERT de VINCELLES, *ibidem*, n°20.

¹³⁴ « *Lorsque le débiteur n'est pas assujetti en droit au contrat, signifiant qu'il peut se désengager de la relation contractuelle en résiliant le contrat ou en ne le renouvelant pas, encore faut-il que sa liberté soit réelle. Or, ce n'est plus le cas lorsque ce désengagement est susceptible de causer un préjudice important au débiteur du prix : non assujetti en droit, il le devient en fait. Subissant une contrainte économique, le débiteur du prix n'est plus véritablement libre de se désengager contractuellement, quand bien même le contrat serait à durée indéterminée et la résiliation serait possible. Tel sera notamment le cas dans certaines relations de distribution ou en situation monopolistique* », C. AUBERT de VINCELLES, *ibid.*, n°22.

94. Notre propos ne vise pas à affirmer que la dépendance économique entraîne *ipso facto* la conclusion de conventions déséquilibrées. Il faut néanmoins admettre qu'elle crée des conditions favorables à une telle éventualité, de la même manière que la liberté contractuelle postule un certain équilibre des conventions¹³⁵. La dépendance économique mérite donc d'être intégrée à la théorie générale de l'acte juridique, où elle permettra une représentation plus complète du contexte dans lequel les engagements volontaires peuvent se former ou être rompus. Cette intégration que nous appelons de nos vœux n'est pas synonyme d'une capitulation de la règle de droit face à la réalité, elle vise au contraire à reconnaître l'existence de certaines contraintes économiques pour mieux en réguler les conséquences¹³⁶.

95. Le développement du droit du travail tient pour une part non négligeable à cette prise de conscience. Il s'agissait alors de régir des situations où la défense aveugle d'un principe de liberté contractuelle associée à une inégalité de puissance économique des parties en présence aurait pu conduire à de lourds déséquilibres. Le droit du travail est en effet imprégné de cette considération du fait dans l'élaboration et l'interprétation de la norme¹³⁷ : en rompant avec l'égalité civiliste pour affirmer la subordination juridique du salarié, il a de la sorte ouvert la voie pour « *transposer sur le terrain du droit, en la transformant, l'inégalité ou la précarité de départ qui est, elle, du domaine de l'expérience* »¹³⁸, sans pour autant sacrifier à son ambition civilisatrice¹³⁹. Le constat de la dépendance figure en bonne place parmi les données factuelles que le droit du travail a entrepris de reconnaître pour mieux les domestiquer, à tel

¹³⁵ Dès lors qu'aux termes de la célèbre formule de Fouillé, « *Qui dit contractuel dit juste* ».

¹³⁶ « *Le trait commun de tous ces avatars du contrat est d'inscrire des personnes (physiques ou morales, publiques ou privées) dans l'aire d'exercice du pouvoir d'autrui, sans porter atteinte, au moins formellement aux principes de liberté ou d'égalité (...) Mieux vaut prendre acte de cette reféodalisation et s'efforcer de la maîtriser plutôt que de la nier* », A. SUPLOT, « La contractualisation de la Société », in *Université de tous les savoirs - Qu'est-ce que l'homme ?*, vol. 2, Odile Jacob, Paris 2000, pp. 166 et 167, cité par B. EDELMAN, « De la liberté et de la violence économique ». *D.* 2001, chron., p. 2316.

¹³⁷ Voir par exemple J.-P. LABORDE, « La considération du fait par le droit ». in *Mélanges Blaise*, Economica, Paris, 1995, p. 278.

¹³⁸ J.-P. LABORDE, *op. cit.* p. 278.

¹³⁹ « *S'il tient compte du fait, le droit du travail se refuse donc à se laisser guider purement et simplement par lui. Il vaut contraire, autant que faire se peut, préserver les intérêts des salariés et tenter de trouver les compromis souhaitables pour le présent et pour l'avenir. Loin d'être cette manière réglementaire parfois décriée, sans vision ni perspective, il affirme au contraire toutes les exigences du droit, il est le droit lui-même, au plus pur de son ambition* », J.-P. LABORDE, *op. cit.*, p. 286.

point que certains l'associent à présent à l'identité de cette branche, tout en soulignant l'étroitesse du statut de droit spécial auquel elle est communément rattachée¹⁴⁰.

96. Conscient de cette forme pathogène de la dépendance économique conduisant à se trouver partie à un acte juridique potentiellement déséquilibré, le droit du travail règlemente le contenu et l'exécution du contrat de travail, et, dans une moindre mesure, la période de l'embauche. Tirant profit d'une abondance de main d'œuvre et d'un fort taux de chômage, un site internet allemand proposait de décliner la technique de l'enchère en matière d'emploi. Des employeurs y publiaient des offres d'emplois assorties d'un salaire maximal, l'enchère étant ensuite remportée par le candidat qui proposait ses services au meilleur marché. En réaction à cette exploitation d'un état de dépendance économique, le législateur est intervenu pour interdire la pratique des enchères inversées qui avait commencé à se développer sur le territoire français¹⁴¹. L'attention accordée au contexte d'expression de la volonté est ici évidente. Mais cet exemple ne doit toutefois pas occulter une tendance inverse qui consiste à multiplier les mécanismes faisant appel à la volonté du salarié afin de flexibiliser la relation de travail. On songe en particulier ici aux accords de maintien de l'emploi¹⁴² ou aux dérogations au repos dominical reposant sur un prétendu volontariat¹⁴³. En dépit de ces nuances, nous pensons que la représentation travailliste du contexte de la formation de l'acte juridique peut essaimer en dehors de la discipline, à la faveur d'une approche synthétique de la théorie générale de l'acte juridique.

¹⁴⁰ « En ce début de XXI^e siècle, le droit social (entendu au sens français de droit du travail de la sécurité sociale) ne peut plus être conçu comme un droit spécial, dérogeant au droit commun des contrats ; il est devenu le droit commun des rapports de dépendance et influence à ce titre le droit civil dont il est issu », A. SUPLOT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre jus commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 47.

¹⁴¹ Loi n°2006-396 du 31 mars 2006, S. TOURNAUX, « L'interdiction des enchères électroniques inversées ». *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2006, n°2010 ; L. MAUGER-VIELPEAU, « Les enchères inversées ». *D.* 2006, p. 642.

¹⁴² Voir *infra* n°595 et s.

¹⁴³ Pour une présentation de la récente réforme du repos dominical, S. TOURNAUX, « Loi "Macron" : dispositions relatives au repos dominical et au travail en soirée ». *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2015, n°623 ; plus largement A. JEAMMAUD, « Consentir ». in *La volonté du salarié*, T. Sachs (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2012, p. 65.

Section 2 : L'inscription de la dépendance économique dans la théorie synthétique de l'acte juridique

97. La dépendance économique recouvre différentes réalités. Elle peut tout d'abord, selon une approche classique, s'appliquer à l'individu tirant l'essentiel de ses ressources d'un acte juridique, le plus souvent un contrat, et qui se trouve en situation de dépendance à l'égard de son cocontractant. Aux termes d'une acception élargie et tel que nous avons pu le constater, la dépendance s'étend ensuite aux hypothèses dans lesquelles une personne est contrainte de se trouver partie à un échange lorsque celui-ci lui apparaît comme le moyen de satisfaire un besoin. La dépendance économique peut enfin se manifester par une absence d'alternative satisfaisante lorsque, dans le cas où l'échange se révèle nécessaire à la survie du contractant, son partenaire y saisit l'occasion de lui imposer un contrat au contenu excessivement déséquilibré.

Pour pouvoir parvenir à s'affirmer comme un concept complémentaire de la liberté contractuelle, une telle représentation des conditions de souscription de l'engagement volontaire doit être en mesure d'imprimer sa marque sur les éléments constitutifs de l'acte juridique. Le recours à la théorie synthétique offre alors un cadre conceptuel particulièrement bien adapté à cette entreprise. Celle-ci présente l'avantage de proposer une définition de l'acte juridique élaborée autour de l'idée d'une combinaison de la volonté, le Subjectif, avec les circonstances qui lui sont apparemment extérieures, l'Objectif¹⁴⁴. Son atout, nous allons le voir, réside tout d'abord dans le refus qu'elle exprime d'opposer Objectivisme et Subjectivisme dans l'analyse de la volonté, pour au contraire mettre en évidence l'existence et les conséquences de leur articulation¹⁴⁵. En second lieu, la théorie synthétique révèle la double nature des éléments objectifs concourant à la naissance de la volonté : l'approche synthétique

¹⁴⁴ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse Paris, 1969.

¹⁴⁵ À ce stade du propos, et de façon schématique, on peut dire que selon la théorie objective, « *non seulement, pour qu'il y ait acte, il fallait que la volonté eut un pouvoir d'impulsion et de déclenchement mais encore qu'elle décida du contenu et des effets de cet acte* ». À l'opposé vont « *alors se développer en droit public puis en droit privé et en général enfin, des théories qui vont mettre l'accent sur les éléments objectifs de l'acte juridique et plus spécialement sur sa place dans la construction normative ensemble* ». Enfin, la théorie synthétique répond à « *une certaine décadence de l'économie dirigée et, partant, du service public [qui] conduit à réintroduire dans les théories publicistes une part non négligeable de volonté organisatrice et à multiplier les figures mixtes. La seconde moitié du XX^e siècle sera alors riche de thèses diverses visant à reconstruire une théorie générale de l'acte juridique autour de cette idée synthétique qui refuse d'opposer la volonté à l'objectif ou le contraire, le souci étant de chercher les applications les plus larges et d'y comprendre les matières les plus nombreuses* », D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 2003, p. 7 et s.

se signale par sa réceptivité à l'égard des conditions de formation de la volonté de s'engager (I). Elle éclaire en outre la négligence dont fait l'objet la dépendance économique au titre des obstacles à l'exercice d'une liberté contractuelle, entendue ici comme la faculté de ne pas contracter (II).

I. Une théorie réceptive aux conditions de formation de la volonté de s'engager

98. À travers la reconnaissance des interactions du vouloir et de son environnement, la théorie synthétique témoigne d'une réceptivité certaine aux conditions de formation de la volonté. En cela, elle autorise une conception de l'acte juridique susceptible d'accueillir l'idée de dépendance économique comme concept complémentaire de la liberté contractuelle. L'influence réciproque des éléments subjectifs et objectifs suggérée par la théorie synthétique trouve un écho particulier au cours de la formation de l'acte juridique, période que l'on aurait tort de réduire au seul consentement. Comme le souligne le Professeur Jacques Ghestin, « *la convention ou le contrat est "accord de volonté", au singulier, résultant d'un consentement, qui est lui l'accord des volontés de deux ou plusieurs personnes* »¹⁴⁶ : la naissance de la volonté préfigure ainsi la manifestation du consentement.

Cette genèse de l'acte juridique constitue un terrain privilégié pour le déploiement de la théorie synthétique car il est rare que la volonté se forme en vase clos. La prise en considération des données exogènes doit être concomitante au processus de volition, au sein duquel la dépendance économique occupe parfois une place centrale. Son intégration à la théorie générale de l'acte juridique prend appui sur la dialectique dégagée par l'approche synthétique au soutien d'une analyse hétéronome de la volonté (A). Dans le même temps, la diffusion de l'idée de dépendance économique va se trouver encouragée par la mise en évidence de la double nature des éléments objectifs présidant à la formation de la volonté (B).

A. L'admission d'une hétéronomie de la volonté

99. Le dictionnaire Littré identifie la volonté à une « *puissance intérieure par laquelle l'homme et aussi les animaux se déterminent à faire ou à ne pas faire* ». Le Vocabulaire

¹⁴⁶ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, Paris, 3^{ème}éd., 1993, p. 6, n°6.

Juridique Cornu complète cette première approche en l'assimilant à « *un acte de volition (...) qui comprend un élément psychologique (volonté interne) et un élément d'extériorisation (volonté déclarée)* »¹⁴⁷. Isoler ce concept de volonté interne permet de pousser encore plus loin le travail de définition : le passage au crible de ses différents éléments constitutifs contribue à rendre admissible l'idée d'une influence déterminante des données objectives dans la décision de souscrire ou non un engagement. À cette fin, la mobilisation des sciences psychologiques vient pallier les insuffisances de l'analyse juridique (1). Elle permet de donner corps à ce phénomène de pénétration des éléments objectifs au plus profond de la formation de la volonté (2).

1. La pertinence de l'approche psychologique au service du décryptage de la volonté

100. Dans sa thèse de doctorat relative à l'étude du contrat de consommation de crédit¹⁴⁸, Madame Nicole Chardin consacre de substantiels développements au décryptage de la formation de la volonté. L'auteur fonde sa démarche sur le constat que la volonté est une notion psychologique qui a pris une large place dans l'univers juridique sans jamais être assimilée par lui¹⁴⁹. Elle estime que les juristes n'ont jamais cherché à percer les secrets de ce terme, car pour eux, la volonté relève du for intérieur¹⁵⁰. Enfin, si Madame Chardin ne manque pas de relever l'existence des techniques protectrices du consentement, c'est immédiatement pour en dénoncer les insuffisances : « *tous les développements subséquents des auteurs portent sur le consentement, c'est-à-dire la manifestation de la volonté. À partir de là, n'est plus étudiée qu'une moitié de volonté. La volonté interne est reléguée au second plan* »¹⁵¹.

¹⁴⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013, p. 1074.

¹⁴⁸ N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1988, tome 199.

¹⁴⁹ N. CHARDIN, *op. cit.*, n°57.

¹⁵⁰ *Ibidem* ; voir également R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat ». *RDC* 2004, p. 216, « *l'accord est une espèce de boîte noire dont le fonctionnement est incertain, et peut-être pas susceptible d'investigation : à l'entrée, des volontés privées ; à la sortie, des effets trouvant leur cohérence autour des obligations concernées. Par quel procédé ? C'est le mystère* ».

¹⁵¹ N. CHARDIN *op. cit.*, n°60.

101. C'est donc guidée par une approche psychologique que Madame Chardin entreprend d'identifier les multiples composantes de la volonté¹⁵². La rencontre entre le Droit et la Psychologie va avoir lieu autour d'une notion familière à chacune des deux disciplines, les volitions. À la suite de Lemaire¹⁵³, Madame Chardin rappelle que la Psychologie identifie deux types de volitions¹⁵⁴, celles dites simples et celles complexes. Les volitions simples ne portent que sur une seule solution, telle la volition du naufragé qui accepte la main qu'on tend à son secours¹⁵⁵. De leur côté, les volitions qualifiées de complexes renvoient à une manifestation de volonté en présence d'une ou plusieurs alternatives. C'est clairement à cette seconde catégorie de volition que s'apparentent aujourd'hui les actes juridiques valides, autrement dit ceux qui ont passé le filtre des vices du consentement¹⁵⁶ : Droit et Psychologie se rejoignent autour de l'idée d'alternative préalable à la conclusion de l'acte juridique.

102. En revanche, les deux sciences se séparent sur le sens et la portée qu'il convient de donner à une telle affirmation. Alors que le Droit y perçoit le signe d'une toute puissance de la volonté interne dans la naissance du rapport d'obligation, la Psychologie, à l'instar de la réflexion suggérée par l'idée de dépendance économique, s'attache davantage à mettre en avant l'influence de l'environnement extérieur sur la décision de s'engager.

2. La pénétration des éléments objectifs dans la formation de la volonté interne

103. Le processus de volition complexe se déroule en quatre étapes : la conception, la délibération, la décision et l'exécution¹⁵⁷.

104. La conception est à l'origine de la formation de l'acte volontaire ; l'individu s'appuie spontanément sur son imagination pour se projeter dans l'avenir. Cette première phase est pour lui l'occasion de dessiner « *la représentation la plus nette, la plus complète et la plus*

¹⁵² Madame Chardin considère que « *La volonté est un terme psychologique et [que] son caractère autonome se vérifie au point de vue psychologique* », *op. cit.*, n°13.

¹⁵³ J. LEMAIRE, *Précis de Philosophie, Psychologie - Métaphysique*, Alcan, Paris, 1938, p. 42.

¹⁵⁴ J. LEMAIRE, *op. cit.*, n°72.

¹⁵⁵ On ne peut s'empêcher de songer ici à cet arrêt de la Cour de cassation qui avait retenu la nullité d'une convention de sauvetage maritime conclue dans des circonstances laissant peu de place à la discussion des termes de l'accord, Req. 27 avril 1887, *S.* 1887, 1, p. 372 ; *D.* 1888, 1, p. 263. Nous y reviendrons d'ailleurs ultérieurement.

¹⁵⁶ « *Qui dit volition complexe dit alternatives – contracter ou pas, avec telle personne ou avec telle autre* », N. CHARDIN, *op. cit.*, n°72.

¹⁵⁷ N. CHARDIN, *op. cit.*, n°73 et s.

rapide possible de l'acte à accomplir ou plus précisément de soi en train d'accomplir l'acte »¹⁵⁸. Elle est très rapidement suivie de la délibération, moment essentiel dans la gestation de la volonté. Tandis que la conception peut paraître, dans une certaine mesure, frappée du sceau de la pulsion, la délibération se caractérise de son côté par une réflexion au cours de laquelle l'agent juridique entreprend de situer son intention première au cœur de son environnement, en éprouvant l'opportunité et la pertinence de son projet. Il s'agit là d'un arrêt pour laisser le temps d'apercevoir toutes les conséquences de l'acte¹⁵⁹. La délibération va alors permettre « *d'élever [les] motifs à la clarté et à la distinction* »¹⁶⁰. La prise de décision marque la fin de la délibération et constitue la manifestation du choix entre la ou les alternatives dégagées au cours de la délibération¹⁶¹. Enfin, la décision est définitivement arrêtée et l'exécution suit immédiatement¹⁶².

105. Au terme de cette présentation, Madame Chardin déplore que les juristes ne s'attachent qu'aux dernières étapes de ce processus – la décision et l'exécution – là où les psychologues accordent une importance cardinale à la conception et à la délibération¹⁶³. L'auteur en conclut qu' « *un rééquilibrage des différentes phases par les juristes est absolument nécessaire. Il faut mettre au jour les deux phases – conception, délibération (...)* »¹⁶⁴. Nous partageons pleinement ce point de vue. En ne retenant que la décision et son exécution, la théorie générale de l'acte juridique exclut en effet de son domaine d'étude une période-clé dans l'intelligibilité de la volonté, là où le droit du travail, conscient de l'état de dépendance du salarié, se montre plus attentif aux conditions de sa formation¹⁶⁵.

¹⁵⁸ N. CHARDIN, *op. cit.*, n°74.

¹⁵⁹ « *Le choix est ajourné, le vouloir est embarrassé et tente de s'orienter. L'acte volontaire prend son temps, il n'est plus simple impulsion ou automatisme* », N. CHARDIN, *op. cit.*, n°75.

¹⁶⁰ P. RICOEUR, *Le volontaire et involontaire*, Philosophie de la volonté, Aubier Montaigne, Paris, 1963, p. 151, cité par N. CHARDIN.

¹⁶¹ « *La décision est un jugement tel que "cet acte est possible" ou "cet acte est bon"* », P. LAPIE, *Logique de la Volonté*, Alcan, Paris, 1902, p. 26.

¹⁶² N. CHARDIN, *op. cit.*, n°78

¹⁶³ N. CHARDIN, *op. cit.*, n°79.

¹⁶⁴ N. CHARDIN, *op. cit.*, n°80.

¹⁶⁵ « *La théorie générale des obligations se montre bien peu sensible aux mobiles de l'action : seul compte vraiment l'intégrité du consentement exprimé* ». En droit du travail toutefois, « *l'attention des juges se porte notamment sur le degré d'autonomie du salarié. Le contrôle judiciaire porte sur les conditions dans lesquelles le salarié a pris sa décision* », T. SACHS, « *La volonté du salarié en actes* ». in *La volonté du salarié*, T. Sachs (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2012, p. 53.

106. Car la volonté, qu'elle paraisse jaillir du for intérieur ou qu'elle se précise au terme d'une réflexion plus ou moins longue, demeure pétrie d'influences extérieures¹⁶⁶. Comment d'ailleurs pourrait-il en être autrement dès lors que celui ou celle qui l'exprime éprouve, à l'instar de tout être vivant, le poids de son environnement ? L'établissement d'une pause délibérative au cœur de la formation de la volonté en constitue la preuve la plus éclatante, l'essence même de cette phase résidant dans le tempérament de l'impulsion par la prise de conscience du caractère limité des alternatives offertes à l'individu. Que le champ des possibles se trouve encadré par la force du Droit ou contraint par le poids des faits, ce sont là des éléments objectifs qui ne manqueront pas d'influencer la prise de décision ultérieure. Il en va de même pour la pulsion initiale à l'origine de la volonté qui elle aussi subit la force de suggestion du monde physique, social ou juridique qui l'entoure. Monsieur le Professeur Jean Hauser n'a pas manqué de relever ce phénomène, lorsqu'il affirme que « *la règle objective n'est pas extérieure à l'individu agissant, elle n'est pas la source extérieure donnant force obligatoire à sa volonté, elle intervient déjà avant, au moment même de la conception par la connaissance explicite ou implicite qu'en a l'individu* »¹⁶⁷.

107. On peut regretter que l'analyse développée par l'auteur n'ait pas été reprise plus avant par ses contemporains. Les récents manuels de droit des obligations, s'ils ne manquent pas de relativiser la notion d'autonomie de la volonté, n'évoquent cependant jamais la pénétration des éléments objectifs dans la volonté interne. Cette négligence du temps de la conception et de la délibération conduit dès lors à une représentation tronquée de la volonté. Le reproche n'est pas nouveau : en 1969 déjà, le Professeur Hauser déplorait une tendance souvent répandue à considérer « *l'élément objectif hors de la structure même de l'acte juridique dans son rôle négatif de limite à l'action de la volonté sans insister sur son rôle positif de pourvoyeurs et d'organiseurs de structures permettant l'action de cette volonté* »¹⁶⁸.

108. Pire encore, en occultant l'ensemble des indicateurs d'une hétéronomie de la volonté, cette incomplétude dans l'enseignement de l'acte juridique entérine le mythe d'un

¹⁶⁶ Les interrogations de Monsieur Michel Villey traduisent parfaitement cet état de fait : « *Qu'est-ce au juste que la volonté ? Que vaut ce mythe qu'une volonté qui serait purement individuelle, pure de tout mélange avec la volonté des autres, de toute psychologie collective, de rapport à la raison commune, qui serait détachée de toute forme, de tout geste ou de toute parole ?* », M. VILLEY, « Préface historique à l'étude des notions de contrat ». *APD* 1968, n°13, p. 4.

¹⁶⁷ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse Paris, 1969, p. 90.

¹⁶⁸ J. HAUSER, *op. cit.*, p. 230.

engagement volontaire trouvant sa source dans un for intérieur¹⁶⁹, protégé de toute contrainte exogène. La voie est alors toute tracée pour conclure au libre arbitre le plus total là où l'individu peut, bien au contraire, se trouver en état de dépendance à l'égard de son environnement. Il reste donc à espérer que la mobilisation des techniques psychologiques parvienne à convaincre de l'influence déterminante des données extérieures dans la formation de la volonté¹⁷⁰, éclairant par la même occasion la double nature des éléments objectifs qui s'y rencontrent.

B. La double nature des éléments objectifs dans la formation de la volonté

109. Au stade de la formation de la volonté, l'Objectif désigne l'ensemble des éléments étrangers au for intérieur de l'individu et qui vont déterminer sa décision de s'engager ou non dans un rapport juridique. Le premier mérite de la théorie synthétique, déjà mis en évidence, réside dans son refus d'opposer ces deux composantes de la volonté pour, au contraire, s'approprier les mécanismes et le produit de leur articulation. Son second atout, du moins dans la traduction qu'en donnent ses plus fameux partisans, s'exprime par la mise en évidence de la double nature des données objectives présidant à la naissance de la volonté. L'approche synthétique permet en effet de percevoir dans la formation de la volonté de l'influence de la règle de droit (1) mais également celle des éléments objectifs de fait (2).

1. L'influence de la règle de droit sur la formation de la volonté

110. La règle de droit occupe une importante place dans le processus de formation de la volonté. Dans son *Traité de droit constitutionnel*¹⁷¹, Duguit fait ainsi dépendre le Subjectif de l'Objectif en considérant que la volonté ne peut déployer ses effets que dans le cadre qui lui est imparti par la loi¹⁷². Le pouvoir de modification de l'ordonnement juridique par la

¹⁶⁹ J. HAUSER, *op. cit.*, n°57.

¹⁷⁰ Cette exhortation rejoint la position défendue par Monsieur François Terré lorsqu'il constate la rareté des « études de psychologie juridique » et souligne dans le même temps les « fructueuses réflexions » que pourrait alimenter leur aptitude à saisir « la présence, voire la pression des considérations sociales inhérentes au droit, qu'il s'agisse des cadres, des acteurs et des actes de la vie juridique », F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 9^e éd., 2012, n°39.

¹⁷¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, E. de Boccard, Paris, 1921, p. 316 et s. et tome 2, p. 365 et s.

¹⁷² L. DUGUIT, *op. cit.*, tome 1, p. 316 et s. et tome 2, p. 365 et s.

volonté y apparaît alors comme délégué à l'individu par la norme supérieure. Si le propos de Duguit se rapporte finalement moins à la formation de la volonté qu'à la justification de la force obligatoire de l'acte juridique, il présente néanmoins l'intérêt de situer la volonté dans ses rapports aux éléments de droit qui l'entourent. Comme le souligne Hébraud, « *pour l'édification de cette doctrine, ont convergé les visées sociologiques qui en inspirent les buts, et l'analyse psychologique de la volonté qui en explique l'instrument, la décision naissant d'un travail intellectuel d'élaboration à partir des mobiles de l'acte et de la conscience de la règle* »¹⁷³.

111. Convaincante au plan des principes, la démonstration initiée par Duguit souffre toutefois d'une appréciation trop restrictive de l'espace occupé par la règle de droit dans la formation de la volonté. À lire l'éminent auteur, la volonté semble jaillir du plus profond de l'individu où elle se construisait jusqu'alors en vase clos, pour venir ensuite buter sur les limites posées par l'habilitation créatrice que lui confère la loi. Selon cette vision, la dialectique du Subjectif et de l'Objectif, prélude à la décision, se cantonnerait à la phase délibérative.

112. Il est pourtant permis de ne pas partager ce point de vue. Le Professeur Jean Hauser a en effet, parfaitement démontré que l'influence de la règle de droit sur la volonté intervenait plus en amont, dès la phase originelle de la conception¹⁷⁴.

113. Le Professeur Hauser illustre son raisonnement par un exemple particulièrement significatif : « je veux vendre ma maison, ma volonté ne se détermine pas seule, pas plus que l'objet immédiat, pas plus que le but déterminant. Si je veux vendre ce n'est pas seulement parce que je le veux mais parce que je sais que généralement la règle objective permet et protège la vente, à l'inverse (détermination négative) je ne veux pas vendre à deux personnes distinctes par ce que je sais que la règle objective ne le permet pas »¹⁷⁵. La situation qui vient d'être exposée montre que l'évaluation du possible via la connaissance de la règle de droit est

¹⁷³ P. HÉBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques ». in *Mélanges Maury*, Dalloz, Paris, 1960, tome 2, p. 422.

¹⁷⁴ « *la règle objective n'est pas extérieure à l'individu agissant, elle n'est pas la source extérieure donnant force obligatoire à sa volonté, elle intervient déjà avant, au moment même de la conception par la connaissance explicite ou implicite qu'en a l'individu* », J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse Paris, 1969, p. 90.

¹⁷⁵ J. HAUSER, *op. cit.*, pp. 89 et 90.

concomitante à la conception initiale de l'acte juridique. La « pulsion de volonté », que l'on croyait pouvoir tenir à l'écart d'une prise en considération de l'environnement juridique, se trouve au contraire largement influencée par des éléments objectifs de droit. Le même raisonnement peut être tenu à propos des éléments objectifs de fait.

2. L'intégration des données factuelles dans la formation de la volonté

114. Affinant l'étude de Roubier sur la dimension volontariste de l'acte juridique¹⁷⁶, Hébraud explique que sous l'influence du volontarisme classique, la catégorie des actes juridiques a été étendue jusqu'à réduire de façon excessive celle des faits juridiques, et la substance de l'acte juridique a paru résider toute entière dans la volonté¹⁷⁷. Ce que l'auteur dénonce ici, ce n'est pas seulement l'omnipotence du Subjectif au cœur de l'identification de l'acte juridique, c'est également une conception de la volonté isolée de toute considération factuelle.

115. Après avoir prôné l'intégration de données matérielles dans l'acte juridique¹⁷⁸, Hébraud affirme en effet avec force que « la plupart des situations juridiques comportent une intervention de la volonté, plus ou moins caractérisée sur la base d'éléments de faits »¹⁷⁹. On ne peut que souscrire à cette analyse : elle témoigne de ce que le poids des faits ne doit pas être sous-estimé au profit d'un monopole de la règle de droit. Tel que le souligne le Professeur Hauser, à propos d'une tendance à l'oubli des données factuelles en tant que limites à la volonté de conclure un acte juridique, cette omission gonfle artificiellement la part et le rôle de l'Objectif légal dans l'équilibre dialectique de l'acte juridique¹⁸⁰. Or, une situation de fait peut, au même titre qu'une règle de droit, influencer la représentation que se fait l'agent juridique de la possibilité ou de la nécessité de l'engagement volontaire qu'il s'apprête à conclure. Que l'on se réfère à la volonté primitive sous la forme d'un réflexe, ou à la volonté éclairée par la prise de conscience des alternatives en présence, la délibération, l'expression qui en est donnée par l'individu dépend assurément du contexte factuel. Il est par exemple

¹⁷⁶ P. ROUBIER, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs ». *APD* 1957, p. 1.

¹⁷⁷ P. HÉBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques ». *in Mélanges Maury*, Dalloz, Paris, 1960, tome 2, p. 426.

¹⁷⁸ P. HÉBRAUD, *op. cit.*, p. 426.

¹⁷⁹ P. HÉBRAUD, *op. cit.*, p. 427.

¹⁸⁰ J. HAUSER, *op. cit.*, p. 120.

certain que l'acquisition d'un système de surveillance électronique apparaîtra d'autant plus nécessaire que les dernières statistiques sur la délinquance font état d'une recrudescence des cambriolages à travers le pays.

116. La dépendance économique est au cœur de ce constat. Elle traduit, tel que nous l'avons démontré, une volonté contrainte par le milieu au sein duquel évolue l'agent juridique. Les mots de Monsieur Jean Marc Bahans trouvent ici un écho particulier lorsqu'il se réfère à la nécessité de prendre en compte une théorie générale de l'acte juridique sensible au problème de la dépendance économique¹⁸¹. La dépendance qui s'évince de certaines configurations de l'économie, avec par exemple les situations de monopoles ou d'oligopoles, rend parfaitement compte de cette emprise des faits sur la volonté¹⁸².

117. La dialectique « faits/volonté » issue de la théorie synthétique permet la reconnaissance de la dépendance économique au service d'un renouveau de la théorie générale de l'acte juridique. Il ne s'agit toutefois pas d'affirmer que la figure du libre arbitre offre systématiquement une représentation erronée de la volonté dans la formation de l'acte juridique. Il s'agit plutôt d'isoler, afin de mieux l'appréhender, le temps de la formation de la volonté qui précède celui de la conclusion de l'acte juridique. Pour reprendre la pensée de Monsieur Éric Savaux, il y a autant de conceptions de la théorie générale de l'acte juridique que de professeurs de Droit pour l'enseigner¹⁸³. De ce point de vue, la mise en évidence de la dépendance économique comme concept complémentaire de la liberté contractuelle s'inscrit dans une entreprise de diversification des représentations du contexte de formation de l'acte juridique.

118. Loin d'être surabondante, la démarche répond à d'importants enjeux. Il faut en effet distinguer les atteintes causées au libre arbitre par des contraintes factuelles de celles imposées par une règle de droit, en particulier à travers la loi. L'exercice du pouvoir législatif

¹⁸¹ J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique, Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux, Presses universitaires Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1998, p. 64.

¹⁸² Le Professeur Terré observe ainsi que « *les variations du rôle de la volonté, sont principalement liées à la répartition entre les situations de monopole et les situations de concurrence* », F. TERRÉ, « Sur la sociologie juridique du contrat ». *APD* 1968, p. 80.

¹⁸³ É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1997, tome 264.

exprime en effet les choix d'une collectivité en faveur de telle ou telle règle de vie commune. Confortée par la légitimité de ses promoteurs, et parée des garanties attachées à son processus d'élaboration, la norme juridique va diriger la vie sociale vers des fins propres à assurer le bien, impliquant en cela un jugement de valeur sur les faits¹⁸⁴. Mais contrairement aux éléments objectifs de droit, le conditionnement de la volonté par des éléments objectifs de fait peut parfois se présenter sous les traits d'un phénomène social susceptible de heurter les idéaux portés par le Droit¹⁸⁵. Or, lorsqu'elle n'est pas frappée d'illicéité, la situation de fait, si pathologique soit-elle, perdure et s'impose à l'individu.

119. C'est par exemple le cas d'une famille qui, en raison d'un impérieux besoin de se loger couplé à une rareté de l'offre d'habitations vacantes, va être contrainte de conclure un bail dans des conditions qui lui sont peu favorables. La configuration du marché de l'immobilier ne rend certes pas illicite le bail qui vient d'être signé, mais il n'empêche que la pénurie de logements est généralement considérée par le plus grand nombre comme une situation à laquelle il convient de remédier. Outre un affinement de la théorie générale de l'acte juridique, la valorisation des données factuelles dans la formation de la volonté ambitionne de mieux appréhender l'ensemble des éléments objectifs de fait pour, à l'intérieur de cette catégorie, identifier les situations qui méritent d'être contrebalancées par l'action organisatrice du droit : la dépendance économique est l'une d'entre elles. On peut donc déplorer que les présentations classiques des règles communes aux engagements volontaires de droit privé en négligent l'impact sur les choix des individus, en particulier sur leur liberté de ne pas contracter.

II. La négligence de la dépendance économique dans la liberté de ne pas contracter

120. La liberté contractuelle postule l'existence d'un libre choix au moment de la souscription de l'engagement. La place qu'elle continue d'occuper au sein de nombreux manuels de droit des obligations explique le peu de considération dont fait aujourd'hui l'objet la dépendance économique dans la formation de la volonté. La systématisation de cette analyse doit pourtant être combattue, car nombre d'actes juridiques trouvent aujourd'hui leur

¹⁸⁴ Ch. ATIAS, D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait ». *D.* 1977, chron., p. 253.

¹⁸⁵ Sauf à considérer que le Droit n'a pas à opposer ses valeurs et ses principes aux faits et qu'il doit au contraire s'incliner devant eux. Sur ce point, et à l'encontre de cette thèse, voir l'excellent plaidoyer de Ch. ATIAS et D. LINOTTE, *op. cit.*, pp. 251-258.

origine dans une manifestation de volonté davantage marquée par un état de contrainte que par le libre arbitre.

Tandis que l'évolution de la théorie générale de l'acte juridique se traduit par un recul du pouvoir créateur de la volonté dans l'ossature de l'acte juridique (**A**), la portée de cet infléchissement demeure pourtant réduite. En effet, si déclin du pouvoir de la volonté il y a, il ne s'étend pas jusqu'à l'étape pourtant cruciale de la formation de la volonté. C'est cette incomplétude du champ d'observation qui explique que la liberté contractuelle demeure à l'abri de toute contestation sérieuse, la naissance de l'acte juridique demeurant en conséquence indissociable de la figure du libre arbitre (**B**).

A. Le recul du pouvoir créateur de la volonté dans l'ossature de l'acte juridique

121. Avant d'aller plus loin, il convient de préciser ici le sens dans lequel nous entendons chacun des éléments constituant l'ossature de l'acte juridique. Il est vrai que leur dénomination emprunte à la distinction mise en lumière par Monsieur Pascal Ancel¹⁸⁶, mais la similitude s'arrête là. L'ambition de notre propos s'avère bien modeste comparée aux finalités poursuivies par l'auteur ; elle tient simplement à relativiser la portée du recul du pouvoir créateur de la volonté dans l'analyse classique de l'acte juridique. Aussi allons-nous considérer que la force obligatoire renvoie à la question de savoir pourquoi les obligations véhiculées par l'acte juridique doivent être exécutées¹⁸⁷, là où le contenu obligationnel exprime ce à quoi les parties se sont engagées¹⁸⁸. Ces deux paramètres connaissent une tendance uniforme à travers un double déclin, celui de l'autonomie de la volonté pour le premier (**1**) et de la liberté contractuelle pour l'autre (**2**).

¹⁸⁶ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat ». *RTD civ.* 1999, p. 771.

¹⁸⁷ « *La force obligatoire du contrat doit alors se comprendre comme l'assujettissement des parties à loi contractuelle ainsi créée* », Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°54.

¹⁸⁸ Pour faire davantage ressortir l'immixtion du juge dans les conventions, certains auteurs se réfèrent au « *contenu obligatoire* », « *le juge, selon les cas, décidant d'ajouter à la lettre ou d'en minimiser la portée, voire s'arrogeant un pouvoir de réécriture* », S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, tome 335, n°1198.

1. Le déclin de l'autonomie de la volonté dans la force obligatoire de l'acte juridique

122. Le doyen Carbonnier présente l'autonomie de la volonté sous les traits d'une théorie de philosophie juridique dans laquelle la volonté humaine se soumet elle-même à sa propre loi¹⁸⁹. Pour le Professeur Ghestin, il s'agit d'un principe servant à expliquer et justifier la force obligatoire du contrat¹⁹⁰. Les vertus heuristiques de l'autonomie de la volonté ne doivent toutefois pas être exagérées, celle-ci n'étant pas le seul fondement envisageable pour justifier la force obligatoire de l'acte juridique. Il n'est pas question ici de retracer l'évolution du concept ni les raisons de son étiolement, d'autres s'y sont livrés avec plus de conviction et davantage de talent¹⁹¹. Nous évoquerons simplement le recul de l'analyse individualiste des droits subjectifs dans laquelle l'autonomie de la volonté puisait ses racines¹⁹².

123. La force obligatoire a trait à l'impératif d'exécution pesant sur le débiteur d'une obligation. Affirmer que l'individu est obligé parce qu'il l'a voulu ne résout rien. Le temps et les circonstances faisant leur œuvre, celui qui s'est engagé hier peut très bien, aujourd'hui, ne plus souhaiter exécuter sa prestation. Dit autrement, l'autonomie de la volonté n'explique pas pourquoi c'est la volonté passée qui devrait prévaloir sur la volonté présente de celui qui refuse d'exécuter le contrat¹⁹³. La force obligatoire de l'acte juridique doit donc être recherchée ailleurs¹⁹⁴, car c'est bien la loi qui, sous réserve de leur conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs, érige les conventions légalement formées au rang de normes

¹⁸⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil - Introduction - Les personnes - La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Quadrige, Paris, 27^e éd., 2004, p. 1945, n°931.

¹⁹⁰ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, coll. Traité de droit civil, Paris, LGDJ, 3^e édition, 1993, p. 27, n°36. Voir également M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit privé, Paris, 3^e éd., 2012, pp. 57 et s.

¹⁹¹ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique du contrat*, thèse Paris, 1965 ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, 1980. L'auteur y démontre que l'autonomie de la volonté est née non pas tant pour affirmer la théorie générale du contrat, mais pour en soutenir la critique.

¹⁹² Voir C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats ». *RTD civ.* 1997, p. 357.

¹⁹³ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats ». *APD* 1981, p. 39.

¹⁹⁴ Pour une synthèse de la question voir J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi ans l'article 1134 al. 1^{er} du code civil ». *RTD civ.* 2001, p. 265 ; Ch. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil ». *D.* 2002, p. 901.

obligatoires¹⁹⁵. Comme l'indique Monsieur Denys de Béchillon, ce sont les articles 1134 et suivants du Code civil qui permettent de contracter¹⁹⁶.

124. Il n'est bien sûr pas interdit de croire en la vivacité de l'adage « *pacta sunt servanda* », les personnes d'honneur n'ayant certainement pas toutes disparu. Cependant, considérer que la méconnaissance de la parole donnée suscite, chez n'importe quel individu, un effroi tel qu'il suffit à le persuader d'exécuter sa part de l'engagement relève de la naïveté¹⁹⁷. La force obligatoire de l'acte juridique tient, en effet, davantage à l'assurance qu'en cas d'inexécution, le créancier de la prestation pourra se tourner vers le juge qui à son tour, saura mobiliser jusqu'à la force publique pour obtenir du débiteur qu'il s'acquitte de son obligation. Rapportée à la question de la force obligatoire, la volonté cesse donc d'être tout à fait autonome pour finalement voir son pouvoir créateur cantonné au périmètre que lui assigne le Code civil. Il s'agit là, selon Kelsen, d'un choix de politique juridique émanant du législateur manifestant son souhait de laisser aux sujets de droit le soin de régler eux-mêmes leurs intérêts, parce qu'il estime qu'une réglementation indépendante et autonome de ces intérêts est la meilleure solution¹⁹⁸. On est décidément bien loin de la volonté comme source principale et initiale de la force obligatoire des conventions. Ce déclin du pouvoir créateur de la volonté se manifeste également en matière de détermination du contenu obligationnel de l'acte juridique.

2. Le déclin de la liberté contractuelle dans le contenu obligationnel de l'acte juridique

125. Présentée tantôt comme un principe lié¹⁹⁹, tantôt comme un dérivé au second degré²⁰⁰, la liberté contractuelle affiche d'étroits liens de parenté avec l'autonomie de la volonté²⁰¹. Les

¹⁹⁵ « Contracter, c'est donc en appeler à la contrainte étatique, qui seule garantit l'avènement de la promesse, même contre la volonté actuelle du promettant » L. AYNÈS, « La contrainte en droit des contrats ». in *La contrainte*, L. Grynbaum (dir.), Economica, Études juridiques, Paris, 2007, p. 34, n°2.

¹⁹⁶ D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997, p. 273, « sans cet encadrement juridique, aucun effet de Droit ne peut naître ; aucun effet qui ne soit reconnu comme juridique par le système ». Désormais, c'est l'article 1103 du Code civil qui dispose que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

¹⁹⁷ Ainsi pour Hobbes, « les conventions sans le glaive ne sont que des paroles », Th. HOBBS, *Léviathan*, 1651.

¹⁹⁸ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention ». *APD* 1940, p. 48

¹⁹⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°23.

²⁰⁰ J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Les obligations. I. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°101.

deux termes ne doivent cependant pas être tenus pour synonymes : tandis que l'autonomie de la volonté sert de justification à la force obligatoire de l'acte juridique, la liberté contractuelle qualifie l'individu libre de contracter ou de ne pas contracter, et de fixer les conditions de son engagement²⁰². C'est précisément à cette ultime expression du pouvoir créateur de la volonté que nous allons nous intéresser ici.

126. La mutation du rôle de la liberté contractuelle dans la détermination du contenu obligationnel de l'acte juridique mérite d'être mise en parallèle avec l'évolution qu'a connue la définition de ce dernier. Pour Gounot, la critique de l'autonomie de la volonté fut l'occasion d'affirmer qu'il ne pouvait y avoir d'acte juridique que si la volonté seule en organisait le contenu²⁰³. Le développement des législations dirigistes ne pouvait que heurter une telle conception de l'acte juridique « *fondée sur une exigence de pureté volontariste* »²⁰⁴. La physionomie contemporaine du droit des contrats, à savoir depuis le début du XIX^e siècle, se caractérise en effet par une pénétration croissante de la loi dans le contenu obligationnel des conventions. Evoquant successivement la disparition d'une entente au profit d'une opération dirigée²⁰⁵, le poids d'une réglementation étatique croissante²⁰⁶ ou encore le reflux de la liberté face à la déferlante statutaire²⁰⁷, la doctrine n'a manqué ni d'occasions, ni de mots, pour qualifier le phénomène.

127. Le maintien de l'acte juridique au rang de notion cardinale du droit positif imposait donc de repenser les termes de sa définition. Partant d'une recomposition du rôle créateur de la volonté, le doyen Roubier a proposé une typologie particulièrement éclairante des situations juridiques subjectives selon leurs empreintes volontaristes respectives²⁰⁸. L'auteur en

²⁰¹ Signalons tout de même la substitution, par le Conseil constitutionnel, de la liberté d'entreprendre à l'autonomie de la volonté comme principe socle de la liberté contractuelle dans sa décision 84-137 du 4 juin 1984, N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations ». in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, Actes du colloque de Lille, tome 1, LGDJ, Paris, 1997, p. 88, n°30.

²⁰² H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 2. Obligations : théorie générale*, Montchrestien, Paris, 9^e éd., 1998, n°117.

²⁰³ Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008, n°31 et s.

²⁰⁴ D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 2003, pp.7 et s.

²⁰⁵ L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats ». *RTD civ.* 1937, p. 2.

²⁰⁶ M. VILLEY, « Préface historique à l'étude des notions de contrat ». *APD* 1968, p. 4.

²⁰⁷ L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats » in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadiet, G. Cornu, (dir.), Economica, Paris, 1987, p. 9.

²⁰⁸ P. ROUBIER, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs ». *APD* 1957, p. 1, par exemple un contrat de prestation de service négocié entre deux opérateurs économiques.

distingue trois sortes. La première dépend de la volonté privée, tant dans sa création que dans ses effets²⁰⁹ ; la deuxième dépend de la volonté privée dans sa création mais de la loi dans ses effets²¹⁰ ; la troisième et dernière catégorie de situation subjective dépend de la loi, dans sa création aussi bien que dans ses effets²¹¹. Le mérite de la position affichée par Roubier réside dans le maintien de la qualification d'acte juridique nonobstant les modulations du pouvoir créateur de la volonté. Son analyse n'est d'ailleurs pas si éloignée de celle d'un Josserand pour qui un contrat, fut-il un contrat d'adhésion, restait une convention à part entière, le Code civil n'ayant jamais exigé que son contenu soit négocié point par point²¹². On peut néanmoins regretter que cette pondération de la liberté contractuelle se soit limitée à la détermination du contenu obligationnel, laissant en dehors de son entreprise critique le postulat selon lequel l'individu est libre de souscrire ou non un engagement volontaire.

B. L'omniprésence de la figure du libre arbitre dans la naissance de l'acte juridique

128. La démonstration d'un recul de la volonté dans la justification de la force obligatoire et dans la détermination du contenu obligationnel des actes juridiques ne remet pas en cause une conception de l'acte juridique axée sur la volonté²¹³. Les développements qui précèdent traduisent au contraire la vivacité de la notion par sa capacité à se renouveler sans rompre foncièrement avec l'esprit du Code civil. L'alternative énoncée par Monsieur le Professeur Terré, à propos d'un prétendu « *déclin du contrat* »²¹⁴, résume parfaitement cette situation. Soit l'on estime que la qualification de contrat implique une libre détermination de son

²⁰⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 14, imaginons ici la conclusion d'un contrat d'apprentissage dont le contenu est pour l'essentiel dicté par les articles L. 6211-1 et suivants du Code du travail.

²¹⁰ À son propos, Roubier précise qu'« *il y a un acte de volonté privée à la base de la création de la situation juridique, c'est ce qu'on nomme un acte juridique, mais le contenu de la situation juridique est donné par la loi, sans qu'il soit possible aux particuliers, par des actes de volonté, de modifier ce contenu* », *op. cit.*, p. 17.

²¹¹ Et pour laquelle « *le fait créateur de cette situation peut se trouver non seulement dans un acte de volonté, mais aussi dans la loi* », P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 19, on peut citer ici, par exemple, la souscription d'un contrat d'assurance automobile imposée par la loi lors de l'acquisition d'un véhicule terrestre à moteur et dont le contenu est dans une assez large mesure régimes par le Code des assurances, voir les articles L. 211-4 et s. dudit Code.

²¹² Selon le résumé que fait Monsieur le Professeur Chazal de la pensée de Josserand, « *le contrat d'adhésion est une véritable convention, et non un acte unilatéral ou réglementaire, car l'adhésion équivaut à l'acceptation d'une offre et la loi n'exige que l'égalité juridique, non pas une égalité économique ni d'une négociation préalable à armes égales* », J.-P. CHAZAL, « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel ». *RDC* 2003, p. 325.

²¹³ « *L'abandon du dogme de l'autonomie de la volonté en tant que fondement de la théorie générale du contrat ne signifie pas pour autant un refoulement du rôle de la volonté dans le droit des contrats* », C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats ». *RTD civ.* 1997, p. 374, n°23.

²¹⁴ F. TERRÉ, « Sur la sociologie juridique du contrat ». *APD* 1968, pp. 71 et 72. Sur la question de la crise du contrat, voir Ph. CHANIAL, « Renouer les fils de l'alliance : Bourgeois, Durkheim et l'incomplétude du contrat ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Dalloz, Paris, 2004, p. 51.

contenu et on peut alors constater une évolution notable du concept contractuel depuis le Code civil²¹⁵. Soit, et nous optons pour cette proposition, on considère que l'essence du contrat tient surtout à la libre décision de souscrire un engagement volontaire « *et alors on peut discerner, en dépit de différences de surface, le signe d'une profonde continuité* »²¹⁶.

129. Notre ralliement à cette dernière hypothèse doit être bien compris. Il ne signifie nullement une adhésion à l'idée que la conclusion d'un contrat procède d'un choix opéré en toute liberté. Si notre préférence va à la seconde branche de la définition, c'est uniquement parce que nous y voyons une simple éventualité qui, à force d'être systématiquement présentée comme un principe, prend la forme d'une fiction dont il faut bien, à un moment ou un autre, prendre acte pour mieux la combattre. En effet, les exemples d'un attachement de la doctrine à un certain maintien du libre arbitre originel sont nombreux. Ainsi, Monsieur Philippe Malinvaud et Madame Dominique Fenouillet, ne manquent pas de dénoncer une liberté battue en brèche²¹⁷ en évoquant la loi qui oblige à contracter, notamment en matière d'assurances dont la souscription est prescrite lors de l'achat de quelques biens ou la pratique de certains loisirs. D'autres, dans une logique identique, emploient le terme de contrats imposés²¹⁸. Enfin, et de façon plus nuancée, les Professeurs Flour, Aubert et Savaux temporisent ce reflux de la liberté de contracter en le justifiant par un souci de l'intérêt général²¹⁹.

Aussi exactes soient-elles, ces différentes présentations ont en commun une carence dans l'appréhension des atteintes à la liberté de contracter. La phase d'élaboration et de structuration de la volonté à l'origine de l'engagement volontaire, dont nous avons eu précédemment l'occasion de démontrer l'importance, n'est prise en considération que de façon marginale. En effet, seule la contrainte légale – l'élément objectif de droit – est envisagée comme source d'un forçage du consentement. Dans leur manuel de droit des obligations, pour prendre l'exemple de cet ouvrage, Messieurs Terré, Simler et Lequette

²¹⁵ F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 71.

²¹⁶ F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 72.

²¹⁷ Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, Paris, 13^e éd., 2014, n°83.

²¹⁸ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, Paris, 14^{ème} éd, 2014, n°642.

²¹⁹ J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Les obligations. 1. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°112.

rappellent que la théorie de l'autonomie de la volonté repose sur l'idée que nul n'est forcé d'entrer en relation avec ses semblables²²⁰. Le tempérament que les auteurs apportent à ce postulat s'avère bien timide et se limite simplement à l'affirmation selon laquelle la liberté contractuelle s'exerce dans les limites fixées par le législateur²²¹. De la même manière, le Professeur Mekki estime que la liberté de contracter doit être relativisée face à la prolifération des contrats imposés ou encore à la prohibition du refus de contracter en droit de la consommation²²². Mais là encore, le propos vise exclusivement les entraves légales à la liberté de ne pas contracter²²³.

130. En définitive, le phénomène de restriction du libre arbitre occulte l'influence des éléments objectifs de fait sur la décision de souscrire un engagement volontaire. Or, il est des hypothèses où celle-ci peut pourtant présenter le même degré de contrainte qu'une obligation énoncée par la loi, peu important son caractère indirect. Les sanctions pénales, administratives ou professionnelles qui assortissent le non-respect d'une obligation de souscrire tel ou tel contrat impactent directement le consentement²²⁴, sans que la doctrine ne songe à contester leur part de responsabilité dans le recul de la liberté contractuelle. Il devrait en aller de même s'agissant des contraintes factuelles.

131. À notre sens, l'enseignement du droit des obligations se trouve donc marqué par une tendance à sous-estimer les limites de la liberté contractuelle, dont la figure demeure en conséquence omniprésente au sein de la théorie générale de l'acte juridique²²⁵. Ce sentiment est largement corroboré par l'analyse du Professeur Jacques Ghestin, observant que pour la doctrine civiliste dominante, si l'autonomie de la volonté n'est plus absolue elle demeure

²²⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°24.

²²¹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°29.

²²² M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations ». *D.* 2015, p. 816, spé. n°30.

²²³ Dans le même sens, L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...). *AJDA* 1998, p. 676, « la libre décision de contracter ou de ne pas contracter (...) prennent la double forme de contrats imposés et inversement de contrats interdits ».

²²⁴ Pour Messieurs FLOUR, AUBERT et SAVAUX, « l'atteinte au principe de la liberté de contracter reste donc relativement indirecte », *op. cit.*, n°125.

²²⁵ « Même si le dogme de l'autonomie de la volonté est en perte de vitesse (...), sa projection majeure en droit des contrats, le principe de la liberté contractuelle, subsiste encore aujourd'hui, et mieux encore, se trouve confirmée en tant que valeur contractuelle essentielle », Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAUTERNEYRE, *op. cit.*, n°657.

néanmoins la règle²²⁶. La réforme du droit des contrat ne paraît pas davantage avoir pris acte de ce que la prétendue liberté de contracter ou de ne pas contracter peut être malmenée par les circonstances de fait. L'article 1102 affirme tout haut, et sous des allures de vœu pieux, 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* ».

²²⁶ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats ». *APD* 1981, p. 39, précisons que la notion d'autonomie de la volonté englobe ici celle de liberté contractuelle.

Conclusion du chapitre

132. Le modèle travailliste, dans son acception explicative, contribue à renouveler l'analyse de la notion de dépendance économique. Si, selon une approche classique, la dépendance économique continue d'être caractérisée par l'importance des échanges dans les ressources d'une personne, au sens des contrats de dépendance, une telle perception demeure toutefois restrictive. Le concept de liberté contractuelle mérite d'être confronté au cadre socio-économique de l'échange. Apparaît alors une limitation de l'autonomie individuelle par la division du travail, lorsque l'échange fait figure d'opération indispensable à la satisfaction des besoins, telle la conclusion d'un contrat de travail qui permet au salarié de s'assurer les moyens de sa survie. La dépendance économique, ainsi entendue, contribue par ailleurs à mettre l'accent sur l'éventualité d'une absence d'alternative satisfaisante lors de la conclusion du contrat. Celui dont l'existence dépend de sa souscription se situe, à l'évidence, dans une position d'extrême vulnérabilité que son cocontractant peut tenter d'exploiter.

133. La dépendance économique comme concept complémentaire de la liberté contractuelle ne remet pas systématiquement en cause l'idée de libre arbitre au cœur de la manifestation de volonté. Plus modestement, l'analyse que retient le droit du travail de la notion contribue à représenter avec davantage de finesse, et dans sa diversité, le contexte dans lequel la volonté est susceptible de s'exprimer au stade de la formation des actes juridiques. La pertinence de cette grille d'analyse complémentaire se signale par son inscription dans la théorie synthétique de l'acte juridique : à partir de la dialectique entre le Subjectif et l'Objectif, s'établit le constat d'une pénétration des éléments objectifs dans le processus de structuration de la volonté interne préfigurant la prise de décision et le consentement.

134. Cette hétéronomie de la volonté s'accompagne d'une mise en évidence de la double nature des données objectives qui conduisent l'individu à arbitrer entre différentes options. Si la règle de droit influence à n'en point douter la décision de s'engager, le poids des données factuelles, telle la dépendance économique, ne doit pas pour autant être ignoré. Or, tandis que la plupart des manuels de droit des obligations consacrent de substantiels développements au recul du pouvoir créateur de la volonté dans la justification de la force obligatoire ou dans la détermination du contenu obligationnel de l'acte juridique, rien, ou presque, n'est mentionné

au titre des contraintes factuelles déterminant la naissance de l'engagement. Par-delà une représentation tronquée des conditions de manifestations de la volonté dans la formation des actes juridiques, cette omniprésence du libre arbitre entérine le bien fondé d'un recours aux techniques protectrices du consentement. Celles-ci sont pourtant inadaptées aux situations de dépendance économique.

Chapitre 2 : L'irréductibilité de la dépendance économique par les techniques protectrices du consentement

135. La mobilisation de la dépendance économique, telle que nous avons tenté de la définir, concourt à une diversification de la représentation du contexte de formation de l'acte juridique. Cependant, mettre l'accent sur l'opportunité d'une acception élargie de la dépendance économique n'a d'intérêt, selon nous, que si l'état de contrainte qu'elle suggère n'est pas déjà appréhendé de manière satisfaisante par le droit positif, y compris sous des appellations différentes. La notion traduisant, à titre principal, une restriction des marges de manœuvre individuelles, il convient logiquement d'apprécier la réception dont elle fait l'objet au sein des techniques protectrices du consentement. L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique se signale alors par la promotion d'une conception élargie de la dépendance économique qui vient éclairer les lacunes du droit positif. L'analyse travailliste ne prétend certes pas fournir ici des solutions « clés en main » pour pallier ces insuffisances. Elle permet néanmoins d'en identifier la source en mettant l'accent sur l'irréductibilité de la dépendance économique par les techniques tournées vers la seule recherche d'une intégrité du consentement (**Section 1**). De ce point de vue, l'apport de la discipline réside moins dans la diffusion d'instruments correcteurs inédits que dans la mise en évidence des lacunes de ceux censés lutter contre les atteintes au libre arbitre.

Le constat de ces insuffisances amène alors à considérer la logique empruntée par le droit du travail afin de corriger l'impact des circonstances exogènes sur la volonté de s'engager et, surtout, d'éviter qu'une partie en situation de force puisse en tirer un profit excessif. Plutôt que de focaliser son attention sur l'expression du consentement du salarié lors de la conclusion du contrat, le droit du travail entreprend de peser directement sur le contenu de celui-ci. Si la soumission des stipulations contractuelles à l'ordre public n'est pas spécifique à la matière, pas plus du reste qu'elle est absente du Code civil, le droit du travail semble toutefois se distinguer par la valorisation d'un ordre public prétorien dont pourrait s'inspirer d'autres branches du droit, pour mieux réguler les rapports de force déséquilibrés (**Section 2**).

Section 1 : Les lacunes du droit positif dans l'appréhension de la dépendance économique

136. Le droit des obligations ne se réfère pas explicitement à la protection du libre arbitre¹ ; lorsqu'il s'en préoccupe, c'est seulement à travers les attentions qu'il accorde à la manifestation du consentement². Historiquement, le législateur s'est d'abord attaché à l'intégrité du consentement dans une logique curative : l'acte juridique issu d'une manifestation de volonté viciée, soit en raison de l'erreur de son auteur, soit par la faute du comportement violent ou dolosif de son cocontractant, encourt la nullité. Plus récemment, une approche préventive a permis de compléter cet attirail légal en partant de l'idée que le consentement, au-delà d'être exempt des vices énumérés par le Code civil, devait de surcroît présenter certaines qualités³. L'objectif affiché consiste à s'assurer que l'individu mesure bien l'objet et la portée de son engagement. Sont alors apparues de nouvelles prescriptions allant d'un formalisme *ad validitatem*⁴ à une obligation d'information⁵, en passant par la consécration de droits de rétractation⁶. Autant de mécanismes sur lesquels nous aurons tout loisir de revenir pour en souligner les faiblesses, puisque, disons-le tout net, en l'état actuel du droit positif, la situation de contrainte révélée par la dépendance économique, au sens où le droit du travail incite à l'entendre, ne nous paraît ni suffisamment reconnue, ni

¹ *Comp.* l'article 1102 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 qui 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* ».

² Nous laissons de côté la question de la capacité. La protection du libre arbitre suppose par définition que l'individu ciblé est apte à acquérir et à exercer un droit.

³ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°204 ; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, Paris, 3^e éd., 1993, p. 443, n°474 et s.

⁴ Voir l'article L. 341-2 du Code de la consommation qui impose à peine de nullité à la personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution de recopier une formule légale.

⁵ La réforme du droit des contrats portée par l'ordonnance de 2016 consacre un véritable « *devoir d'information* » dans son article 1112-1 aux termes duquel « *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* ». Il convient d'observer que le projet de réforme présenté par la Chancellerie en 2015, l'alinéa 2 de l'article 1121-1 ajoutait que « *le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé* ». Cette référence à la responsabilité extracontractuelle ne figure plus dans l'ordonnance du 10 février 2016.

⁶ Comme par exemple en matière de contrats de consommation conclus à distance, C. cons. art. L. 121-20-12 et s. ; voir plus largement S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, 1997, tome 284.

convenablement traitée par les techniques protectrices du consentement⁷. Tant les limites du recours au droit commun (I), que celles du secours des droits spéciaux (II), attestent d'une irréductibilité de la dépendance économique par les techniques protectrices du consentement.

I. Les lacunes du recours au droit commun

137. Au civiliste, la notion de dépendance économique rappellera certainement le vice de violence économique. Pourquoi alors s'embarrasser d'un nouveau concept si le recours aux techniques du Code civil suffit à appréhender ces situations où le consentement est contraint par le poids de circonstances exogènes ? L'objectif de simplification du Droit et la promotion d'un droit commun instrument d'ordre⁸ et d'anticipation⁹ tendent en effet à écarter tout dédoublement normatif dès lors qu'un renouveau, ou à tout le moins un toilettage des concepts anciens, permet de parvenir à la solution escomptée. Tout en adhérant à cette démarche, nous persistons à croire que l'admission de la dépendance économique par la théorie générale de l'acte juridique ne présente pourtant aucun caractère superfétatoire.

Bien qu'elles soient amenées toutes les deux à exprimer une prise en considération accrue du facteur économique au stade de la formation de l'acte juridique, la violence économique et la dépendance économique ne doivent pas être tenues pour synonymes. Pour commencer, la dépendance économique constitue un outil qui permet d'appréhender l'acte juridique aussi bien au cours de sa formation que durant son exécution, en particulier au moment de son extinction. Ensuite, en l'état du droit positif, le recours à la violence économique demeure assez largement bridé par la jurisprudence de la Cour de cassation. Ces limites témoignent fort bien des lacunes de l'outil mobilisé par le droit commun dans l'analyse et la correction des engagements de droit privé formés en situation de dépendance économique. La violence économique souffre à la fois du cantonnement de son domaine (A) et de l'insuffisance des sanctions qui lui sont attachées (B).

⁷ Comprendons bien que notre propos n'a pas pour objet de rejeter l'intégralité des solutions dégagées par le droit commun et les droits spéciaux marqués par un déséquilibre de puissance des parties à l'échange. L'objectif est ici de contester la pertinence de leurs instruments fondés sur une logique de protection du consentement.

⁸ « *Les dispositions communes jouent, malgré leur subsidiarité, un rôle de modèle et d'ordre* », Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2009, tome 509, n°292.

⁹ « *À l'abri de réglementations nommées parfois sclérosantes, le contrat innommé se nourrit essentiellement de la théorie générale* », D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle ». *D.* 2000, chron., p. 331.

A. Le cantonnement du domaine attribué à la violence économique

138. Si le vice de violence a été actualisé à la faveur d'une meilleure prise en compte du facteur économique dans les relations juridiques (1), l'expansion de la violence économique demeure entravée par une appréciation restrictive de ses éléments constitutifs (2).

1. Une heureuse actualisation du vice de violence

139. Une approche actualisée des origines de la violence a permis d'y rattacher l'état de nécessité et la contrainte économique (a). Mais pour constituer un vice du consentement, cette dernière, à l'instar des manifestations plus classiques de violence, doit présenter un caractère illégitime (b).

a. L'extension des origines de la violence à l'état de nécessité et à la contrainte économique

140. Aux termes de l'article 1109 du Code civil, dans sa version antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, « 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 ». L'ancien article 1112 précise qu'« il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent »¹⁰. Demogue assimile ainsi la violence à toute pression anormale et injuste qui s'exerce sur la volonté d'autrui pour l'amener à passer un acte¹¹. Le Vocabulaire juridique Cornu l'identifie quant à lui à la contrainte exercée sur une personne – pour la réduire à passer un acte – qui justifie l'annulation de celui-ci pour vice du consentement lorsque le consentement a été extorqué sous l'empire de la crainte inspirée par la menace d'un mal considérable¹².

141. Si la crainte semble bien être au cœur de l'idée de violence, la protection de l'intégrité du consentement doit toutefois être conciliée avec la nécessaire sécurité des conventions. De

¹⁰ La violence est désormais l'appréhendée aux articles 1140 et s. du Code civil.

¹¹ Cité par A. BRETON, *La notion de violence en tant que vice du consentement, étude critique*, thèse Caen, 1925, p. 77.

¹² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013, p. 1068.

même que n'importe quel type d'erreur ne peut pas entraîner la nullité du contrat, tous les agissements susceptibles d'être ressentis comme violents par celui qui les subit ne sauraient s'apparenter à la violence mentionnée dans le Code civil. Cette dernière sera dès lors appréciée au travers de trois critères tenant respectivement à la qualité de l'individu qui prétend en être victime, au caractère qu'elle revêt et à son auteur¹³. C'est précisément cette dernière condition qui a permis d'intégrer des considérations économiques dans l'examen de la validité des actes juridiques.

142. Dès le XIX^e siècle, la question est posée de savoir si des circonstances indépendantes de la conduite d'une personne déterminée pouvaient être retenues au titre de la violence. Les termes de l'ancien article 1111 du Code civil incitaient à répondre par la négative, la violence y étant appréhendée sous les traits du comportement actif de son auteur¹⁴. Pourtant, dans un célèbre arrêt du 27 avril 1887, la chambre des requêtes confirma l'annulation d'un engagement à payer une forte somme d'argent en contrepartie du sauvetage d'un navire en perdition, se fondant sur l'état de nécessité dans lequel se trouvait son capitaine¹⁵. La solution s'est avérée tout à fait opportune, il aurait été dommage qu'une interprétation restrictive de l'ancien article 1111 du Code civil eût conduit à refuser que l'élément matériel de la violence soit, pour partie, constitué par des contraintes ne relevant pas d'une action individuelle. En effet, « *la violence atteint le consentement dans son élément de liberté : intellectuellement, la victime perçoit très bien qu'elle conclut un "mauvais contrat" ; elle s'y résout cependant, afin d'échapper à un mal plus grave dont elle est menacée pour le cas où elle refuserait de s'engager* »¹⁶. Qu'il se rapporte à la protection d'intérêts économiques ou à la sauvegarde de l'intégrité corporelle, l'état de nécessité peut forcer le consentement tout autant que des contraintes physiques.

143. Cet élargissement de l'origine de la violence devait d'ailleurs connaître une heureuse fortune, en investissant notamment le domaine des échanges économiques et des rapports

¹³ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, Paris, 3^e éd., 1993, p. 565, n°583 et s ; J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Les obligations. I. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°217 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, p. 252, n°242.

¹⁴ L'article 1111 du Code civil 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* »

¹⁵ Req. 27 avril 1887, *S.* 1887, 1, p. 372 ; *D.* 1888, 1, p. 263.

¹⁶ J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *op. cit.*, p. 199, n°216.

marchands par l'admission de la contrainte économique. Comme le relèvent Messieurs Terré, Simler et Lequette, la dureté présente dans les relations sociales et la vie des affaires conduit parfois des contractants à invoquer la violence dans des hypothèses qui n'avaient pas été envisagées par les rédacteurs du Code civil¹⁷. Ces préoccupations n'avaient pas échappé aux juges du fond qui, en 1853, décidèrent d'annuler un contrat de travail conclu pour une rémunération extrêmement faible, en considérant que le consentement de l'ouvrier avait été obtenu en exploitant l'état de détresse dans lequel il se trouvait¹⁸. Cependant, la Cour de cassation censura la décision entreprise, estimant que « *se fonder uniquement sur la quotité d'un salaire pour déclarer frauduleuse et contraire à l'ordre public la convention qui l'a déterminé, alors qu'aucun fait spécial de fraude n'est constaté, c'est violer la liberté des conventions et de l'industrie, et exposer le règlement du prix du travail à des rétractations et incertitudes aussi périlleuses pour les ouvriers que pour les maîtres* »¹⁹. Plus proche de nous, dans le sillage des législations spéciales des droits de la concurrence²⁰ et de la consommation²¹, la haute juridiction jugea en 2000 que la transaction pouvait « *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* »²². Enfin, l'article 1143 considère désormais qu'« *il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, 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* »²³. En appréhendant la violence sous l'angle de la contrainte économique, la Cour de cassation, comme la réforme du droit des contrats, font

¹⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 256, n°248.

¹⁸ Cité par G. LOISEAU, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique ». *Dr. et patr.* 2002, p. 26.

¹⁹ Cass. civ. 12 décembre 1853, *DP* 1854, 1, p. 20.

²⁰ L'article 420-2 al. 2 du Code de commerce, issu de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence vise, « *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante* » et « *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur* ».

²¹ L'article 35 de la loi SCRIVENER du 10 janvier 1978 faisait ainsi référence à « *l'abus de puissance économique* » pour identifier les clauses abusives. L'article L. 122-11 du Code de la consommation dispose aujourd'hui qu'« *une pratique commerciale est agressive lorsque du fait de sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale, et compte tenu des circonstances qui l'entourent : 1° Elle altère ou est de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur ; 2° Elle vicie ou est de nature à vicier le consentement d'un consommateur* ».

²² Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15242 ; *D.* 2000, p. 879, note J.-P. CHAZAL, *JCP G.* 2001, II, 10461, note G. LOISEAU ; *RTD civ.* 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Deffrénois* 2000, art. 37237, n°68, obs. Ph. DÉLEBECQUE ; C. NOURISSAT, « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? ». *D.* 2000, chron., p. 369 ; B. EDELMAN, « De la liberté et de la violence économique ». *D.* 2001, chron., p. 2315.

²³ V. J. KLEIN, « Le consentement – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 16.

montre d'une modernité certaine et particulièrement nécessaire à la réalité des échanges économiques contemporains. Pour autant, cette solution ne signifie pas l'abandon de l'exigence du caractère illégitime de la violence.

b. L'inscription de la contrainte économique dans le giron de l'illégitimité

144. L'introduction de la contrainte économique dans l'appréciation de la violence doit être conciliée avec la vérification de son caractère illégitime²⁴, tant il est vrai que le consentement n'est jamais parfaitement libre et se trouve toujours partiellement déterminé par des circonstances qui font pression sur la volonté des individus²⁵. Ce constat trouve un écho singulier en matière de contraintes présentant une origine économique²⁶.

145. Marqué par le rapport de subordination du salarié à l'employeur, le droit du travail a montré que l'on ne pouvait se contenter du seul constat d'une situation de contrainte économique, à peine de jeter l'opprobre sur l'ensemble des conventions signées par l'ouvrier²⁷. Toutefois, dans une affaire où l'employeur ne s'était pas borné à profiter de l'état de nécessité du salarié, mais en avait de plus véritablement abusé pour lui imposer une poursuite de son activité dans des conditions draconiennes, la Cour de cassation avait considéré que le consentement du salarié était vicié²⁸. Les termes de la décision ne consacraient certes pas la notion de « violence économique », les hauts magistrats étant parvenus à leurs fins par le truchement de la violence morale identifiée à l'empire d'une contrainte irrésistible constitutive de la violence. Toujours est-il que chambre sociale posait

²⁴ Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, Paris, 13^e éd., 2014, n°205 et s.

²⁵ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, *op. cit.*, p. 568, n°486.

²⁶ Y.-M. LAITHIER, « Remarques sur les conditions de la violence économique (suite et fin) ». LPA 2004, n°234, p. 5, « autant l'illégitimité de la violence physique est évidente, autant l'illégitimité de la violence économique est débattue. Comment en serait-il autrement à propos d'une question qui n'est autre que celle de l'étendue de la protection de la partie en situation de faiblesse dans un régime libéral ? »

²⁷ Voir *supra*, Cass. civ. 12 décembre 1853, *DP* 1854, 1, p. 20.

²⁸ Cass. soc. 5 juillet 1965, *Bull. civ.* IV, n°545.

les bases d'une définition de la violence économique²⁹, préfigurant la position adoptée par la première chambre civile moins d'un demi-siècle plus tard³⁰.

146. Le 3 avril 2002, la Cour de cassation précisa en effet les éléments constitutifs du vice de violence économique, en jugeant 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* »³¹. Par cette définition, la Cour de cassation opère une synthèse entre l'actualisation des éléments tenant au contexte de la violence, la dépendance économique, et la démonstration de son illégitimité à travers la référence à l'exploitation abusive. La réforme du droit des contrats fait de même en affirmant, dans l'article 1143 du Code civil, qu'il y a violence « *lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, 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* ». Somme toute, « *les données psychologiques et les données morales concordent (...). Psychologiquement la contrainte résultant des événements altère la liberté du consentement, tout autant que celle qui provient d'une initiative humaine. 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* »³². Pourtant, derrière l'apparente harmonie de la solution, la satisfaction des critères désormais posés par la Cour de cassation reste en pratique rarement établie, au point que « *si la conception de la violence économique est ainsi utilement précisée, la singularité du vice est en revanche neutralisée par sa soumission aux exigences du droit commun* »³³.

²⁹ G. LOISEAU, « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 584.

³⁰ J. MOULY, « Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique ». in *Mélanges Lambois*, PU Limoges, 2004, p. 381. L'auteur ne manque pas l'occasion d'indiquer que « *le droit civil a pu ici puiser aux sources du droit du travail* », mais rien ne permet d'établir avec certitude, et de manière rétrospective, ce lien de parenté.

³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, n°00-12932 ; *D.* 2002, p. 1860-1865, note J.-P. CHAZAL et J.-P. GRIDEL ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Deffrénois* 2002, p. 1246, obs. É. SAVAUX ; G. LOISEAU, *op. cit.*, p. 26.

³² J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°224.

³³ G. LOISEAU, *op. cit.*, p. 27.

2. L'expansion du vice de violence économique entravée par une appréciation restrictive de l'abus de situation

147. Le faible développement que connaît aujourd'hui la violence économique en droit commun tient, pour l'essentiel, au traitement dont certains de ces éléments constitutifs font l'objet. Là où, jusqu'à présent³⁴, 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.

Nul ne songe à mettre en doute la pertinence de la référence à l'abus de situation. Pour reprendre les mots de Josserand, « ce n'est pas parce que des contractants présentent une disparité manifeste de puissance économique que la partie économiquement faible doit être nécessairement protégée (...). Seul l'abus que fait un contractant de sa puissance économique est condamnable »³⁵. L'interrogation porte donc moins sur la nécessité d'un abus que sur la manière dont il doit être apprécié³⁶. Ce point, au demeurant essentiel, a suffisamment été débattu³⁷ et les débats eux-mêmes récapitulés³⁸, pour que l'on s'autorise à résumer la controverse en quelques mots. Selon Josserand, l'abus désigne ainsi l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité³⁹, alors que pour Ripert l'abus ne peut être caractérisé

³⁴ Le Professeur Klein fait justement remarquer que, contrairement à l'article 1130 du projet de réforme du droit des contrats 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 contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* », la violence économique de l'article 1143 renvoie à « *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* », J. KLEIN, *op. cit.*, p. 18. La rédaction de l'article 1143 « *apparaît d'autant plus contreproductive qu'en matière de violence économique, c'est moins souvent la conclusion du contrat elle-même mais bien ses conditions qui risquent d'être illégitimement imposées au contractant. Le cantonnement de l'abus de faiblesse à la seule hypothèse où le contrat n'aurait pas été conclu doit donc être supprimée* ».

³⁵ L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats ». *RTD civ.* 1937, p. 1.

³⁶ Pour de stimulantes controverses sur la théorie de l'abus de droit voir : L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, Paris, 1927 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e édition, 1949 ; H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits ». *RTD civ.* 1928, p. 365 ; A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés ». *RTD civ.* 1944, p. 1.

³⁷ J. GHESTIN, « L'abus dans les contrats ». *Gaz. pal.* 1981, doctr., p. 379 et note sous Ass. plén. 1^{er} décembre 1995. *JCP.* 1996, II, 22565.

³⁸ Ch. JAMIN, « Typologie des théories juridiques de l'abus ». *RCC* 1996, n°92, p. 7.

³⁹ L. JOSSERAND, *op. cit.*, n°292.

que par l'intention de nuire⁴⁰. La première thèse met l'accent sur la fonction sociale du droit subjectif, nous parlerons de l'abus objectif ; la seconde s'attache davantage au caractère moral de l'usage qui en est fait, c'est l'abus subjectif.

La jurisprudence de la Cour de cassation témoigne du parti pris en faveur de l'analyse développée par le Doyen Ripert, y compris en droit du travail⁴¹, mais ce positionnement en faveur de l'abus subjectif paraît critiquable à bien des égards (a). Une qualification objective de l'abus permettrait de redonner un peu d'attrait à l'utilisation du vice de violence économique, sans pour autant sacrifier aux exigences du Code civil (b).

a. Les limites de la conception subjective

148. Pour bien comprendre les limites de la conception subjective de l'abus de situation, il faut partir des termes de l'ancien article 1109 du Code civil. C'est précisément sur cette disposition que se fondent certains commentateurs pour approuver le recours de la Cour de cassation à l'intention de nuire⁴². Ils considèrent en effet que l'illégitimité qui s'évince du terme « *extorqué* » appelle la commission d'une faute : « *l'illégitimité renvoie à la commission d'une faute. Le délit ne consiste pas à exercer une contrainte afin d'arracher un accord profitable. C'est le fait d'extorquer le consentement en usant de méthodes ou de moyens impropres qui est répréhensible. En d'autres termes, c'est le caractère correct ou incorrect de la "conduite" du défendeur qui permet de conclure à la légitimité ou à l'illégitimité de la contrainte* »⁴³.

⁴⁰ G. RIPERT, *op. cit.*, n°95.

⁴¹ À propos de l'irrégularité d'une rupture conventionnelle conclue concomitamment à des faits de harcèlement moral, Cass. soc. 30 janvier 2013, *Bull. civ.* V, n°24, *RDT* 2013, p. 258, obs. F. TAQUET ; *JCP E* 2013, 1236, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *RDC* 2013, p. 879, note É. SAVAUX, considérant toutefois que la chambre sociale n'a pas pris soin de vérifier, conformément à la définition traditionnelle de la violence économique, « *si la crainte suscitée par la menace [avait] été déterminante du consentement* ».

⁴² Y.-M. LAITHIER, « Remarques sur les conditions de la violence économique (suite et fin) ». *LPA* 2004, n°234, p. 5 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? ». *RCC* 1996, n°92, p. 15.

⁴³ Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 9.

149. Le contrat n'étant pas encore formé, il faut bien admettre que l'appréciation de la faute se fera sur le terrain délictuel où deux catégories se côtoient⁴⁴ : la faute intentionnelle et la faute non-intentionnelle. Avec la première, la volonté de l'auteur porte aussi bien sur l'accomplissement de l'acte que sur la nuisance qui doit en découler⁴⁵. Dans la seconde, le comportement de son auteur relève davantage de la maladresse, de l'imprudence ou encore de la négligence, sans que l'individu ait manifesté une intention de nuire⁴⁶. La faute non-intentionnelle ne semble pas devoir prospérer sur le terrain de l'abus de situation de dépendance économique. On peut difficilement imaginer que le contractant en position de force tire malgré lui, ou sans en avoir l'intention, un profit excessif de la vulnérabilité dans laquelle se trouve l'autre partie. Il faut alors se tourner vers la faute intentionnelle. C'est donc apparemment sous les auspices d'une logique imparable que la Cour de cassation subordonne la qualification de violence économique à la preuve d'une intention de nuire.

150. La position de la haute juridiction est-elle pour autant à l'abri de toute contestation ? Nous ne le pensons pas. La solution prête le flanc à la critique à la fois par ses conséquences pratiques et ses fondements théoriques. Au plan pratique tout d'abord, - et même si la simple situation de faiblesse ne doit pas justifier en elle-même, en droit commun, une protection⁴⁷ - la preuve d'une intention de nuire est extrêmement délicate à établir. 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 trouve⁴⁸. En témoigne le rejet de la violence économique dans cette célèbre affaire où une salariée avait cédé ses droits d'auteur sur un dictionnaire pour un montant de 30 000 francs, tandis que de son côté, la maison d'édition qui l'employait avait

⁴⁴ J. ROVINSKI, *Le vice contractuel de violence dans le droit moderne des contrats*, thèse Aix, 1987, n°180, « le fondement de la violence contractuelle, pour être exact, doit révéler sa double nature : vices du consentement, délit civil » ; voir également M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique en droit ». *LPA* 2004, n°120, p. 13, qui, à la suite de l'arrêt rendu le 30 mai 2000 (n° 98-15242), relève que « la première chambre civile de la Cour de cassation décide, en soumettant la sanction du déséquilibre économique à la qualification du vice de violence, que cette sanction ne peut intervenir sans la démonstration d'un élément délictuel ».

⁴⁵ Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, Paris, 13^e éd., 2014, n°587.

⁴⁶ Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *op. cit.*, p. 469, n°592.

⁴⁷ J. KLEIN, « Le consentement – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 18 ; *contra*, S. LE GAC-PECH, « Bâtir un droit des contractants vulnérables ». *RTD civ.* 2014, p. 581.

⁴⁸ J.-P. CHAZAL, « Violence économique ou abus de faiblesse ? ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 47 ; *contra* H. BARBIER, « Le vice du consentement pour cause de violence économique ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 50.

réalisé d'importants bénéfices sans commune mesure avec la somme octroyée à l'auteur⁴⁹. La conjonction de cette disparité financière et de l'état de dépendance économique dans lequel la salariée se trouvait ne suffirent pas à emporter la qualification de la violence économique. Sur la base de la définition posée par la Cour de cassation, le demandeur n'aurait pu obtenir satisfaction qu'à la condition de prouver que l'employeur avait réellement envisagé le licenciement et en ait menacé personnellement la salariée⁵⁰.

151. Au plan théorique ensuite, la solution n'est pas moins exempte de reproches. S'il ne fait guère de doute que la faute non-intentionnelle s'ajuste mal à la qualification de l'abus de situation, la faute intentionnelle n'y est pas davantage adaptée. En matière de fixation unilatérale du prix, les Professeurs Dominique Bureau et Nicolas Molfessis n'ont ainsi pas manqué de signaler que « *ce n'est pas l'intention de nuire qui caractérise l'abus car le contractant qui fixe le prix pensera à lui, avant de souhaiter porter préjudice à son contractant. Aussi faut-il préférer une approche téléologique de l'abus chère à Josserand* »⁵¹. Ce point de vue peut parfaitement être transposé au cas de l'abus de situation. Le déséquilibre de la convention qui en résulte provient d'abord, et surtout, de la volonté du dominant de privilégier ses intérêts ; partant, l'intention de nuire s'avère des plus incertaines. L'ensemble de ces arguments conduit à penser que le ralliement de la Cour de cassation à la thèse de l'abus subjectif est décidément inopportun⁵². Pour achever de s'en convaincre, il nous reste à constater que le recours à l'abus objectif permettrait de faciliter l'expansion de la violence économique, tout en restant fidèle aux dispositions du Code civil.

b. Le ressort de la conception objective

152. Le terme « *extorqué* » mentionné à l'ancien article 1109 du Code civil implique moins l'exigence d'une faute que la mise en évidence du caractère illégitime de la contrainte

⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, n°00-12932.

⁵⁰ G. LOISEAU, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique ». *Dr. et patr.* 2002, p. 29.

⁵¹ 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, cités par M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 14.

⁵² *Contra*, et à propos de l'article 1143 du projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie se référant à l'abus de « l'état de nécessité », J. KLEIN, *op. cit.*, p. 18, estimant que « *si la jurisprudence relative à l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique doit être consacrée, et éventuellement étendue à d'autres types de dépendance (psychique, liées à un état de santé, à l'âge...), la notion d'état de nécessité, imprécise et potentiellement extrêmement large, doit être effacée* ».

exercée. Du reste, le nouvel article 1140 opte pour une formulation plus neutre et dispose qu'« *il y a violence 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* ». On peut concevoir que dans l'hypothèse d'une « violence violente », un consentement extorqué se traduise quasi nécessairement par la commission d'une faute. En revanche, en matière de violence économique, l'illégitimité de l'exploitation du dominé par le dominant ne conduit pas systématiquement à la commission d'une faute.

153. L'illégitimité révélée par l'abus peut parfaitement se déduire de la combinaison d'une situation de dépendance économique et de l'avantage excessif qui en est retiré⁵³ ; il n'est nullement nécessaire d'exiger en sus la caractérisation d'une faute⁵⁴. Celle-ci peut intervenir de façon incidente, si, par son attitude la partie forte manifeste une intention de nuire ou une négligence⁵⁵. En d'autres termes, la faute reste une conséquence éventuelle du comportement de l'auteur de la violence économique mais en aucun cas un critère nécessaire à sa qualification. De plus, la rédaction du nouvel article 1143 nous semble aller dans le bon sens en autorisant une lecture objective de l'abus. Celui-ci dispose, nous l'avons vu, qu'il y a également violence « *lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, 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'usage du participe présent pourrait ainsi le juge à retenir l'existence d'un abus en présence d'un engagement contraint dont l'une des parties tire un avantage manifestement excessif. Ne pourrait-on pas alors considérer que cette contrainte renvoie simplement à l'état de dépendance contemporain de l'échange des consentements ? Au total, le recours à l'abus objectif ne méconnaîtrait donc ni la lettre, ni l'esprit du Code civil⁵⁶, et il aurait de plus le mérite d'ouvrir plus largement les cas

⁵³ Ce qui n'empêcherait pas « *l'auteur de la violence, qui entend faire écarter la nullité, de démontrer en quoi, en l'espèce, le déséquilibre ne permet pas de caractériser l'illégitimité, par exemple, en montrant qu'au-delà de l'absence d'équivalence entre les prestations réciproques, il assume tous les risques financiers de l'opération* », Y.-M. LAITHIER, « Remarques sur les conditions de la violence économique (suite et fin) ». *LPA* 2004, n°234, p. 5.

⁵⁴ « *Tout compte fait, l'avantage excessif, le profit confisqué du contrat portent ainsi en eux-mêmes l'empreinte de l'abus* », G. LOISEAU, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁵ Cass. Soc. 8 novembre 1984, *Bull. civ.* V, n°423.

⁵⁶ Voir les mots de Napoléon : « *il n'y a pas de contrat de vente lorsque l'on ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'on donne, quand la séduction des passions ou le besoin ont déterminé un propriétaire à céder sa chose pour rien. Peut-il être dans les principes de la justice civile de sanctionner un acte par lequel un individu sacrifie dans un moment de folie l'héritage de ses pères et le patrimoine de ses enfants à l'emportement de la passion ? S'il a cédé au besoin, pourquoi la loi ne prendrait-elle pas la défense du pauvre opprimé contre l'homme riche, qui, pour le dépouiller, abuse de l'occasion et de sa fortune ?* », J.-G. LOCRÉ, *La législation civile*,

d'admission de la violence économique en autorisant une appréciation quantitative de l'abus de situation. Il permettrait enfin de supprimer une distorsion inique entre droit commun et droit de la concurrence, lequel, en se satisfaisant de la constatation d'un déséquilibre de la convention pour retenir l'abus de situation dominante⁵⁷, instaure pour les entreprises un régime plus favorable que celui auquel se trouve aujourd'hui soumis les non-commerçants⁵⁸.

154. En dépit de ces nombreux atouts, la référence à l'abus objectif dans la violence économique a ses détracteurs. La portée des arguments avancés en faveur de son rejet nous paraît cependant limitée. Certains font valoir, d'une part, que le renvoi à l'équilibre des conventions serait facteur d'insécurité juridique. Or, les exemples des droits de la consommation et de la concurrence sont là pour nous rassurer. Tous deux recourent explicitement à la notion de déséquilibre significatif⁵⁹, sans que dans ces deux disciplines le juge ne menace la stabilité des conventions nécessaire à la vie des affaires. Du reste, et surtout, peut-on sérieusement affirmer que l'abus subjectif ignore toute évaluation substantielle du contrat ? Il semble bien que non, dans la mesure où l'abus subjectif aura vraisemblablement en pratique une traduction objective⁶⁰.

155. D'autre part, il est des auteurs craignant que la sanction de la violence économique sur un fondement objectif bouleverse la théorie des vices du consentement. Elle pourrait ainsi conduire à la formation d'un vice général de lésion dès l'instant où le déséquilibre

commerciale et criminelle de la France, Treuttel et Würtz, Paris, 1827-1832, tome 14, p. 90-91, cité par F. CHÉNEDÉ, « Napoléon Bonaparte, lésion et violence ». *RDC* 2014, p. 527.

⁵⁷ Voir *infra*, *Une élimination des pratiques restrictives de concurrence dynamisée par la sanction du « déséquilibre significatif »*, n°222 et s.

⁵⁸ Voir M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique en droit ». *LPA* 2004, n°120, p. 16 : « en droit de la concurrence en revanche, il suffit qu'une entreprise qui dispose d'une puissance économique supérieure à celle de son contractant conclue avec celui-ci un contrat jugé déséquilibré pour qu'un abus de dépendance économique soit constitué et une forme de violence économique ainsi sanctionnée. Il n'est pas logique d'être plus exigeant quant aux critères applicables en cette matière pour une personne civile que pour un opérateur économique ».

⁵⁹ L'article L. 420-2 du Code de la consommation considère que « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». De son côté, l'article L. 442-6 I. 2 du Code de commerce condamne au paiement de dommages-intérêts « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers » qui soumet ou tente de soumettre « un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

⁶⁰ A. COURET, « Le maniement par le juge de la théorie de l'abus dans la fixation du prix ». *RCC* 1996, n°92, p. 30. Monsieur Grégoire LOISEAU constate à son tour que « l'appréciation d'une violence économique s'opère moins en considération de l'acte de déloyauté in se et per se que dans son résultat sur l'économie du contrat et sur son équilibre. L'abus est en effet indissociable du profit indûment retiré, c'est-à-dire l'avantage excessif que son auteur s'octroie en exploitant l'État de son cocontractant », *op. cit.*, p. 28.

économique est perçu, non comme un indice, mais comme la preuve de l'exploitation du cocontractant⁶¹. L'observation des droits spéciaux précités démontre là encore le contraire. De surcroît, tous les déséquilibres n'appelleraient pas la nullité de l'acte. Tout d'abord, seuls ceux qui s'avéreraient manifestes emporteraient la condamnation ; ensuite, la mise en évidence d'une situation de dépendance ou d'inégalité de puissance économique demeurera un préalable incontournable avant tout examen du contenu de la convention, à l'image de ce qu'envisageait le Rapport Terré en son article 66⁶². Le spectre d'un vice général de lésion ne doit donc pas être craint et l'abus objectif peut parfaitement permettre l'identification de l'abus de situation de dépendance.

156. Au sortir de ces développements, on perçoit aisément les difficultés rencontrées par la violence économique pour s'échapper de son pré-carré. Cependant, même si l'efficacité du mécanisme se trouvait renforcée par une réorientation de la jurisprudence en direction d'une appréciation objective de l'abus de situation, l'avancée ainsi réalisée ne rendrait pas pour autant inutile cette acception de la dépendance économique. Il suffit pour s'en persuader d'observer l'insuffisance des sanctions attachées à la violence économique.

B. L'insuffisance des sanctions attachées à la violence économique

157. Ceux qui seraient tentés de voir dans la promotion de la dépendance économique l'essor d'un concept surabondant pourraient avancer que le cantonnement du domaine de la violence économique n'est pas gravé dans le marbre ; et de souligner qu'à la faveur d'une objectivation de l'abus de situation, celle-ci se verrait en mesure de conquérir de nouveaux territoires sous la bannière d'une reconnaissance affirmée des contraintes économiques au sein de la théorie

⁶¹ Pour une présentation de ces craintes M. BOIZARD, *op. cit.*, p. 9.

⁶² « (...) 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 », F. TERRÉ, (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz, Paris, 2009 ; dans le même sens, voir également l'article 4.109 des Principes du droit européen des contrats, disposant qu'« une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat, (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation, (b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif ».

générale de l'acte juridique. On parviendrait ainsi à une représentation plus juste de la volonté dans la formation des engagements volontaires, tout en faisant l'économie d'une notion nouvelle à l'avenir incertain. Aussi stimulante qu'elle puisse paraître, cette orientation doit être écartée, et ce, pour au moins quatre raisons.

158. Premièrement, raisonner ainsi conduirait à enterrer le concept de dépendance économique alors même que celui-ci encourage une action régulatrice qui, loin de se borner à la formation du contrat, embrasse également ses effets.

159. Deuxièmement, et l'objection est essentielle, la violence économique, fut-elle assortie de dommages-intérêts *via* la responsabilité délictuelle, demeurera toujours, du moins en l'état actuel du Code civil, associée à un vice du consentement. À ce titre, elle revêt les habits d'une manifestation pathologique du consentement qu'il appartient au Droit de faire disparaître. Cette physionomie de la contrainte n'est pas exactement celle retenue par la dépendance économique telle que nous l'entendons et qui, sans sacrifier à son ambition correctrice, suggère une restriction du libre arbitre qui ne se limite pas aux actes viciés. En d'autres termes, la contrainte y est appréhendée sous les traits d'une composante inhérente à toute une série d'engagements dont il ne viendrait à l'esprit de personne de mettre en cause la validité⁶³.

160. Troisièmement, la Cour de cassation ne semble pas prête à abandonner l'intention de nuire dans la caractérisation de l'abus d'une situation. Décider du contraire pourrait en effet conduire à faire peser une épée de Damoclès sur tous les contrats déséquilibrés conclus avec une partie en état de dépendance. Or, même s'il s'agit là d'une hypothèse finalement assez proche des orientations que nous appelons de nos vœux, ni le législateur, ni les hauts magistrats, ni la doctrine ne semblent pressés de consacrer un vice général de lésion⁶⁴.

161. Enfin quatrièmement, à supposer que les objections qui viennent d'être formulées n'emportent pas la conviction, il reste à évoquer un argument à notre sens décisif. Quand bien même, à la faveur des suggestions doctrinales plaidant pour une objectivation de l'abus de situation, on entreprendrait de faire de la violence économique le parangon du traitement des

⁶³ Voir D. HIEZ, « À propos des *life time contracts* ». *RTD civ.* 2014, p. 817.

⁶⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°302 et s., spé. n°313.

actes juridiques formés sous la contrainte, la réalisation de cet objectif viendrait en grande partie buter sur l'insuffisance des sanctions accompagnant ce vice du consentement.

Situées à la fois sur le terrain de la nullité et de la responsabilité délictuelle, les sanctions attachées à la violence économique font preuve d'une ubiquité certaine. Il n'en demeure pas moins que ni le recours à la nullité (1) ni la mobilisation de la responsabilité civile délictuelle (2) ne semblent aptes à lutter efficacement contre les effets de la dépendance économique.

1. L'inopportunité du choix de la nullité en matière de dépendance économique

162. La nullité s'entend de la « sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond, qui consiste dans l'anéantissement de l'acte »⁶⁵. Aussi la violence économique ouvre-t-elle une action en nullité au profit et à la discrétion de la partie qui en est victime⁶⁶. La violence supposant une altération du consentement synonyme d'entrave à la liberté de ne pas contracter, la nullité relative constitue un remède satisfaisant pour le contractant au consentement extorqué et qui souhaite recouvrer les marges de manœuvre qui étaient les siennes antérieurement aux agissements fautifs⁶⁷.

Il n'est malheureusement pas certain qu'une telle sanction soit d'un grand secours pour la partie en état de dépendance économique dont le libre arbitre originel est compromis. À l'inverse de ce qui semble être vrai pour la violence économique, la nullité ne signifie pas ici le retour à une volonté purgée de toute contrainte. L'acte juridique peut bien être réputé n'avoir jamais existé, le besoin lui devra toujours être satisfait et la qualité des offres permettant d'y parvenir ne s'en trouvera pas pour autant améliorée. Le recours à la nullité traduit ainsi une méconnaissance de la situation de dépendance d'un individu à l'égard d'un acte juridique (a). Cette opinion trouve confirmation dans la mobilisation parcimonieuse que le droit du travail fait de la nullité (b).

a. Une méconnaissance de la dépendance à l'acte juridique

⁶⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013, p. 622.

⁶⁶ L'article 1113 du Code civil dispose que « la violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants ».

⁶⁷ Hormis lorsque l'un de ses éléments constitutifs s'identifie à un état de nécessité, ce qui n'est toutefois pas l'hypothèse la plus fréquemment retenue, voir Cass. civ. 12 décembre 1853, *DP* 1854, 1, p. 20.

163. La méfiance suscitée par les effets de la nullité, tant à l'égard des engagements affectés par un vice de forme que pour ceux entachés d'une irrégularité de fond, repose sur la crainte d'une sorte « d'effet boomerang » par lequel le titulaire de l'action en annulation verrait celle-ci se retourner contre ses propres intérêts. Il est vrai que dans certains cas la dimension *intuitu personae* du contrat s'effrite⁶⁸ au profit d'une appréhension des actes juridiques en tant qu'éléments à part entière du patrimoine⁶⁹. Partant, l'attribution à l'entité contractuelle d'une valeur patrimoniale souvent considérable pousse à lui accorder une protection juridique renforcée⁷⁰, notamment en substituant à la nullité d'autres sanctions telles que la modification conventionnelle, la suspension ou encore la cession de contrat⁷¹.

164. Certains tenteront de sauver la nullité en insistant sur la technique de la nullité partielle qui offre à première vue d'intéressantes perspectives de maintien d'un acte dont les stipulations litigieuses auraient été évincées⁷². On peut rapidement être tenté de souscrire à cette tendance véhiculée par l'ordre public économique⁷³, en y voyant le ferment d'un certain équilibre contractuel. Néanmoins, le recours à la nullité partielle ne va pas sans soulever quelques objections. Tout d'abord, il reste subordonné à une divisibilité du contrat, ce qui est loin de se vérifier systématiquement⁷⁴. Dans le même sens, la nullité partielle ne peut avoir pour effet de réputer non-écrite une clause déterminante, qualité sur laquelle il peut être

⁶⁸ « (...) le créancier et le débiteur, ne sont plus que les représentants juridiques de leurs biens. Cela ne veut pas dire que l'obligation cesse d'être un rapport entre personnes ; mais simplement que l'individualité de ces personnes est désormais indifférente pour l'existence du rapport, que le créancier ou le débiteur peuvent changer sans que la créance soit éteinte ou modifiée », J. GAUDEMET, D. MAZEAUD, H. DESBOIS, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, Paris, 2004, p. 13.

⁶⁹ Le patrimoine vise ici « l'ensemble des biens qui appartiennent à une personne et [avec lesquels elle] réglera les dettes contractées envers autrui. Ainsi le patrimoine apparaît-il ni plus ni moins que comme l'avoir légitime d'une personne physique ou morale », A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine ». *RTD civ.* 1994, p. 801.

⁷⁰ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français » in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, Journées René Savatier, PUF, Paris, 1986, p. 41.

⁷¹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats ». *RTD civ.* 1997, p. 363.

⁷² Ainsi à propos de la réduction d'une clause de non-concurrence Cass. soc. 21 mars 1978, *Bull. civ.* V, n° 216.

⁷³ « Nullité partielle selon les uns, correction pour les autres, sont souvent les traits dominants des nouvelles orientations de l'ordre public économique, qui tend à préserver le contrat en corrigeant son contenu », J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux, Presses universitaires Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1998, n°129.

⁷⁴ G. COUTURIER, « La théorie des nullités dans la jurisprudence sociale de la Cour de cassation ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 281.

difficile de s'accorder⁷⁵. Ensuite, la nullité partielle peut inciter la partie indélicat à insérer des clauses illicites au regard du faible risque que constitue leur éventuelle annulation⁷⁶, en particulier face à des contractants profanes souvent réticents aux procédures contentieuses. Enfin, nous ne sommes guère convaincus de ce que la nullité partielle d'un acte juridique puisse être obtenue sur le fondement de la violence en général, et de la violence économique en particulier. Dans la mesure où celle-ci altère les qualités du consentement d'un individu dans son ensemble, dissocier au sein de la convention viciée les stipulations extorquées par la contrainte de celles qui auraient pu être acceptées paraît peu réalisable. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si en droit commun la nullité partielle reste généralement rattachée à la cause⁷⁷, ou à la théorie de l'offre et de l'acceptation⁷⁸.

165. L'inopportunité de la nullité se manifeste avec force lorsque le maintien de l'acte juridique est nécessaire à la satisfaction d'un besoin. Dans cette dernière hypothèse, il est clair que la nullité ne peut être vue que comme une sanction inadaptée tant l'utilité que son titulaire tire de la convention paralyse l'exercice du droit dont il bénéficie⁷⁹. La dépendance économique traduit dans le même temps une dépendance à l'acte juridique⁸⁰, et en l'absence de solution de remplacement son annulation ne présente guère d'utilité. De plus, les contraintes de fait qui président à la souscription de l'engagement ne disparaissent pas une fois le consentement donné ; les besoins demeurent tout autant que la nécessité de les satisfaire. Or, dans une société marquée par la division du travail ce sont les actes juridiques,

⁷⁵ « *L'application des critères classiques de l'étendue de la nullité pose également le problème du destinataire du caractère déterminant ou accessoire de la clause nulle : la clause nulle doit-elle être déterminante pour les deux parties au contrat ou pour une seule et laquelle ?* », C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Nouvelles Bibliothèque de thèses, 2002, tome 19, n°97 et s.

⁷⁶ D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 2003, p. 1091.

⁷⁷ J.-M. GUEGUEN, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle ». *D.* 1999, chron., p. 352.

⁷⁸ Pour rejeter une clause désavantageuse, la jurisprudence s'appuie sur son insertion à un emplacement où la partie à protéger ne pouvait en prendre connaissance, Cass. Civ. 1^{ère}, 13 mai 1979, note J. GHESTIN, *D.* 1980 IR 262.

⁷⁹ C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *op. cit.*, n°41.

⁸⁰ Madame Frison-Roche remarque ainsi que les contrats « *constituent les doubles juridiques des biens économiques* » et ajoute, avec la même clairvoyance, qu'« *il y a répartition entre ce que l'on pourrait appeler la vie juridique de marché, en ce qu'elle est fondée sur la standardisation et la massification des consentements, et la vie juridique aristocratique, en ce qu'elle est fondée sur la singularité et la volonté particulière* ». M.-A. FRISON-ROCHE, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique ». *RTD civ.* 1998, p. 43.

et en particulier les contrats, qui constituent le plus souvent le seul moyen d'y répondre⁸¹. En conséquence, le passage d'une nullité absolue à une nullité relative, que des auteurs ont pourtant pu interpréter comme le signe d'une meilleure prise en compte des intérêts de la partie faible⁸², ne restaure en aucune façon l'attractivité d'une telle sanction⁸³. On pourrait certes soulever que l'état de dépendance économique n'est pas immuable et qu'à la faveur d'une actualisation du contexte économique, l'un des éléments qui le compose trouve à disparaître. Dans ce cas, il est vrai que la nullité regagnerait une certaine utilité, sous réserve d'une part, que l'exécution de l'acte ne soit pas regardée comme son approbation tacite⁸⁴, et que d'autre part, l'heureux retournement de situation intervienne dans un délai de cinq ans à compter de sa conclusion, prescription de la nullité relative oblige. Il s'agit donc là de conditions dont la réunion demeure somme toute très aléatoire, de sorte que la méfiance suscitée par la nullité demeure.

166. Il n'est donc guère étonnant que l'individu ou l'entité en situation de dépendance économique privilégie le maintien de l'acte, fut-il vicié ou déséquilibré, au détriment de son annulation⁸⁵ : ce n'est pas sur ce terrain que la nullité pourra être brandie comme une arme de dissuasion ou mobilisée en tant qu'instrument de réparation⁸⁶. Le droit du travail l'a quant à lui parfaitement compris, faisant un usage parcimonieux de cette sanction.

⁸¹ Monsieur Yannick Pagnerre exprime parfaitement cet état de contrainte que nous tentons de souligner : « dans une perspective macro et microéconomique, de nombreux contrats sont vitaux (au sens premier du terme), que cela ne soit que socialement, comme le contrat de bail d'habitation, économiquement, comme le contrat portant sur un ou plusieurs biens nécessaires à l'exercice d'une activité, ou sur les deux comme le contrat de travail (...). Ce paradigme s'ajoute, dans une société industrielle, à une division du travail poussant les personnes à l'échange et générant une société de consommation qui a permis un développement exponentiel des marchés et des débouchés », Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008, n°408.

⁸² Voir par exemple Ass. plén. 1^{er} décembre 1995, concl. M. JÉOL, *JCP* 1996, II, 22565 : « le choix de la nullité absolue comme sanction, alors que, s'agissant visiblement de protéger la partie économiquement la plus faible, il paraissait plus approprié d'appliquer ici les règles de la nullité relative – ce qui aurait évité, notamment que les parties n'invoquent sans vergogne l'anéantissement complet du contrat à l'occasion de litige n'ayant pas de rapport avec le prix ».

⁸³ « Dans le cas où le droit d'agir est donné à la personne à protéger à l'exclusion des autres, celle-ci s'abstiendra d'user de son droit tant qu'elle n'y a pas intérêt ; mais son intérêt est à ce que le contrat soit modifié et non annulé », M. EL-GAMMAL, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques. Etude comparée de droit civil français et de droit civil de la république Arabe unie*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1967, tome 22, n°466.

⁸⁴ Selon l'article 1115 du Code civil, « un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi ».

⁸⁵ Pour un exemple de désistement de l'action en nullité au profit d'une action en responsabilité consécutive fondée sur la faute précontractuelle de violence, voir Cass. com. 18 février 1997, *Bull. civ.* IV, p. 52, n°59.

⁸⁶ C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *op. cit.*, n°36.

b. Une mobilisation parcimonieuse en droit du travail

167. L'anéantissement d'un acte juridique consécutif au prononcé de son annulation heurte la logique de maintien de la relation de travail⁸⁷. Suspension, modification conventionnelle, cession de contrat, requalification, limitation de la faculté de résiliation sont autant de techniques dont la promotion, par la matière, rejoint aujourd'hui tout un pan de l'évolution contemporaine du droit des contrats attachée à la pérennité de l'engagement⁸⁸. La préférence affichée pour ces instruments, au détriment du recours à la nullité, témoigne de l'attention portée par le droit du travail à la protection de l'intérêt économique des protagonistes à la relation de travail.

168. La dépendance du salarié à son environnement économique n'est pas la seule explication à une mobilisation parcimonieuse de la nullité⁸⁹. On peut par exemple évoquer la requalification-sanction en tant que substitut à la nullité⁹⁰. Le contrat de travail à durée déterminée conclu en méconnaissance des dispositions et des conditions de recours limitativement énumérées par le Code du travail est nul comme tel, mais valable en tant que contrat à durée indéterminée⁹¹. Afin de s'assurer que l'exercice de l'action en requalification répond exclusivement à la protection des intérêts du salarié, seul ce dernier, sous réserve d'une fraude démontrée aux droits de l'AGS⁹², peut s'en prévaloir⁹³. De même, la Cour de cassation est parfois amenée à écarter la nullité au profit de l'absence de cause réelle et sérieuse. Le contentieux de la rupture conventionnelle en fournit une belle illustration, la chambre sociale ayant fait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse

⁸⁷ « La nullité n'est pas un état de l'acte, mais bien une sanction qui doit varier en fonction de l'appréciation qui peut être faite par le juge de son opportunité. Or, annuler un contrat de travail, c'est faire perdre au salarié son emploi et la protection des règles du licenciement », E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail ». *Dr. soc.* 1999, p. 140.

⁸⁸ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français » in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, Journées René Savatier, PUF, Paris, 1986, p. 41.

⁸⁹ G. COUTURIER, « La théorie des nullités dans la jurisprudence sociale de la Cour de cassation ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 278.

⁹⁰ Encore que certains auteurs y perçoivent toujours la traduction d'une nullité aux effets pourtant largement édulcorés, considérant que celle-ci « se manifeste souvent par une requalification qui n'aboutit pas à l'annulation du contrat mais à sa disqualification », S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Existe-il une théorie générale du contrat de travail ? ». *RRJ*, 2003, p. 1985 ; sur la question voir plus largement D. BAUGARD, *La sanction de requalification en droit du travail*, IRJS, Paris 2011, tome 31.

⁹¹ C. trav. art. L. 1245-1 ; voir Cl. ROY-LOUSTAUNAU, « Contrat de travail à durée déterminée : requalification-sanction et sanction ». *Dr. soc.* 2003, p. 465.

⁹² L'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés.

⁹³ Cass. soc. 4 décembre 2002, note R. VATINET, *Dr. soc.* 2003, p. 287.

alors que le consentement de la salariée à la rupture de son contrat de travail avait été vicié par le harcèlement moral de son employeur⁹⁴. À l'occasion de cette décision, le Professeur Savaux faisait d'ailleurs observer que « *du point de vue civil, la transformation de la rupture conventionnelle en licenciement, acte régulier mais pourvu d'autres effets, ressemble à la conversion de l'acte nul, que le code [civil] ne connaît pas (...) mais que certains projets de réforme proposent de consacrer* »⁹⁵.

169. Il ne faudrait toutefois pas en conclure que le droit du travail rejette tout appel à la nullité⁹⁶ ; il est des cas où cette dernière constitue un expédient tout à fait satisfaisant, dès l'instant où elle concourt au maintien de l'acte juridique en sauvegardant ses qualités intrinsèques ou en luttant contre sa disparition. Ainsi, la nullité permet tout d'abord de protéger le lien juridique initial contre les altérations qui seraient imposées par l'employeur. Le terme de « relation de travail » étant amené à épouser l'adaptation de l'entreprise aux circonstances économiques souvent changeantes, cette mise en adéquation pourra se traduire par une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié. Dans l'éventualité où l'employeur entendrait se passer du consentement de son subordonné, ou forcer celui-ci par des manœuvres assimilables à la violence, la décision portant altération des conditions de l'engagement sera frappée de nullité, sans que l'on puisse observer à cette occasion une mobilisation des vices du consentement acclimatée au particularisme travailliste⁹⁷.

170. La nullité dresse ensuite un rempart efficace contre certains licenciements que le droit du travail entend prohiber. Reposant généralement sur une disposition du Code du travail, la nullité concerne les licenciements soumis à autorisation, tels ceux des représentants du personnel, des salariés dont le contrat est suspendu pour maladie professionnelle ou accident du travail⁹⁸. Elle sanctionne également les ruptures de contrat prononcées pour faits de grève ou en considération d'une action en justice du salarié pour non-respect de l'égalité

⁹⁴ Cass. soc. 30 janvier 2013, *Bull. civ.* V, n°24, *RDT* 2013, p. 258, obs. F. TAQUET ; *JCP E* 2013, 1236, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *RDC* 2013, p. 879, note É. SAVAUX.

⁹⁵ É. SAVAUX, *ibidem*.

⁹⁶ Voir P. LOKIEC, *Droit du travail*, tome 1 : *Les relations individuelles de travail*, PUF, Paris, 1^{ère} éd., 2011, p. 304, n°324 et s.

⁹⁷ J.-Y. CHOLEY, « La sanction des vices du consentement en droit du travail ». in *Mélanges Beguet*, Faculté de droit, Toulon, 1985, p. 102, qui relève que « *si la théorie des vices du consentement trouve ici un domaine original d'application, leur sanction sera en revanche moins marquée de particularisme travailliste que lorsqu'il s'agit d'un anéantissement du lien initial* ».

⁹⁸ C. trav. art. L. 1226-13.

professionnelle entre les hommes et les femmes⁹⁹ et pour harcèlement¹⁰⁰. En 2001, la nullité a vu s'élargir son champ d'action à la faveur du désormais célèbre arrêt Clavaud qui considéra comme nul des licenciements pris en violation d'une liberté fondamentale, en l'espèce la liberté d'expression¹⁰¹. S'il est parfois difficile de distinguer les libertés fondamentales des libertés ordinaires¹⁰², l'ouverture ainsi pratiquée ne remet pas en question la physionomie du recours à la nullité en droit du travail. Là encore, il s'agit de protéger l'acte juridique initial contre sa suppression.

171. Ces précisions, loin de contredire l'inopportunité de la nullité en matière de dépendance économique, ne font au contraire que la confirmer. En effet, nous avons eu l'occasion de voir que l'annulation, lorsqu'elle est retenue, se garde bien de porter atteinte à la substance ou à l'existence de l'acte juridique principal et initial. L'insuffisance des sanctions attachées à la violence économique ne se résume d'ailleurs pas à la stigmatisation de la nullité, elle tient également aux illusions suscitées par la mobilisation de la responsabilité civile délictuelle.

2. Les illusions suscitées par la responsabilité délictuelle

172. Les fautes commises au cours de la période précontractuelle revêtent une nature délictuelle¹⁰³. Elles engagent la responsabilité civile de l'individu coupable de manœuvres dolosives¹⁰⁴ ou adoptant un comportement constitutif du vice de violence¹⁰⁵. Récemment, la Cour de cassation a même affirmé que « *l'acquéreur peut invoquer le dol pour conclure*

⁹⁹ C. trav. art. L. 1144-3.

¹⁰⁰ C. trav. art. L. 1153-4.

¹⁰¹ Cass. soc. 28 avril 1988, obs. G. COUTURIER, *Dr. soc.* 1988, p. 430. Voir également J.-M. VERDIER, « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail ». *Dr. soc.* 2001, p. 1035.

¹⁰² P. LOKIEC, « Tenue correcte exigée : des limites à la liberté de se vêtir à sa guise ». *Dr. soc.* 2004, p. 132.

¹⁰³ J. ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse Lyon, 1911 ; D. MAZEAUD, « La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée ». *Dr. et pat.* 1996, p. 44 ; O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel ». *RTD com.* 2004, p. 187. *Comp.* Ch. ATIAS, note sous Cass. com. 18 octobre 1994, *D.* 1995, p. 180, qui remarque pertinemment que « *la faute ouvrant droit à indemnisation a été commise avant la conclusion du contrat. Elle ne découle évidemment pas de son exécution ; elle n'est pas pour autant étrangère à l'accord conclu (...). Le précontractuel ne peut être confondu avec le contractuel ; pourtant il n'est plus tout à fait délictuel* » ; voir également J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse Paris II, 1978, p. 275, n°275, pour lequel la nature délictuelle de la faute est contestable.

¹⁰⁴ Au visa de l'article 1382 du Code civil, la Cour de cassation considère que « *le droit de demander la nullité d'un contrat par application des art. 1116 et 1117 c. civ. n'exclut pas, par la victime des manœuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi* », Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 1975, obs. Ch. GAURY, *D.* 1975, p. 404 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 novembre 1979, obs. J. GHESTIN, *D.* 1980, IR, p. 264.

¹⁰⁵ L'auteur des menaces dont la faute a été caractérisée par les juges du fond peut ainsi être condamné à des dommages-intérêts, Cass. civ. 1^{ère}, 17 juillet 1967, *D.* 1967, p. 509.

seulement à une réduction de prix. En conséquence, viole l'article 1116 du Code civil, la cour d'appel qui, pour rejeter une demande en réduction du prix de la cession, retient que ce type de dédommagement est le privilège de l'action estimatoire »¹⁰⁶. Il importe alors peu que la nullité de l'acte litigieux soit prononcée¹⁰⁷, ou que son maintien soit exigé par la partie victime des agissements fautifs¹⁰⁸. À la faveur de cette action en responsabilité, certains commentateurs n'ont pas manqué de relever avec enthousiasme, essentiellement à propos du dol, l'opportunité d'une indemnisation synonyme de rééquilibrage des conventions¹⁰⁹.

En va-t-il de même pour la violence ? Nous n'en sommes pas convaincus. Le dol et la violence ont certes en commun de vicier le consentement, mais leurs éléments constitutifs réciproques sont différents. En cas de maintien de l'acte conclu sous la contrainte, l'admission de dommages réparables est théoriquement possible (a), mais son montant peut difficilement être synonyme d'un rééquilibrage de l'acte viciée (b).

a. L'admission théorique de dommages réparables en cas de maintien de l'acte vicié

173. Quelle aurait été la situation de la victime si la faute précontractuelle n'avait pas été commise¹¹⁰ ? De la réponse à cette question dépend l'identification des dommages réparables, ou à tout le moins indemnisable. À cet effet, il convient de distinguer deux hypothèses, selon que l'action en responsabilité soit ou non exercée en parallèle de la poursuite d'une annulation de l'acte vicié.

¹⁰⁶ Cass. civ. 3^e 6 juin 2012, n°11-15973, inédit, *RDC* 2012, p. 1180, note Th. GENICON, regrettant l'amalgame entre action en réduction du prix et demande de dommages-intérêts.

¹⁰⁷ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations, tomes 1 et 2*, Sirey, Paris, 1^{re} éd., 1962, n°367.

¹⁰⁸ G. VINEY, obs. sous Cass. com. 18 octobre 1994, *JCP* 1995, I, 3853, p. 265, « que la nullité ait été demandée ou non, qu'elle ait été obtenue ou non, peu importe quant à la recevabilité de l'action fondée sur la manœuvre dolosive ».

¹⁰⁹ « La mise en jeu de la responsabilité de l'auteur du dol conduit alors au rééquilibrage économique du contrat par le biais de la compensation entre la dette de réparation et l'engagement excessif du débiteur », F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°240 ; D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat ». *LPA* 1998, p. 18, n°11.

¹¹⁰ Selon Madame Thibierge-Gelfucci, « la faute précontractuelle commise lors de la conclusion du contrat s'analyse en une connaissance ou en une ignorance illégitime de la cause de nullité du contrat, ou d'un fait viciant le consentement de l'un des deux contractants : la faute est ainsi la faute à l'origine de la malformation du contrat sans laquelle le contrat n'aurait pas été conclu ou l'aurait été à d'autres conditions », C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1992, tome 218, n°91.

174. Dans le premier cas, le Professeur Thibierge-Guelfucci a soigneusement démontré que le préjudice ne découle pas de l'annulation du contrat puisque en pareille situation, on concevrait difficilement que la victime de la faute agisse en nullité si l'anéantissement de l'acte lui causait un dommage¹¹¹. Dans le second cas, sur lequel se porte notre attention, le rééquilibrage d'un acte suppose à l'évidence son maintien. L'admission d'un préjudice apparaît plus problématique, la victime devant s'employer à mettre en avant le caractère excessif du prix acquitté pour en obtenir la réduction par le biais de dommages-intérêts, là où la lésion n'est pas admise¹¹². De plus, il était légitime de se demander s'il n'y avait pas une contradiction à se prétendre lésé par un acte juridique vicié tout en refusant de solliciter son annulation¹¹³.

175. C'est notamment sur ce point que la thèse de Madame Christine Thibierge-Guelfucci apporte un éclairage nouveau. Le préjudice, nous dit-elle, consiste non pas à avoir accepté la conclusion du contrat lui-même, mais à l'avoir fait à des conditions plus onéreuses que celles qui auraient été acceptées en l'absence de faute¹¹⁴. L'argument est particulièrement prégnant en matière de violence économique exercée sur fond de dépendance. La conclusion de l'acte juridique n'y est d'ailleurs pas nécessairement forcée par le comportement du contractant fautif, des circonstances de fait absolument indépendantes de sa volonté peuvent suffire à contraindre l'acceptation de la future victime. Si l'on veut bien se rappeler de ce capitaine d'un navire en perdition, c'est moins l'insistance du commandant du remorqueur que l'imminence du naufrage qui a déterminé la conclusion de la convention d'assistance maritime. Il ne fait alors guère de doute que le préjudice subi par le capitaine découle, non pas de la formation du lien juridique grâce auquel il a malgré tout réussi à sauver sa cargaison, mais de l'abus de situation de dépendance opéré par le commandant. Cet exemple confirme la justesse du raisonnement adopté par Madame Thibierge-Guelfucci, raisonnement qu'il faut mener jusqu'à son terme en considérant que la réparation du préjudice « *ne doit pas compenser l'anéantissement de l'acte mais la perte subie et le gain manqué en raison de cette conclusion* »¹¹⁵.

¹¹¹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *op. cit.*, n°218 et s.

¹¹² G. DURRY, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 1975, *RTD civ.* 1975, p. 537.

¹¹³ Si, tel que l'exprime le Professeur Mazeaud, « *la victime choisit de ne pas remettre en cause le contrat, n'est-ce pas qu'elle trouve avantage à son exécution ?* », D. MAZEAUD, obs. sous Cass. com. 18 octobre 1994, *Deffrénois* 1995, p. 332.

¹¹⁴ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *op. cit.*, n°188 et s.

¹¹⁵ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *op. cit.*, n°214.

b. La perspective incertaine d'une indemnisation synonyme de rééquilibrage

176. La responsabilité précontractuelle ne saurait procurer une réparation ayant pour effet de réputer le contrat formé ou de refuser son annulation¹¹⁶. La jurisprudence a ainsi délaissé la voie de la réparation en nature au profit de l'allocation de dommages-intérêts. Reste à déterminer si cette indemnisation peut ou non conduire à un rééquilibrage des prestations stipulées par la convention viciée.

177. Dans le sillage de la *summa divisio* classique, distinguant la perte subie du gain manqué¹¹⁷, Madame Thibierge-Gelfucci envisage successivement deux cas : le dommage résultant de la conclusion d'un contrat comportant une stipulation préjudiciable¹¹⁸, et le préjudice occasionné par la souscription d'un engagement ne comportant pas la stipulation favorable prévue¹¹⁹. Il semble toutefois que seule la première hypothèse doive être retenue corrélativement à l'indemnisation de l'acte frappé du vice de violence. En effet, contrairement au dol pour lequel les manœuvres du contractant peuvent consister à cacher un défaut ou à vanter l'existence d'une condition favorable s'ajoutant à la valeur du bien ou du service convoité¹²⁰, la coercition générée par la violence ne s'appuie aucunement sur l'attribution mensongère de telle ou telle qualité à l'objet de la convention. Ainsi, le contractant qui la subit ne donne pas son consentement dans l'espoir de réaliser une bonne affaire, il le fait par crainte de subir les conséquences de son refus et en pleine connaissance de cause. Aucune attente légitime n'étant déçue, il convient de limiter le champ de l'indemnisation au dommage résultant de la conclusion du contrat comportant une stipulation préjudiciable.

¹¹⁶ Comme le relève Monsieur Jérôme Huet, « *il apparaît impossible d'aboutir, par le biais détourné de la responsabilité, au même résultat que si [la convention] avait été effectivement conclue. Le respect de la volonté impose d'écarter (...) la réparation en nature* », J. HUET, *op. cit.*, p. 241, n°250 ; voir également Th GENICON, *RDC* 2012, p. 1180, Cass. civ. 3^e 6 juin 2012, soulignant les obstacles et les dangers d'une telle orientation. Il faut cependant relever que dans notre hypothèse, le problème ne se pose pas dans les mêmes termes que dans le cas d'un acte annulé. Celui-ci étant maintenu, on voit mal comment l'on pourrait forcer l'exécution de ce qui s'exécute déjà.

¹¹⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°561 et s.

¹¹⁸ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *op. cit.*, n°225.

¹¹⁹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *op. cit.*, n°226.

¹²⁰ Voir Cass. civ. 1^{re}, 8 mai 1973, *Bull. civ.* I, p. 137, n°153, cité par C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *op. cit.*, p. 142, n°225. À l'occasion de la souscription d'un contrat de prêt, un prêteur laisse croire à l'emprunteur que l'acte est assorti d'une assurance alors que celle-ci n'a pas été souscrite.

178. Sur ce point, Madame Thibierge-Gelfucci estime que la réparation tiendra à la différence entre la prestation acceptée en raison de la faute précontractuelle et la prestation qui aurait été due si le contrat n'avait pas été vicié¹²¹. Si l'appréciation est exacte en matière de dol, l'évaluation du préjudice consécutif à l'abus d'une situation de dépendance relève, selon nous, d'une logique sensiblement différente. Dans l'hypothèse d'un dol, la victime a certes contracté sur la base de manœuvres destinées à emporter son consentement, mais elle l'a fait de son plein gré, persuadée de l'intérêt économique de l'opération. Ce n'est qu'après la découverte des malversations de son partenaire qu'elle prend conscience de l'iniquité de l'acte conclu. En l'absence de dol, on peut éventuellement considérer que la victime aurait consenti à l'engagement¹²² : si X achète un bien à Y, dont le dol l'a convaincu qu'il valait 1000 euros alors que sa valeur était en réalité de 500 euros, la volonté d'acquérir le bien demeurera si le prix d'achat est ramené à son juste prix¹²³. C'est bien parce qu'il y a une continuité de volonté dans la formation de l'acte que Madame Thibierge-Gelfucci peut proposer une indemnisation du préjudice subi synonyme de rééquilibrage des prestations¹²⁴.

179. Dans le cas de la violence, la démarche à adopter n'est pas identique. Tout comme pour le dol, il convient certes de s'interroger sur la situation qui aurait été celle de la victime si la faute n'avait pas été commise. Néanmoins, lorsque l'on évoque la violence, on songe d'ordinaire à un acte de contrainte destiné à forcer le consentement de l'individu ; aucune manœuvre ne porte sur le bien ou le service acquis, ni pour en exagérer les qualités, ni pour en occulter les défauts, la victime pouvant d'ailleurs ne pas ignorer le déséquilibre de l'acte¹²⁵. Il semble ainsi n'exister aucune volonté initiale de souscrire l'engagement litigieux dans la mesure où le contractant a vu son consentement extorqué. Contrairement au dol, on peut donc difficilement raisonner à partir de l'affirmation que l'acte aurait été conclu ; ce serait ignorer

¹²¹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *op. cit.*, n°225.

¹²² Le fait que la victime refuse l'annulation de l'acte témoigne de l'intérêt qu'elle continue de porter au bien ou au service qui en est l'objet.

¹²³ Réserve faite de l'hypothèse où la valeur accordée à un bien et proportionnelle au prix qui en est demandé.

¹²⁴ *Contra*, É. SAVAUX, « Résister à l'absorption du dol par la responsabilité ». *RDC* 2013, p. 1201, pour qui « *il ne faut pas confondre cette indemnité de perte de chance avec une réduction partielle du prix. La diminution de la contrepartie pécuniaire considère comme un fait acquis que si la réalité de la situation avait été connue, l'intéressé aurait conclu à des conditions différentes* » ; dans le même sens Y. LEQUETTE, « Responsabilité civile versus vices du consentement ». in *Mélanges Payet*, Dalloz, 2012, p. 363.

¹²⁵ « *La violence atteint le consentement dans son élément de liberté : intellectuellement, la victime perçoit très bien qu'elle conclut un "mauvais contrat" ; elle s'y résout cependant, afin d'échapper à un mal plus grave dont elle est menacée pour le cas où elle refuserait de s'engager* », J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°216.

les incertitudes pesant sur le lien de causalité¹²⁶. Est-ce à dire que toute indemnisation doit être rejetée ? Nous ne le pensons pas, tout dépend des circonstances dans lesquelles l'abus de dépendance intervient, selon que la violence réside dans l'exploitation d'un état de nécessité (α) ou se traduise par une contrainte économique (β).

α . Violence et exploitation d'un état de nécessité

180. Prenons à nouveau l'exemple d'un navire en perdition dont la cargaison est menacée par la tempête. Il est difficile de prétendre que son capitaine n'avait pas la volonté de souscrire la convention d'assistance maritime. C'était la seule possibilité raisonnable au regard de l'état de nécessité qui pesait sur lui, si bien que l'obstacle tenant à l'absence de volonté initiale de contracter disparaît. En l'absence de violence consistant à profiter d'un état de dépendance pour fixer un prix excessif, il est certain que le capitaine en état de nécessité aurait conclu la convention. Partant, on peut tout à fait entrevoir ici la perspective d'une indemnisation synonyme du rééquilibrage décrit plus haut.

181. On nuancera toutefois quelque peu cette affirmation en soulignant que, dans la mesure où la responsabilité n'engendre aucun droit à modification de l'acte et se limite à l'allocation de dommages-intérêts¹²⁷, il n'est pas certain que cette dernière puisse systématiquement engendrer une équivalence des prestations s'agissant des contrats à exécution successive et à durée indéterminée dont la durée est par définition inconnue¹²⁸.

182. Il faut de plus regretter que toutes les formes d'exploitation économique d'une situation de dépendance ne puissent bénéficier d'un tel rééquilibrage, et ce, en raison d'une appréciation restrictive de l'absence d'alternative satisfaisante générée par un état de nécessité. Dans le cas du navire ballotté par les flots, la violence économique ne procédait pas

¹²⁶ « L'existence d'un lien de causalité entre le dommage final et la faute est certaine lorsqu'est constatée une différence évidente entre l'objet recherché par le contrat et l'objet obtenu. Ainsi, peut-il être considéré avec certitude que la victime aurait agi autrement si la faute n'avait pas été commise. Mais dans toutes les autres situations, qui sont les plus nombreuses, l'évidence est moins certaine et le lien de causalité plus distendu », C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Nouvelles Bibliothèque de thèses, 2002, tome 19, n°202.

¹²⁷ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *op. cit.*, n°225.

¹²⁸ Quel indemnisation verser en compensation d'un contrat de distribution à durée indéterminée et au titre duquel un producteur de biens manufacturés céderait ses marchandises pour un prix inférieur d'un tiers à celui du marché ? Le calcul serait aisé s'agissant de contrats instantanés ou à durée déterminée ; en l'espèce, la détermination du montant de l'indemnisation paraît bien difficile, ou à tout le moins divinatoire.

d'un partage des actions envisageables entre la conclusion d'une convention déséquilibrée et la crainte de subir une mesure de rétorsion. Les branches de l'alternative consistaient d'une part, soit à renoncer à protéger la cargaison, soit d'autre part, à accepter un prix excessif en contrepartie de son sauvetage. Or, si l'on veut bien reconnaître que dans une société marquée par la division du travail, quantité d'actes de la vie quotidienne présentent un degré d'urgence et de nécessité qui n'a rien à envier aux préoccupations de ce malheureux capitaine, les déséquilibres qui s'en dégagent n'émeuvent toutefois pas outre mesure la jurisprudence et les observateurs de la violence économique.

183. Pour eux, l'allocation de dommages-intérêts au service d'une révision déguisée des conventions n'est pas à l'ordre du jour, alors même que se nourrir, se vêtir, se loger ou encore communiquer, par exemple, sont des besoins incompressibles de l'individu. Ignorant cet état de nécessité, le constat d'une pluralité d'acteurs économiques susceptibles de combler ses attentes viendra écarter toute idée de dépendance à l'égard d'un contractant en particulier, faisant ainsi disparaître l'un des éléments qualificatifs de la violence économique¹²⁹. Pourtant, ne pourrait-on pas considérer que cette absence d'alternative satisfaisante demeure, face à l'uniformité d'offres commerciales déséquilibrées indispensables à la satisfaction des besoins susmentionnés ? N'a-t-on pas le sentiment qu'il y a là aussi l'occasion, pour tel ou tel contractant détenteur des précieuses ressources, de tirer profit de cette limitation du libre choix ? Il faut donc se résigner à exclure la violence économique pour des actes juridiques à l'intérieur desquels l'introduction d'un peu d'équilibre serait la bienvenue. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si, face à l'insuffisance des dispositifs préventifs déployés par le droit de la concurrence¹³⁰, le gouvernement opte parfois pour des politiques d'encadrement des prix dont la logique n'est pas sans évoquer la philosophie attachée à l'ordre public économique que promeut le droit du travail¹³¹.

¹²⁹ Car c'est bien le monopole de circonstance acquis par le commandant du remorqueur qui a permis de conclure à la dépendance du navire de transport.

¹³⁰ Voir *infra*, *Les limites du secours des droits spéciaux*, n°191 et s.

¹³¹ L'article L. 313-3 du Code de la consommation fixe ainsi un taux d'usure pour protéger les consommateurs désireux d'emprunter de l'argent. En Martinique par exemple, le Préfet négocie chaque année, avec les organisations professionnelles du secteur de commerce de détail, un accord global de modération de prix d'une liste de produits de grande consommation. En métropole, les tarifs du gaz et de l'électricité sont d'ailleurs réglementés. Dans le même sens l'article 52 de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires est venu imposer un plafonnement des commissions d'intervention en cas de dépassement du découvert autorisé. Sur la question des réponses du Droit aux besoins individuels, voir A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1969, tome 94.

184. La perspective d'une indemnisation synonyme de rééquilibrage s'amenuise encore davantage lorsque l'on examine le *quantum* des dommages-intérêts susceptibles d'être alloués en présence d'une violence non précédée d'une volonté initiale de contracter, autrement dit, en présence d'une contrainte économique.

β. Violence et contrainte économique

185. Toutes les manifestations de violence économique ne reposent pas sur une absence d'alternative satisfaisante, entre absence de consentement génératrice d'un préjudice et conclusion d'un contrat à des conditions désavantageuses. Souvent, la réduction du choix à deux solutions préjudiciables tient au comportement du cocontractant fautif, de sorte que la volonté initiale relève de la fiction. Convient-il alors, nous reposons la question, de refuser toute indemnisation ? Il semble que non et qu'il faille alors tenir compte de la volonté actuelle de la victime de maintenir l'acte vicié. Il ne s'agit certes pas de déceler dans ce refus de l'annulation une volonté antérieure de contracter. Néanmoins, on peut y voir la possibilité de considérer que dans certaines circonstances, le comportement de l'auteur de la violence a pu priver la victime d'opportunités financières, autrement dit, que celle-ci a perdu une chance¹³².

186. Un exemple inspiré de la jurisprudence permettra de mieux saisir l'étendue du préjudice éventuellement indemnisable. Une salariée d'une société d'édition a élaboré un dictionnaire. Les compétences développées dans le cadre de son activité professionnelle lui permettent d'estimer à 20 000 euros le prix d'une éventuelle cession des droits d'exploitation de son ouvrage. Son employeur souhaitant acquérir le bien à un moindre coût lui propose la somme de 8 000 euros. Faute de consentir à l'acte, la salariée serait licenciée. En supposant que la menace de l'employeur soit suffisamment explicite et vigoureuse pour arborer les traits de l'abus subjectif et emporter ainsi la qualification de violence, à quelle compensation financière la salariée peut-elle prétendre ?

¹³² Les propos de Madame Thibierge-Guelfucci confirment cette analyse. Raisonnant dans l'hypothèse où « *le préjudice consiste à avoir conclu un contrat en l'absence d'une condition favorable que la faute précontractuelle de l'autre partie a légitimement permis d'escompter* », l'incertitude du comportement qu'aurait adopté la victime si la faute n'avait pas été commise conduit l'auteur à juger que « *le dommage s'analyse en la perte de chance de conclure l'acte à cette condition* », *op. cit.*, n°226.

187. On peut difficilement examiner la perte de chance de contracter avec le contractant fautif¹³³, en l'espèce l'employeur, puisque la volonté initiale faisait défaut. Il est en revanche possible d'envisager les occasions manquées de conclure l'acte litigieux avec des tiers et à des conditions plus avantageuses¹³⁴. Dans cette hypothèse, la violence ne se résume pas à avoir profité d'une réduction du libre arbitre de la victime en état de nécessité, elle a au contraire résidé en une contrainte destinée à abolir la liberté originelle de ne pas contracter. En conséquence, la remise en état suppose de replacer la victime dans la situation où elle se trouvait avant la faute, autrement dit, d'envisager l'usage qu'elle aurait pu faire de sa liberté contractuelle.

188. Toutefois, si nous soulignons l'admissibilité de la perte de chance, c'est surtout pour insister sur les aléas que sa réparation comporte et qui font s'éloigner d'autant la perspective d'une indemnisation synonyme de rééquilibrage¹³⁵. Tout d'abord, rien ne garantit que l'acte aurait été conclu : la salariée, pour reprendre notre exemple, aurait pu notamment attendre que les droits d'exploitation de son dictionnaire prennent davantage de valeur. Ensuite, rien ne garantit non plus que l'acte aurait été conclu avec un tiers ; ce n'est pas parce que l'on décide de céder un bien au prix du marché que celui-ci trouve nécessairement preneur. Au regard de l'ensemble de ces facteurs d'incertitude, on ne saurait donc miser sur l'accès à une équivalence des prestations par le biais de la responsabilité délictuelle¹³⁶.

189. Résumons-nous. Le rééquilibrage des conventions par l'allocation de dommages-intérêts ne peut être envisagé que dans l'unique cas où la violence économique est précédée

¹³³ Quand bien même le rejet d'une indemnisation de la perte de chance de conclure l'acte avec l'auteur d'une rupture abusive des pourparlers ne paraît pas devoir être étendu aux autres types de fautes précontractuelles, J. MESTRE, obs. sous Cass. com. 26 novembre 2003, *RTD civ.* 2004, p. 80 ; O. DESHAYES, note sous Cass. civ. 3ème, 28 juin 2006, *JCP* 2006, II, 10130.

¹³⁴ En ce sens Cass, com. 18 juin 2002, n°99-16488,

¹³⁵ « *Le montant des dommages-intérêts alloués sera alors le montant de l'avantage net attendu du contrat qui aurait pu être conclu avec un tiers, affecté d'un coefficient de minoration qui est fonction de la teneur de la chance perdue* », O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel ». *RTD com.* 2004, p. 197, n°20.

¹³⁶ Ce qui explique à la fois la rareté des arrêts associant violence et responsabilité civile par rapport à la fréquence des décisions où, en présence d'un acte vicié sans manifestation initiale de volonté, la victime préfère recouvrer sa liberté contractuelle en sollicitant l'annulation de l'acte. Ainsi, une recherche de décision avec les mots « violence économique » et « responsabilité civile » génère un seul résultat contre dix lorsque la « violence économique » est attachée au terme « nullité ». Encore faut-il préciser que dans le premier et seul arrêt proposé par le moteur de recherche (Cass. soc, 8 novembre 1984, n°82-14816), la responsabilité civile n'est pas mentionnée explicitement. Il s'agit simplement de la restitution, par une organisation professionnelle, de la cotisation dont s'était acquitté le capitaine d'un navire libérien sous la pression des menaces formulées par des membres du syndicat ; en somme, rien d'autre qu'une remise en état des parties postérieure à une nullité réclamée par la victime.

d'un état de nécessité de la victime, encore que la restriction avec laquelle celui-ci est admis limite considérablement les occasions de faire appel à la responsabilité civile au service d'une révision déguisée. Ce rééquilibrage ne semble pas davantage pouvoir prospérer dans l'hypothèse où la violence rend vaine toute recherche d'une volonté initiale de contracter¹³⁷. Si bien qu'au total, on peut légitimement conclure à l'insuffisance de la responsabilité délictuelle et partant, à la violence économique comme instrument de régulation des actes juridiques formés en l'absence d'alternative satisfaisante. Une acception élargie de la dépendance économique au sein de la théorie générale de l'acte juridique conserve donc sa pertinence à l'aune des lacunes de droit commun. Il en va de même au-delà du Code civil à la lueur des limites que présente le recours aux droits spéciaux

II. Les limites du secours des droits spéciaux

190. Le phénomène d'« influence » du droit commun par les droits spéciaux conduit logiquement à rechercher dans ces derniers les instruments susceptibles d'appréhender efficacement le consentement donné dans un état de dépendance économique. Devant le foisonnement des branches du droit privé, qu'elles revendiquent ou non leur autonomie, la délimitation d'une telle entreprise est vite apparue nécessaire. Aussi avons-nous choisi de focaliser notre attention sur le droit de la consommation et le droit de la concurrence, confortés dans cette sélection par le poids que les récents manuels de droit civil¹³⁸ et la doctrine¹³⁹ leur attribuent en tant que facteurs prépondérants de l'évolution du droit des obligations.

¹³⁷ Raisonnant dans l'hypothèse d'une faute précontractuelle consistant en une méconnaissance de l'obligation d'information préalable, un auteur se demande « *comment affirmer avec certitude que la victime aurait agi différemment si l'information avait été transmise ? Il y a là non seulement une preuve difficile à rapporter pour la victime, mais encore un problème insoluble que la jurisprudence résoud plus ou moins bien par le recours tantôt à la notion de perte de chance, tantôt à des subterfuges qui lui permettent de réparer le dommage final* », C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *op. cit.*, n°201.

¹³⁸ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°47 ; J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Les obligations. I. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°74.

¹³⁹ Voir notamment, F. BERENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, PUAM, 2007 ; J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, thèse Paris I, 1999. ; M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, Paris, 2004, tome 32 ; F. DREIFUSS-NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations ». *RTD civ.* 1990, p. 369 ; J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats ». *RTD civ.* 1994, p. 239.

À l'instar des conclusions retenues pour le droit commun, l'examen des concepts et techniques mobilisés par ces deux disciplines fait également ressortir les limites des droits spéciaux en matière de dépendance économique, qu'il s'agisse d'en reconnaître l'existence ou d'en encadrer les effets, et ce, à rebours de la démarche entreprise en droit du travail. Là encore, la conception élargie de la dépendance économique que retient la discipline amène à poser un regard critique sur les solutions forgées par les législations spéciales. On relèvera ainsi le manque d'ambition de l'analyse consumériste (A) avant de s'intéresser à l'ambivalence du droit de la concurrence (B).

A. Le manque d'ambition de l'analyse consumériste

191. Le manque d'ambition de l'analyse consumériste revêt deux dimensions. La première touche aux écueils d'une définition étroite de la notion de consommateur (1) tandis que la seconde renvoie aux mesures préventives adoptées par le droit de la consommation (2).

1. Les écueils d'une définition étroite du consommateur

192. La Cour de cassation subordonne l'attribution de la qualité de consommateur à l'absence de rapport direct entre l'opération économique réalisée par le cocontractant et son activité professionnelle (a). Rompant avec une jurisprudence plus tolérante, l'exigence formulée par la haute juridiction se traduit malheureusement par un ciblage restrictif de la partie faible (b).

a. L'exigence d'une absence de rapport direct avec l'activité professionnelle

193. La législation consumériste s'imposant aux contrats de consommation conclus entre un professionnel et un consommateur, son champ d'application dépend étroitement de la définition retenue pour ce dernier. Face au silence du Code de la consommation, jusqu'en 2014¹⁴⁰, cette dernière a incombé à la jurisprudence. Ce n'est qu'au terme de plusieurs tâtonnements que la Cour de cassation a finalement décidé que « *les dispositions* [protectrices

¹⁴⁰ La loi n°2014-344 du 17 mars 2014, dite loi Hamon, 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 ou libérale* ».

du Code de la consommation] *ne s'appliquent pas au contrat de fourniture de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant* »¹⁴¹. La haute Cour n'a cependant pas toujours été fidèle à cette position.

194. En 1988¹⁴², elle avait considéré que l'achat d'un photocopieur par un ecclésiastique, et pour sa paroisse, s'avérait insuffisant pour imputer l'acquisition aux « *besoins d'une activité professionnelle* »¹⁴³ ; le religieux put alors bénéficier de la loi du 22 décembre 1972¹⁴⁴. Heureux en opportunité¹⁴⁵, le raisonnement adopté par les hauts magistrats ne va pas sans rappeler la solution qui prévaut actuellement en droit positif. Ce sont en effet moins les compétences et aptitudes de l'agent juridique qui sont ici appréciées que la finalité de l'acte d'achat à travers la notion de besoins professionnels. La consécration d'un tel critère semblait toutefois prendre ses distances avec les opinions doctrinales qui, autour de la figure du « non-professionnel », se montraient davantage favorables à une attribution de la qualité de consommateur assise sur l'évaluation du niveau de connaissance de l'individu sur l'objet de son acquisition¹⁴⁶.

195. La jurisprudence postérieure s'orienta pourtant en direction de cette thèse, du moins pendant un temps. Une cour d'appel refusa l'application de la loi du 22 décembre 1972 à une commerçante au motif que l'achat du système d'alarme litigieux était destiné à la protection de son magasin contre les risques de vols et, à ce titre, répondait « *aux besoins d'une activité professionnelle* ». Par un arrêt du 25 mai 1992, la Cour de cassation censura cette décision, considérant que « *le contrat principal litigieux [concernait] l'installation d'un système*

¹⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, *D.* 1995, p. 327-329, note G. PAISANT ; voir également Cass. civ. 1^{ère} 3 janvier 1996 et 30 janvier 1996, *JCP* 1996 II, 22654, note A. LEVENEUR.

¹⁴² La genèse de la jurisprudence ne débute cependant pas en 1988. En 1986, la Cour de cassation inaugura une longue série d'arrêts où la qualité de consommateur était réservée au particulier qui acquiert un bien ou un service ou souscrit un emprunt pour la satisfaction d'un besoin personnel ou familial. Cass. civ. 1^{ère}, 15 avril 1986, *Bull. civ.* I, n°90 ; *RTD civ.* 1987, p. 86, obs. J. MESTRE ; *Deffrénois* 1986, p. 787, obs. J.-L. AUBERT.

¹⁴³ Cass. civ. 1^{ère} 3 mai 1988, *D.* 1988, somm. p. 407, obs. J.-L. AUBERT ; J. KARILA DE VAN, *D.* 1990, p. 61.

¹⁴⁴ Au sens de la loi du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile.

¹⁴⁵ La formule de la Cour de cassation implique il est vrai une conception très ouverte des actes inclus dans la protection légale : « *seuls échapperaient à cette protection les actes de la profession, c'est-à-dire ceux qui caractérisent – qui constituent – l'activité professionnelle considérée ; au contraire, les actes simplement relatifs à l'activité professionnelle, c'est-à-dire tous ceux qui ne sont pas des actes de l'activité professionnelle elle-même, mais seulement des actes destinés à permettre ou favoriser celle-ci, demeureront soumis au régime de la protection des consommateurs* », J.-L. AUBERT, *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁶ J. CALAIS-AULOIS, « Les contrats d'adhésion et la protection des consommateurs ». *ENAJ* 1978, p. 259.

d'alarme échappant à la compétence professionnelle de Mme Petit qui se trouvait dès lors dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur »¹⁴⁷.

196. Il est vrai qu'une lecture trop audacieuse de la solution aurait pu entraîner une perte d'identité du droit de la consommation¹⁴⁸. Reste que la démarche consistait ici à dissocier les qualités de professionnel et de consommateur selon le degré d'ignorance quant à l'acte conclu, ce qui nous semble plus pertinent que l'examen actuel fondé sur le rapport direct de l'opération avec l'activité marchande¹⁴⁹. Certains auteurs ont alors regretté le durcissement opéré par les hauts magistrats dans un arrêt du 24 janvier 1995 aux termes duquel « *les dispositions [protectrices du Code de la consommation] ne s'appliquent pas au contrat de fourniture de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant* »¹⁵⁰. Plus de vingt années après cette décision, le droit positif confirme l'implantation durable du critère du rapport direct. Plusieurs arguments conduisent néanmoins à le déplorer, tant il est vrai qu'il conduit à un ciblage restrictif de la partie faible par le droit de la consommation.

b. Un ciblage restrictif de la partie faible

197. La définition *a contrario* du consommateur, consacrée par l'arrêt du 24 janvier 1995, restreint considérablement les opportunités de juger un commerçant digne de la protection

¹⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, G. PAISANT, « Essai sur la notion de consommateur en droit positif ». *JCP* 1993, I, 3655.

¹⁴⁸ Les interrogations suscitées par cette approche extensive de la notion de consommateur sont réelles. Le Professeur Paisant en évoque toute une série : « *s'il apparaît que le professionnel consommateur est un profane, doit-on par symétrie en conclure que n'est pas un consommateur celui qui, tout en agissant en dehors de sa profession, a grâce à l'acquis une indéniable compétence ?* », *op. cit.*, n°23 ; « *celui qui agit en même temps à titre professionnel et à des fins personnelles ou familiales est-il encore consommateur digne des sollicitudes de la loi ?* », *op. cit.*, n°24 ; « *Si, en revanche, on devait s'entendre sur une voie moyenne consistant à étendre la notion de consommateur aux professionnels-profanes qui, tout en agissant à l'occasion de l'exercice de leur profession, ne contractent pas pour les besoins de cette dernière, resterait encore une incertitude : tous ceux-là mériteraient-ils pour autant la protection due au consommateur ? Ne convient-il pas, en effet, de distinguer selon l'importance économique du professionnel considéré ?* », *op. cit.*, n°26.

¹⁴⁹ Comme l'a parfaitement exposé un auteur dans un propos relatif aux clauses abusives mais qui mérite néanmoins d'être évoqué eut égard à sa généralité, « *la raison d'être de la protection contre les clauses abusives réside dans l'infériorité intellectuelle, technique et économique dont est censé souffrir tout consommateur. Dès lors, on comprend mal pourquoi les clauses abusives doivent tenir lieu de loi aux professionnels à qui elles ont été imposées, lorsque ceux-ci peuvent démontrer qu'ils étaient, au regard du contrat conclu pour les besoins de leur profession, accablés des mêmes vices et des mêmes défauts que ceux dont les consommateurs sont présumés souffrir* », D. MAZEAUD, obs. sous Cass. com. 10 mai 1994, *Deffrénois* 1995, p. 347.

¹⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, *D.* 1995, p. 327, obs. G. PAISANT. Dans le même sens Cass. civ. 1^{ère}, 3 et 30 janvier 1996, *D.* 1996, p. 228, obs. G. PAISANT ; *JCP* 1996, II, 22654, note A. LEVENEUR.

accordée au consommateur. De plus, l'établissement du fameux « rapport direct » pourra s'avérer délicat selon les circonstances¹⁵¹. On peut ainsi douter du progrès réalisé par rapport à l'ancienne référence au niveau d'ignorance que quelques-uns avaient accusé de perturber les frontières du droit de la consommation¹⁵². Par-delà les hésitations passées de la haute juridiction, l'observation des arrêts ayant précédé ce positionnement fournit surtout une remarquable occasion de mesurer l'inopportunité des limites actuelles. Leur rigidité s'affirme de surcroît comme le parfait contre-exemple de l'adaptabilité du Droit à un contexte économique où la complexité, la fréquence et la rapidité des échanges remettent perpétuellement en cause les qualifications de fort ou de faible qu'il ne suffit pas de décréter pour s'assurer leur stabilité.

198. Un élargissement de la notion de consommateur serait en effet profitable à bon nombre d'acteurs économiques dont l'inexpérience et la vulnérabilité n'ont rien à envier à la situation des profanes¹⁵³. Pourquoi refuser d'appliquer au professionnel qui contracte en dehors de son domaine de compétence les dispositions dont bénéficie le consommateur sur la simple foi de son ignorance irréfragablement présumée ? Ne peut-on envisager un instant que le boulanger qui s'équipe d'un nouveau système de paiement se trouve dans le même état de dénuement intellectuel que le grand-père souscrivait à une offre internet haut débit ? Doit-on alors le renvoyer aux bonnes grâces du droit commun au seul motif que son acte présente un rapport direct avec son activité professionnelle ? Dans cette dernière hypothèse, il est à craindre que de nombreux professionnels n'aient d'autre choix que de subir l'application de clauses abusives, telles que les clauses limitatives de responsabilité ou celles prévoyant le paiement de sommes d'argent disproportionnées à titre de prix ou d'indemnités compensatrices des créanciers, alors que l'invocation de la législation spéciale permet au consommateur de s'en prémunir efficacement¹⁵⁴.

¹⁵¹ Une difficulté d'identification à laquelle il faut ajouter les incertitudes des qualifications, la définition du consommateur étant désormais laissée à l'appréciation des juges du fond, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°74-1, à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2002.

¹⁵² D. MAZEAUD, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 1996, *Deffrénois* 1996, p. 766, « en définitive, si cette dernière opinion a le mérite d'éviter une protection sélective des contractants victimes de clauses abusives, il ne faut cependant pas se cacher qu'elle nuit, dans une certaine mesure, à la prévisibilité qui imprègne le concept de contrat et fonde son utilité pratique de même qu'elle accroît le flou des frontières du droit de la consommation ».

¹⁵³ G. PAISANT, « À la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du "rapport direct" ». *JCP* 2003, I, 121, p. 549.

¹⁵⁴ Pour une dénonciation de cette situation, voir D. MAZEAUD, « La protection par le droit commun ». in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 33.

199. Il n'est nullement question de militer pour un dépassement de la logique de protection catégorielle à travers l'effacement des notions de consommateur et de professionnel. En revanche, il faut bien comprendre que l'embarras suscité par la solution imposée par la Cour de cassation tient pour une large part à la vision manichéenne qu'elle véhicule¹⁵⁵. Parce qu'elle est soumise aux aléas de l'économie et aux caprices du temps, la partie perçue comme faible pourra ne pas être la même selon que la question de son identification se pose au moment de la formation de l'acte ou au cours de son exécution¹⁵⁶. L'extrême variété des contextes, le renversement des qualités et l'enchevêtrement des liens juridiques rendent impossible, dans quantité de contrats, une désignation abstraite de la partie digne de protection¹⁵⁷. Ce n'est d'ailleurs probablement pas un hasard si en Italie la notion de contractant faible a précédé l'emploi du terme consommateur¹⁵⁸.

200. Tandis que l'on mesure la nécessité des qualifications juridiques, rien n'interdit de plaider en faveur de leur redéfinition dans le sens d'une plus grande capacité d'intégration des situations de faiblesses. En ce sens, il conviendrait de s'appuyer sur des critères qui, contrairement au droit positif, s'attacheraient davantage à protéger l'individu en considération de ce qu'il est plutôt qu'en fonction de ce qu'il fait. Voilà pourquoi, dans la détermination de la législation applicable, droit commun ou droit de la consommation, la prise en compte des rapports entre l'acte juridique conclu et l'activité professionnelle du contractant nous semble devoir céder la place à un examen de ses qualités intrinsèques conjointement à l'opération réalisée. L'observation des tentatives de définition de la partie faible, qu'elles se réfèrent à la

¹⁵⁵ La solution du droit positif « *accrédite, en effet, l'idée selon laquelle le consommateur doit être présumé irréfragablement incompetent ignorant et inexpérimenté, tandis qu'au contraire tout professionnel doit être irréfragablement considéré comme suffisamment compétent, savant et expérimenté pour déjouer les pièges que son contractant peut lui tendre lors de la conclusion du contrat. Or un tel postulat pêche incontestablement par excès d'abstraction et de simplisme* », D. MAZEAUD, obs. sous Cass. com. 10 mai 1994, *Deffrénois* 1995, p. 347.

¹⁵⁶ M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels ». in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1996, tome 261, p. 615, n°4.

¹⁵⁷ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2009, tome 509, n°388.

¹⁵⁸ G. ALPA, « La protection de la partie faible en droit italien ». in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1996, n°261, p. 583, spé. n°5.

forme juridique de l'entité¹⁵⁹ ou à l'importance du préjudice subi en cas de rupture de l'engagement¹⁶⁰, incite à s'engager dans cette voie. Le juge n'en serait que mieux renseigné sur la position de force ou de faiblesse occupée par l'individu, à laquelle il pourrait ensuite donner une traduction juridique au moyen de qualifications à la plasticité retrouvée ; le ciblage de la partie faible y gagnerait alors en efficacité. Demeurerait cependant le constat d'un régime inadapté aux situations de dépendance économique, le manque d'ambition de l'analyse consumériste se signalant ici par l'idéalisme de sa démarche préventive.

2. L'idéalisme de la démarche préventive

201. Prétendre que le droit de la consommation ne procède que de la seule démarche préventive serait inexact et caricatural¹⁶¹. Le pouvoir reconnu au juge de réputer non-écrites les clauses qu'il estime abusives suffit à démontrer que le consommateur bénéficie également d'instruments de protection appelés à investir le domaine du curatif, encore que la législation sur les clauses abusives n'a rien d'un correctif systématique des déséquilibres contractuels¹⁶². S'il ne faut pas occulter ce dualisme dans les techniques mises en œuvre par la législation consumériste, il convient également de ne pas sous-estimer les limites d'une entreprise de

¹⁵⁹ Ainsi le doyen Ripert dénonçait « l'écrasante supériorité de ces personnes morales [pour] montrer la disproportion de puissance économique qui existe entre elles et les personnes physiques », G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme*, LGDJ, Paris, 2005, 2^e édition, p. 37.

¹⁶⁰ Pour le Professeur Jestaz, « on reconnaît la personne digne de protection à cet indice que la loi lui permet de sortir indemne du contrat, ou bien de ne pas le quitter si la sortie doit lui causer un tort important », Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 87 ; dans le même sens voir également Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008, n°833.

¹⁶¹ Même si cet aspect de la législation consumériste est souvent mis en avant par les auteurs qui s'intéressent à l'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats ». *RTD civ.* 1994, p. 239, « les innovations apportées par le droit de la consommation en matière contractuelle peuvent être considérées comme des facteurs d'évolution du droit civil. L'idée générale est d'ajouter aux remèdes individuels et curatifs du Code civil des moyens préventifs et collectifs, mieux adaptés au phénomène de consommation de masse ».

¹⁶² L'article L. 132-1 al. 7 du Code de la consommation dispose 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 obtenu ». Ainsi le droit de la consommation ne remet absolument pas en cause le caractère exceptionnel de la lésion en droit des contrats, G. PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats ». *D.* 1995, chron., p. 9101, n°13, « de même qu'on ne peut, par exemple, recourir au concept d'erreur sur la valeur pour contourner la législation restrictive sur la lésion, de même l'article L. 132-1 du Code de la consommation ne doit pas pouvoir être appliqué à cette fin ». Ainsi, le nouvel article 1171 al. 2 du Code civil introduit un dispositif analogue à celui du Code de la consommation en disposant que « 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 », voir F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme ». *D.* 2015, p. 1226.

protection fondée sur l'idée de prévention¹⁶³. Ainsi, face à un état de dépendance économique, c'est surtout par idéalisme que pèche une démarche préventive où l'obligation d'information fait surtout le jeu du modèle de concurrence pure et parfaite (1). Elle participe de surcroît d'une regrettable confusion entre l'inégalité et la dépendance (2).

a. Une obligation d'information issue du modèle de concurrence pure et parfaite

202. L'obligation d'information du contractant profane constitue la pierre angulaire de l'édifice préventif bâti par le droit de la consommation¹⁶⁴. Si la législation spéciale ne prétend aucunement à l'exclusivité dans la recherche d'une plus grande transparence sur les conditions de l'échange¹⁶⁵, la Cour de cassation obligeant le débiteur d'une prestation à un devoir idoine sur le fondement des articles 1147¹⁶⁶ ou 1134 al. 3 du Code civil¹⁶⁷, elle est probablement l'une des branches du droit privé qui l'affirme avec le plus de force, comme en témoigne plusieurs dispositions du Code de la consommation. L'article L. 111-1 impose ainsi aux professionnels « *avant la conclusion du contrat, de mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* », tandis que l'article L. 113-3 commande une information « *par voie de marquage, d'étiquetage et d'affichage ou par tout autre procédé approprié (...) sur les prix et les conditions particulières de la vente* ». En matière de crédit à la consommation enfin, l'article L. 311-6 I, pour ne citer que lui, énonce que « *préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit donne à l'emprunteur, par écrit ou sur un autre support durable, les informations*

¹⁶³ Idée qui, loin de se cantonner au seul droit de la consommation, caractérise l'attitude du droit commun à l'égard de la contrainte économique. Voir L. AYNÈS, « La contrainte en droit des contrats ». in *La contrainte*, L. Grynbaum (dir.), Economica, Études juridiques, Paris, 2007, p. 40, n°19, selon lequel le Code civil « *ne prévoit aucun traitement spécifique du contrat conclu entre un dominateur et un dominé ; mais seulement quelques mesures préventives. C'est, me semble-t-il, le système français* » ; voir également, en droit du travail et sur l'obligation d'information du salarié pesant sur l'employeur, B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2013, tome 123.

¹⁶⁴ Le constat est partagé par le Professeur Malaurie qui remarque que si « *ce droit est compris comme étant celui de la protection du consommateur (...) son objet essentiel semble être, plutôt que la protection, l'information* », Ph. MALAURIE, « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^e siècle ». in *Mélanges Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, p. 195.

¹⁶⁵ Messieurs Terré, Simler et Lequette restituent de manière particulièrement éclairante la « *course-poursuite* » à laquelle se livrent le droit de la consommation et le droit commun sur le terrain de l'obligation d'information, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°261 et s., spé. n° 262.

¹⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, *Bull. civ. I*, n°214.

¹⁶⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 1992, *Bull. civ. III*, n°238.

nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement ».

203. Par-delà les nombreuses prescriptions légales dont nous ne pouvons que donner ici un aperçu, la cohérence de ces multiples avatars de l'obligation d'information paraît bien devoir être recherchée du côté d'une vision néolibérale si ce n'est du Droit, du moins du marché¹⁶⁸. Les « nouveaux économistes » issus du mouvement néolibéral ont développé une critique radicale du keynésianisme et, plus largement, de l'intervention de l'Etat¹⁶⁹. En dépit de son origine étatique et de ses traductions jurisprudentielles, aussi bien en droit de la consommation qu'en droit commun, l'obligation d'information ne heurte absolument pas leur analyse. Bien au contraire, l'objectif consistant à restaurer les conditions de formation des engagements volontaires redonne au consentement un rayonnement propre à sanctifier les obligations nées de la volonté individuelle¹⁷⁰. Désormais éclairée sur l'objet et la portée de sa décision, plus rien ne devrait faire obstacle à cette volonté d'individus libres et avisés. Mécaniquement, le juge et le législateur doivent alors s'en tenir au rôle de simple garant de l'intangibilité et de la force obligatoire du contenu obligationnel, celui-ci matérialisant l'intention commune d'agents rationnels agissant au mieux de leurs intérêts. Le lien entre l'approche libérale du marché et la glorification de l'obligation d'information au service d'une liberté retrouvée apparaît alors au grand jour¹⁷¹.

204. Qui ne voit pas, en effet, la correspondance recherchée par cette dernière entre les lois du marché et les règles du droit des contrats ? Madame Nicole Chardin a cette heureuse formule selon laquelle l' « *homo economicus est le petit frère du contractant autonome. Ils bénéficient tous les deux d'une présomption. Le premier d'une présomption de rationalité, le*

¹⁶⁸ Pour certains auteurs, c'est davantage à une vision morale du Droit que participent ces déclinaisons de l'obligation d'information, en ce sens N.VIGNAL, *La transparence en droit privé des contrats. Approche critique de l'exigence*, PUAM, 1998, n°228 et s.

¹⁶⁹ Cl.-D. ÉCHAUDEMAISON (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Nathan, Paris, 4^e éd., 1998, p. 302.

¹⁷⁰ Cette tendance est parfaitement identifiée par certains manuels qui n'hésitent d'ailleurs pas à l'exposer sous un intitulé on ne peut plus clair : « *la restauration de la liberté et le néolibéralisme* » ; ils décèlent dans ce mouvement de « *restauration de la volonté* » par lequel « *la loi donne à des contractants que les techniques contractuelles modernes rendent particulièrement vulnérables, les moyens d'émettre un consentement éclairé* », J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Les obligations. 1. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°117.

¹⁷¹ Paraissant anticiper la critique d'une atteinte excessive à la liberté contractuelle, le Professeur Mazeaud, proclame ainsi que « *le devoir de loyauté [que l'obligation d'information] incarne est, en réalité, un hommage à la liberté* », D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *Mélanges Terré*, Dalloz, Paris, 1999, p. 630, n°28.

deuxième d'une présomption d'autonomie »¹⁷². Ainsi, il n'est guère besoin de tendre l'oreille pour percevoir dans l'obligation d'information l'écho de la transparence exigée par le dogme du marché autorégulateur¹⁷³. Le Professeur Fabre-Magnan ne manque pas non plus de mettre ici en perspective cette quête de l'information avec le critère de transparence du marché¹⁷⁴, lequel, conjugué à l'atomicité¹⁷⁵, l'homogénéité¹⁷⁶ et la libre entrée¹⁷⁷, fonde le modèle de concurrence pure et parfaite prôné par la théorie néoclassique¹⁷⁸. À la lueur d'une pareille filiation, on peut difficilement prétendre voir dans l'obligation d'information l'instrument d'une rénovation du libre arbitre sans commettre une regrettable confusion entre les notions d'inégalité et de dépendance.

b. Une regrettable confusion entre inégalité et dépendance

205. L'inégalité et la dépendance ne doivent pas être tenues pour synonymes. Si « l'inégalité est sans doute à l'origine de la dépendance, celle-ci en est la forme ultime où non seulement la liberté de la personne concernée est atteinte mais sa capacité d'action ou de réaction est obérée »¹⁷⁹. La dépendance économique, telle que nous avons tenté de la décrire, n'échappe évidemment pas à cette idée de réduction des marges de manœuvres laquelle, bien que certains auteurs puissent avoir tendance à les assimiler¹⁸⁰, ne figure pas toujours au cœur de la

¹⁷² N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1988, tome 199, p. 184, n°236.

¹⁷³ A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Editions du Seuil, Paris, 2005, p. 145, fustigeant « ce flot de littérature dont l'objet premier est de rapporter chaque règle du droit des contrats à une loi de l'économie : les incapacités à la stabilité des préférences de l'acteur rationnel, le vice de violence à la liberté de choix de l'acteur rationnel, le vice d'erreur et les obligations d'information à la transparence du marché ».

¹⁷⁴ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1998, tome 221, p. 110, n°132 et 133 ; voir aussi P. PICARD, *Éléments de microéconomie. 1. Théorie et applications*, Montchrestien, Lextenso, Paris, 8^e éd., 2011, p. 269, pour qui la transparence renvoie à l'idée que « sur un marché de concurrence parfaite, les acheteurs et les vendeurs sont parfaitement informés de l'ensemble des prix auxquels s'effectuent les transactions ».

¹⁷⁵ « Sur un marché de concurrence parfaite, les acheteurs et les vendeurs sont suffisamment nombreux pour qu'aucun d'entre eux ne puisse contribuer par ses propres décisions à modifier de manière significative le prix qui s'établit (...). Acheteurs et vendeurs sont donc par rapport à l'ensemble du marché comme les atomes d'un corps », P. PICARD, *ibidem*.

¹⁷⁶ « Les agents présents sur le marché y vendent des biens ou des facteurs rigoureusement identiques », *ibid*.

¹⁷⁷ « S'il s'agit d'un bien productible (bien de consommation ou consommation intermédiaire) la concurrence parfaite suppose que les entreprises qui offrent le bien sont libres d'entrer ou de sortir du marché », *ibid*.

¹⁷⁸ J. BONCOEUR, H. THOUÉMENT, *Histoire des idées économiques, tome 2. De Walras aux contemporains*, Armand Colin, Cursus, Paris, 4^e éd., 2014, pp. 25 et s.

¹⁷⁹ J. HAUSER, « Une notion juridique de dépendance » in *Mélanges Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 285.

¹⁸⁰ Voir par exemple, J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, thèse Paris I, 1999, n°44, écrivant que « l'inégalité qui caractérise les relations entre salariés et employeurs n'est sans doute pas propre à celles-ci. En effet, il existe de

notion d'inégalité. Pour ne prendre qu'un exemple, le propriétaire d'un petit salon de coiffure peut être amené à contracter avec une grande société de cosmétiques sans que la survie de son activité professionnelle dépende du maintien de l'engagement¹⁸¹. En dépit de l'inégalité de fait entre les parties à l'accord, le libre arbitre initial du petit exploitant n'est nullement entamé par la puissance économique de son partenaire. Mais tandis que la pertinence de l'obligation d'information ne soulève, à notre sens, que peu d'objections lorsqu'il s'agit de protéger l'intégrité et la qualité d'un consentement menacé par l'inégalité des protagonistes, l'utilité de la technique informative en matière de dépendance économique n'est en revanche guère probante¹⁸².

206. Dans le premier cas, il faut se rappeler que l'extension du dol dans la formation des actes juridiques prend appui sur une insuffisance des vices du consentement à l'endroit d'individus ignorants et dont l'état de faiblesse psychique, sans qu'il n'entame leur capacité juridique à contracter, rend néanmoins malaisée l'exigence d'une auto-information¹⁸³. En pareilles circonstances, l'obligation d'information revêt un indéniable intérêt en ce qu'elle éclaire, du moins est-elle censée le faire, le contractant vulnérable sur la nature de son engagement et des risques qu'il comporte¹⁸⁴. Tout en laissant la place à une éventuelle mise en application *a posteriori* des techniques curatives dont elle se veut le complément *a priori*¹⁸⁵, la démarche préventive permet donc de compenser le déséquilibre de puissance informationnelle qui joue le plus souvent en faveur du professionnel¹⁸⁶.

nombreux autres rapports de dépendance économique ou intellectuelle qui ont été récemment pris en compte par le droit ».

¹⁸¹ Où l'on voit, à travers cet exemple, que le reproche de provoquer « *une parcellisation inopportune du droit des obligations* » adressé par Monsieur Chazal (J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble, 1996, n°42) au Professeur Virassamy à propos de la création de la catégorie des contrats de dépendance repose sur une malheureuse assimilation des notions de dépendance et d'inégalité de puissance économique.

¹⁸² On admettra tout au plus que l'information du salarié présente un réel intérêt à mesure que se développent les mécanismes faisant appel à sa volonté, comme par exemple la conclusion d'une convention de forfait, l'acceptation de la modification du contrat de travail suite à la conclusion d'un accord de maintien ou de développement de l'emploi. Dans chacune de ces situations, l'information permet au salarié de se faire une idée, plus ou moins précise du bien-fondé de la proposition de modification, et par là même de la légitimité de son éventuel refus. Sur les limites de cette information du salarié, voir plus largement B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2013, tome 123.

¹⁸³ F. MAGNIN, « Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation ». *JCP* 1976, I, 2780, n°14.

¹⁸⁴ C. DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 1997, p. 44.

¹⁸⁵ J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, n°693.

¹⁸⁶ J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, n°556.

207. L'analyse des résultats obtenus par l'obligation d'information concomitante à une situation de dépendance économique n'incite pas au même optimisme. La lutte contre l'incurie du cocontractant fragile peut avoir du sens lorsqu'elle est confrontée à une « *infériorité-ignorance* »¹⁸⁷. En revanche, le combat semble perdu d'avance dans l'hypothèse d'une « *infériorité-contrainte* » où l'individu n'est pas en situation de négocier au mieux ses intérêts parce qu'il n'est pas réellement libre d'accepter ou de refuser¹⁸⁸. Exiger la délivrance d'une information parallèlement à une unicité de l'offre de prestations ou à la standardisation des conditions d'engagements relève du coup d'épée dans l'eau¹⁸⁹. L'agent dont le libre choix est contraint par la satisfaction d'un besoin urgent ne sera pas plus avancé par une information sur les termes d'un engagement déséquilibré dont il ne peut faire l'économie¹⁹⁰ ; sur ce point, la situation du professionnel est comparable à celle du salarié contraint de souscrire un contrat de travail pour s'assurer les moyens de son existence. En pareil cas, on admettra sans peine, pour reprendre les mots de Lord Denning, que « *celui dont les besoins sont très urgents peut consentir en toute lucidité à un contrat inique* »¹⁹¹. Les auteurs qui s'enthousiasment devant l'élargissement et la diversification des obligations d'information, y compris, hélas, chez les solidaristes¹⁹², se méprennent donc sur la force émancipatrice d'une volonté éclairée¹⁹³.

208. Il y a pire, cependant, car non content de ne pas améliorer la position du contractant vulnérable, cet arsenal législatif aggrave parfois la situation qu'il entreprend de résoudre. Les effets pervers de certains mécanismes informatifs se manifestent par l'équivoque qu'ils génèrent sur les qualités attribuées au consentement¹⁹⁴, comme l'illustre la solution rendue en

¹⁸⁷ Le profane « *manque des connaissances techniques, il ne dispose pas des informations juridiques et autres permettant d'avoir une représentation exacte de l'opération qui donne lieu à la conclusion du contrat* », G. COUTURIER, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1996, p. 615, spé. n°6.

¹⁸⁸ G. COUTURIER, *op. cit.*, n°5.

¹⁸⁹ C. DEL CONT, *op. cit.*, p. 44.

¹⁹⁰ M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels ». in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1996, tome 261, p. 615, n°2.

¹⁹¹ Lord DENNING, à propos du Unfair Contract Terms Act de 1977, cité par S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, tome 335, n°359.

¹⁹² « *Pour que les contrats particuliers soient justes, le solidarisme préconise ainsi la voie indirecte. Il ne s'agit pas de définir une législation particulière des contrats, mais d'assurer au préalable les conditions précontractuelles de la justice* », Ph. CHANIAL, « Renouer les fils de l'alliance : Bourgeois, Durkheim et l'incomplétude du contrat ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Dalloz, Paris, 2004, p. 51.

¹⁹³ En ce sens J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis droit, Paris, 2^e éd., 2013, p. 446, « *le partenaire faible, quand bien même il a été correctement informé, peut ne pas pouvoir contracter de façon plus équilibrée s'il ne dispose d'aucun poids dans la négociation* ».

¹⁹⁴ C. DEL CONT, *op. cit.*, p. 69.

1989 par la première chambre civile dans une affaire où l'acquéreur d'une automobile reprochait au vendeur d'avoir manqué à son devoir de renseignement en omettant de lui signifier « *la survie du contrat de prêt à la disparition du véhicule pour l'achat duquel il avait été souscrit* ». Dans un arrêt du 14 juin 1989 publié au bulletin, la Cour de cassation, au visa de l'ancien article 1116 du Code civil, censura le jugement qui avait prononcé la nullité du prêt au motif que « *dès lors que le législateur lui-même n'avait pas jugé utile de faire figurer cet avertissement sur le modèle type qu'il avait lui-même rédigé (...) aucune réticence dolosive ne pouvait être imputée au cocontractant* »¹⁹⁵. Ainsi, le formalisme informatif censé alerter la partie ignorante peut-il se retourner contre elle, dès lors que la minutie et la rigidité qui caractérisent le contenu des dispositions protectrices invitent à une interprétation restrictive des prescriptions légales¹⁹⁶. Si la mobilisation des ressources du Code civil a heureusement permis d'astreindre les professionnels à un devoir général de conseil¹⁹⁷, et de mise en garde¹⁹⁸, en l'absence de fondement textuel spécial, il n'est pas certain que le recours au droit commun permette, en toutes hypothèses, de parer aux dangers que suscite le manque de souplesse de la législation consumériste. Quittant sur cette conclusion le domaine des relations entre consommateurs et professionnels, il reste à poursuivre notre examen critique des droits spéciaux par l'étude du droit de la concurrence et de son ambivalence.

B. L'ambivalence du droit de la concurrence

209. Avec celle du commerce et de l'industrie, la liberté de la concurrence participe à la définition du cadre juridique de l'activité commerciale. Son effectivité reste étroitement liée au droit de la concurrence, dont la construction et le développement sont classiquement présentés comme une réaction étatique face aux pratiques de certains acteurs économiques incompatibles avec le modèle de concurrence pure et parfaite théorisé par Walras¹⁹⁹. Quelques esprits taquins ne manqueraient donc pas de discuter avec une ironie à peine dissimulée la logique de cette législation, gardienne d'un marché au sein duquel ses plus fervents zélés répugnent pourtant ouvertement à l'ingérence des pouvoirs publics. Mais ce n'est finalement

¹⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 1989, *Bull. civ.* p. 160, n°240 ; *JCP* 1989, II, 32632, note G. VIRASSAMY ; *RTD civ.* 1995, p. 98, obs. J. MESTRE

¹⁹⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 275, n°262.

¹⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1995, *RTD civ.* 1996, p. 384, obs. J. MESTRE ; *Deffrénois* 1995, p. 1416, obs. D. MAZEAUD.

¹⁹⁸ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *JCP* 2007, II, 10146, note. A. GOURIO.

¹⁹⁹ M. PÉDAMON, H. KENFACK, *Droit commercial*, Dalloz, Paris, 3^e éd., 2011, p. 470, n°525 et s.

là qu'une première manifestation de sa nature ambivalente, le droit de la concurrence oscillant entre croyance dans les bienfaits du marché et défiance à l'égard de ses effets pervers²⁰⁰.

La succession des réformes intervenues en la matière au cours de ces quinze dernières années a par ailleurs accentué ce phénomène, portant l'ambivalence au cœur même de ce rameau du droit commercial. Pourtant, il n'y a pas si longtemps encore, les auteurs ne manquaient pas pour fustiger, avec raison, l'indifférence du législateur à l'égard de l'inégalité des contractants²⁰¹ et à plus forte raison de leur dépendance économique. On disait alors du droit de la concurrence qu'il n'avait pour objectif que de veiller à la régulation des marchés²⁰², que la protection des faibles n'entraînait pas dans son objet²⁰³, l'accusant en ce sens de paralyser l'intervention des états à des fins sociales²⁰⁴. Ces éléments caractéristiques demeurent mais ils ne sauraient toutefois continuer à résumer à eux seuls les visées du droit de la concurrence. D'autres fonctions lui sont désormais attribuées, au point que l'image vieillissante d'un droit exclusivement affecté à la défense du marché doit aujourd'hui composer avec le visage d'une régulation au secours des plus vulnérables.

Décuplée par ce dualisme, l'expression de l'ambivalence du droit de la concurrence donne lieu à deux types d'observations. Quand la volonté de protéger le contractant démuné s'accompagne d'une référence au marché, comme c'est le cas en matière de condamnation des abus de domination, le résultat obtenu s'avère très décevant (1). Lorsqu'en revanche la loi entreprend, *via* l'élimination des pratiques restrictives de concurrence, de réguler la substance des engagements en coupant les ponts avec le marché et en rejetant un examen *a priori* des conditions d'expression du consentement, il est permis d'être plus optimiste (2).

²⁰⁰ Y. REINHARD, C. NOURISSAT, S. PIERRE, *Droit commercial*, LexisNexis, Paris, 8^e éd., 2012, n°126.

²⁰¹ Que certains ne manquaient pas de déplorer, « *le droit des sociétés industrielles et libérales, par les valeurs mêmes qu'il affiche, ne peut pas avoir pour seul objectif d'assurer la fluidité des marchés ou la transparence des actes décisionnels. Il doit également prendre en compte la réalité des rapports de force afin de les traduire en termes de Droit et de les "gérer"* », C. DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 1997, p. 12.

²⁰² D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel : ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Dalloz, Paris, 2004, p. 135.

²⁰³ Ph. MALAURIE, « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^e siècle ». in *Mélanges Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, p. 194

²⁰⁴ A. LYON-CAEN, « Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre ». in *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 331.

1. Une condamnation des abus de domination affaiblie par la référence au marché

210. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 stigmatise deux types de pratiques anticoncurrentielles, l'entente²⁰⁵, et l'abus de domination que seul nous étudierons²⁰⁶. Dans le sillage du dogme de la « main invisible »²⁰⁷, cette offensive contre les pratiques anticoncurrentielles aurait pu être vue comme le gage d'une protection des moins puissants. Tel que l'expose Madame Frison-Roche, non sans ironie, lorsque « *le marché est altéré et le comportement anticoncurrentiel sanctionné à ce titre, c'est mécaniquement que le faible est de fait protégé par le bon fonctionnement du marché puisque ce dernier neutralise les rapports de force* »²⁰⁸. Il s'avère toutefois que cette protection du faible ne peut intervenir qu'à titre incident, dans la mesure où la lutte contre les incriminations précitées reste subordonnée à la condition qu'un effet négatif sur le marché soit préalablement observé²⁰⁹. Aussi convient-il de relever que la prise en compte des déséquilibres de puissance économique entre les contractants demeure des plus restreinte, que l'abus litigieux s'appuie sur un abus de position dominante (a) ou consiste à tirer profit de la dépendance économique d'un partenaire commercial (b).

a. Les déconvenues de la lutte contre les abus de position dominante

211. L'article L. 420-2 al. 1 du Code de commerce interdit « l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ». Pour être mise en œuvre, la prohibition nécessite ainsi la satisfaction de trois conditions cumulatives : que cette domination du marché soit exercée par une ou plusieurs entreprises, qu'elles se livrent à une exploitation abusive de cette domination

²⁰⁵ L'article L. 420-1 du Code de commerce dispose que « *sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement* ».

²⁰⁶ Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

²⁰⁷ A. SMITH, *Recherches sur la nature et la cause de la richesse des Nations*, PUF, Paris, 1998.

²⁰⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *APD* 1995, p. 310, n°60.

²⁰⁹ C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Nouvelles Bibliothèque de thèses, Paris, 2002, tome 19, n°181.

et qu'une entrave à la concurrence en résulte. La recherche d'une efficacité maximale de cette disposition a certes motivé le rejet d'une interprétation stricte des deux premiers critères, mais le passage obligé par l'atteinte à la concurrence a eu pour conséquence de limiter considérablement l'essor de la lutte contre les abus de position dominante.

212. L'élargissement de la notion de position dominante repose sur l'appréciation extensive de l'idée de domination et de son périmètre d'identification, autrement dit du marché pertinent. Au sens large, la domination peut en effet se rapporter à la situation d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprise qui, dans l'accomplissement d'une activité commerciale, disposent « *du pouvoir de s'abstraire des contraintes d'une concurrence effective, de sorte qu'elle jouit d'une autonomie de décision et de comportement que ses concurrents n'ont pas* »²¹⁰. Si l'on songe immédiatement aux monopoles, de droit²¹¹ comme de fait²¹², l'Autorité de la Concurrence n'a pas hésité à appréhender d'autres formes de domination, collant au plus près d'une réalité économique que certains acteurs souhaiteraient pouvoir tenir cachée. Sont ainsi pris en compte, dans le cadre d'un contrôle faisant appel à la technique du faisceau d'indices²¹³, l'avancement technologique d'une entreprise²¹⁴, son accès privilégié à des matières premières²¹⁵ ou à l'inverse, sa capacité à interdire à ses concurrents le bénéfice d'une ressource essentielle en paralysant son acquisition par l'imposition d'un prix dissuasif²¹⁶.

213. Cette technique est également mobilisée conjointement à la délimitation du marché pertinent²¹⁷. Celle-ci demeure fondée sur le caractère substituable des biens ou des services qui y sont proposés, c'est-à-dire lorsqu'il existe entre ces produits un rapport d'équivalence tel que leur acquisition ou leur consommation satisfait des besoins identiques ou similaires²¹⁸ : en cas d'augmentation des prix de l'un d'entre eux, la demande pourra facilement se reporter sur des articles ou des prestations connexes. La casuistique des arrêts rendus en la matière et

²¹⁰ Y. REINHARD, C. NOURISSAT, S. PIERRE, *op. cit.*, n°174.

²¹¹ Autorité de la Concurrence, 10 mars 2010, n°10-D-10.

²¹² Autorité de la Concurrence, 8 avril 2009, n°09-MC-01.

²¹³ M. PÉDAMON, H. KENFACK, *op. cit.*, p. 511, n°555.

²¹⁴ Rapport 1972 de l'Autorité de la Concurrence, p. 12, n°41 et s.

²¹⁵ Rapport 1998 de l'Autorité de la Concurrence, p. 66.

²¹⁶ Cass. com. 25 janvier 2000.

²¹⁷ Rapport 1992 de l'Autorité de la Concurrence, p. 52 et s.

²¹⁸ Y. REINHARD, C. NOURISSAT, S. PIERRE, *op. cit.*, n°171.

l'inventaire à la Prévert auquel son exposé donnerait lieu²¹⁹ témoignent de la nature *in concreto* de l'examen réalisé par les juridictions commerciales. Il faut dire que les critères retenus dans la détermination du marché pertinent revêtent une importance capitale puisqu'ils président à l'édification d'un cadre de surveillance des pratiques anticoncurrentielles dont on sait que plus il s'étend, plus il sera délicat de constater la réunion des éléments constitutifs de l'abus de position dominante²²⁰. Alliée à la plasticité du faisceau d'indices, l'adaptation des contours du marché aux réalités économiques confirme ainsi la souplesse d'appréciation recherchée par les autorités de contrôle²²¹.

214. La mise en évidence de l'exploitation abusive d'une position dominante suit une tendance analogue, encouragée en cela par le caractère indicatif des types d'abus évoqués à l'article L. 420-2 al. 1^{er} du Code de commerce²²². Nous n'envisagerons toutefois pas ici les diverses pratiques regardées comme abusives que d'autres exposent déjà fort bien²²³, préférant conclure la discussion sur l'abus de position dominante et ses critères qui sont probablement à l'origine des déconvenues rencontrées par cette incrimination. Sa constitution est en effet irrémédiablement subordonnée au constat d'une entrave au jeu de la concurrence²²⁴. Or, s'il est des hypothèses où la preuve de cet élément ne suscite aucune difficulté, son exigence pose en revanche de réels problèmes sitôt que l'on entreprend de voir en l'abus de position dominante un instrument de protection au service des contractants vulnérables.

²¹⁹ Le marché du fromage du Cantal est distinct des autres fromages en raison de son goût unique, Cass. com. 29 novembre 1994 ; il en va de même pour le Roquefort, Cass. com. 6 décembre 2005 ; le marché des jeux vidéo sur ordinateur ne se confond pas avec celui des jeux vidéo sur console, Aut. Conc. 26 septembre 1995, n°95-D-62.

²²⁰ « (...) plus le marché est vaste, plus la part de marché de l'entente ou de l'entreprise soupçonnée de se trouver en position dominante est faible et moins les participants aux comportements anticoncurrentiels allégués sont susceptibles de tomber sous le coup de la prohibition », L. VOGEL, « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence ». *JCP* 1994, I, 3737, p. 73, n°2.

²²¹ Même si certains auteurs regrettent l'incertitude générée par une « définition du marché (...) entièrement subordonnée au but recherché », L. VOGEL, *op. cit.*, p. 73, n°3.

²²² « Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ».

²²³ Pour un premier panorama des comportements prohibés voir M. PÉDAMON, H. KENFACK, *op. cit.*, p. 511 et s., n°557 et 558 ; Y. REINHARD, C. NOURISSAT, S. PIERRE, *op. cit.*, n°176.

²²⁴ Les pratiques visées par l'article L. 420-2 du Code de commerce sont prohibées « dans les conditions prévues à l'article L. 420-1 », lequel se réfère explicitement aux actions qui tendent à « limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ».

215. L'exploitation abusive d'une position de domination qui ne perturberait pas la concurrence de manière significative ne relève pas du cas d'école²²⁵. À l'instar de l'Autorité de la Concurrence, on ne saurait ignorer la puissance de certaines entreprises « *qui, sans détenir une position dominante, sont, en raison de leur poids sur le marché, des partenaires obligés soit pour leur fournisseur soit pour leurs clients* »²²⁶. Les relations commerciales entre les producteurs de denrées alimentaires, pour ne citer qu'eux, et le secteur de la grande distribution illustrent parfaitement le phénomène²²⁷. On comprend aisément que dans leur situation, la satisfaction du bien commun et le soutien aux faibles par la sauvegarde de la libre concurrence apparaît assez largement illusoire²²⁸. C'est la raison pour laquelle le législateur a tenté d'assouplir la reconnaissance des abus de puissance économique en mobilisant la notion de dépendance économique, avec hélas le même insuccès.

b. L'atrophie de la sanction de l'abus de dépendance économique

216. Dans sa version issue de l'ordonnance de 1986, l'article L. 420-2 du Code de commerce renvoyait à l'exploitation abusive « de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente ». Modifié par la loi NRE du 15 mai 2001, ce même article dispose désormais en son second alinéa qu'est prohibée, « dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur ». La suppression de la référence à l'absence de solution équivalente a pu être interprétée comme une volonté du législateur d'assouplir la qualification de l'abus de dépendance face à l'échec des règles relatives à l'abus de position dominante²²⁹. Les parlementaires ont certes paru souhaiter lutter plus efficacement contre la dépendance de certains acteurs économiques. Mais la nouvelle rédaction du texte incite la jurisprudence à

²²⁵ Y. REINHARD, C. NOURISSAT, S. PIERRE, *op. cit.*, p. 123, n°178.

²²⁶ Rapport 1985 de l'Autorité de la Concurrence, p. 17.

²²⁷ L. VOGEL, *op. cit.*, p. 77, n°11.

²²⁸ *Contra*, Cf. LUCAS DE LEYSSAC, M. CHAGNY, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? ». *RDC* 2009, p. 1274. À lire ces auteurs, sauvegarder la compétition favorise *ipso facto* la situation du faible à l'égard du fort « *puisque la loi du marché n'est pas la loi du plus fort mais la loi du meilleur, et qu'il y a souvent plus qu'une nuance entre les deux* ».

²²⁹ Voir notamment L. VOGEL, *Traité de droit des affaires. Tome 1, Du droit commercial au droit économique*, LGDJ - Lextenso, Paris, 19^e éd., 2010, n°915.

faire preuve d'une démarche trop abstraite dans l'appréciation de ses critères, laquelle conduit à l'atrophie de la sanction de l'abus de dépendance économique.

217. La caractérisation de l'état de dépendance économique sur le modèle de l'identification d'une position dominante en est la meilleure illustration. Sur ce point, la réforme de 2001 n'a d'ailleurs rien changé puisque nonobstant la nouvelle rédaction de l'article L. 420-2 al. 2, aussi bien l'Autorité de la Concurrence²³⁰, que la chambre commerciale de la Cour de cassation²³¹, ont continué à se référer explicitement à l'absence de solution équivalente avec, selon nous, plus ou moins de réussite. Au titre des points positifs, remarquons que magistrats et autorités de contrôle ne sont pas insensibles aux différentes formes de restrictions que subissent producteurs et distributeurs. Ainsi, tandis que l'état de dépendance d'une société A à l'égard d'une société B est en principe refusé si les deux entités n'ont jamais entretenu de relations commerciales²³², la consécration de la « dépendance d'assortiment » permet néanmoins de sanctionner le refus d'accès à un produit ou un service dont l'importance ou la notoriété met en cause la poursuite de l'activité économique²³³.

218. Est en revanche beaucoup plus critiquable l'assimilation de la dépendance à l'absence de solution équivalente, dans la mesure où celle-ci n'offre aucun recours à l'individu dont la soumission du libre arbitre restreint l'objet de son consentement à deux offres inéquitables, ce qui est loin de constituer un cas d'école dans des secteurs dominés par des oligopoles²³⁴. La notion de dépendance économique, nous venons de le voir, est envisagée comme une « impossibilité de substituer à un fournisseur donné un ou plusieurs autres pouvant répondre à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables »²³⁵. Partant, il suffit de constater que l'entreprise bénéficiait de solutions

²³⁰ Aut. Conc. 18 août 2003, n°03-D-42, « la dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce ne peut résulter que de l'impossibilité dans laquelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées, soit en qualité de client, soit en qualité de fournisseur, avec une entreprise ».

²³¹ Cass. com. 3 mars 2004, n°02-14529, D. 2004, p. 874, obs. E. CHEVRIER, « l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ».

²³² Cass. com. 7 janvier 2004, n°02-11014.

²³³ Cass. com. 9 avril 2002, n° 00-13921 ; Aut. Conc. 19 décembre 2001, n°01-D-81.

²³⁴ À propos du secteur de la grande distribution, voir M.-L. ALLAIN, C. CHAMBOLLE, « Les relations entre producteurs et distributeurs : bilan et limites de trente ans de régulation ». CECO-964, 2002, <hal-00243000>, pour qui il semble que l'abus de dépendance « ne soit pas un outil adapté ».

²³⁵ CA Versailles, CH. 14, 5 décembre 2007, n°07/05922 ; Cass. com. 12 février 2013, n°12-13603.

alternatives pour écarter toute idée de dépendance. L'offre qui émane d'un nouveau fournisseur, équivalente²³⁶, ou moins avantageuse²³⁷, au regard de celle avancée par le partenaire en position de force écarte toute idée de dépendance économique.

219. Des auteurs n'ont alors pas manqué de souligner que ce raisonnement constituait une limite à l'expansion de l'incrimination de l'abus de dépendance économique et à l'efficacité de sa fonction protectrice²³⁸. Il y a assurément une incompatibilité entre la notion de dépendance économique telle que nous l'entendons, du moins telle qu'elle nous paraît nécessaire pour appréhender les phénomènes de réduction de la liberté contractuelle, et la traduction qu'en donne le droit de la concurrence²³⁹. Ce dernier se borne en effet à constater l'existence d'une alternative et peu lui importe si la substance de l'offre de plusieurs fournisseurs est « équivalente » à la proposition du partenaire dominant²⁴⁰. On est décidément bien loin de la stigmatisation des absences d'alternatives satisfaisantes !

220. La superficialité du contrôle opéré se démarque très largement d'une conception élargie de la dépendance économique encouragée par le droit du travail. L'examen fait ainsi le lit d'une appréciation exclusivement quantitative du libre choix qui, si elle peut convenir au formalisme aveugle prôné par une certaine idée de la concurrence, n'est décidément pas la conception qui devrait guider, selon nous, une action en faveur des plus vulnérables²⁴¹. Il serait cependant injuste de conclure là notre propos en donnant l'impression de ne jeter la pierre qu'aux interprètes de la norme. Le législateur a une part de responsabilité essentielle

²³⁶ Aut. Conc. 21 novembre 1989, n°89-D-39, Société Kenner Parker Tonka France.

²³⁷ Cass. com. 12 juillet 2005, n°04-12388.

²³⁸ M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique en droit ». *LPA* 2004, n°120, p. 14.

²³⁹ Ainsi, pour Monsieur Laurent Aynès, « la contrainte est privation de choix : c'est donc en luttant contre les monopoles ou les oligopoles, en développant la concurrence, que l'on peut assurer le maintien d'un choix. Le traitement du problème est économique, bien plutôt que juridique », L. AYNÈS, « La contrainte en droit des contrats ». in *La contrainte*, L. Grynbaum (dir.), Economica, Études juridiques, Paris, 2007, p. 41, n°21.

²⁴⁰ L'hypothèse est déjà trop favorable à la thèse que nous combattons puisque l'état de dépendance à l'égard d'un groupe d'entreprises indépendantes n'a jamais été retenu, Aut. Conc. 20 janvier 2009, n°09-D-02.

²⁴¹ « Les Autorités en charge des marchés estiment en effet n'avoir pas à prendre en considération la dimension sociale des problèmes qu'elles traitent. Cela ne veut pas dire que cette dimension n'existe pas, mais qu'aucune instance n'est habilitée à autoriser les États à exciper de considérations sociales pour limiter le jeu du droit de la concurrence. Cela conduit à des décisions susceptibles de détruire d'un trait de plume l'existence de sociétés entières, surtout les plus pauvres », A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 1994, Préface, p. 31 ; contra J.-P. CHAZAL pour qui « il est pertinent de poser, comme condition d'existence de l'État de dépendance économique, l'absence de solution équivalente. En effet, même en droit des obligations, une partie qui dispose d'une solution équivalente ne saurait être considérée comme dépendante d'une autre », *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble, 1996, n°607.

dans cette position puisque, rappelons-le, la prohibition de l'abus de dépendance économique ne joue que « *dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence* »²⁴². Ce sont sans aucun doute les prescriptions légales qui, dans une large mesure, ont participé à leur propre atrophie. Pour autant les raisons de se montrer optimiste pour l'avenir ne manquent pas. L'heureuse réforme introduite par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 pourrait bien faire oublier ce que l'on veut bien considérer comme des maladroites rédactionnelles.

2. Une élimination des pratiques restrictives de concurrence dynamisée par la sanction du « *déséquilibre significatif* »

221. Dans sa version initiale, l'article 36 de l'ordonnance de 1986 identifiait trois sortes de pratiques restrictives : les pratiques discriminatoires²⁴³, le refus de vente et les ventes liées²⁴⁴. La loi du 1^{er} juillet 1996²⁴⁵ a introduit de nouvelles interdictions relatives au référencement abusif²⁴⁶, à la menace de rupture brutale des relations commerciales et à la rupture brutale de relations commerciales établies²⁴⁷. Avec la loi du 4 août 2008, dite loi de modernisation de l'économie²⁴⁸, ces incriminations sont désormais regroupées au sein de l'article L. 442-6-1 du Code de commerce qui identifie treize pratiques abusives²⁴⁹. Tandis que certaines d'entre elles reprennent les anciennes prohibitions, d'autres se distinguent par leur nouveauté. C'est le cas du 2^o de l'article précité aux termes duquel « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé par le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...) de soumettre ou de tenter de*

²⁴² L. 420-2 al. 2 du Code de commerce.

²⁴³ Était visé le fait de traiter différemment des clients ou des fournisseurs placés dans des situations comparables. La loi LME a toutefois supprimé la prohibition des discriminations.

²⁴⁴ Par lesquelles l'opération commerciale est subordonnée à la fourniture d'autres prestations.

²⁴⁵ Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

²⁴⁶ Consistant pour la centrale d'achat d'un grand groupe de distribution à exiger de la part des fournisseurs le versement d'importantes primes en contrepartie d'une chance de voir leurs offres de produits et leurs conditions de vente communiquées aux magasins de l'enseigne.

²⁴⁷ L'article L. 442-6 I 5° du Code commerce prévoit qu' « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...) 5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels (...)* ».

²⁴⁸ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

²⁴⁹ En incluant le rajout de trois nouvelles pratiques opéré par la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche.

soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

222. Telle la bonne foi ou l'équité, la référence à des « *obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » fait partie de ces notions dont la formulation imprécise constitue pour les juges un formidable outil au service d'une meilleure appréhension des engagements souscrits au terme d'un rapport de force inégalitaire²⁵⁰. Malgré un passage avec succès sous les fourches caudines du contrôle de constitutionnalité²⁵¹, il est cependant douteux que les opposants aux incursions prétoriennes dans la loi des parties, fut-elle celle de la plus forte, renoncent à agiter le spectre de l'insécurité juridique²⁵². Nombreux sont en effet les commentateurs de la loi LME à tenter d'en limiter la portée par des arguments dont la fragilité révèle, tout au contraire, l'étendue du potentiel régulateur qu'ils entendent lui contester. Celui-ci se manifeste aussi bien à travers la plasticité du cadre d'appréciation du déséquilibre significatif (a), que par l'abandon de la référence à un état préalable de dépendance économique (b).

a. La plasticité du cadre d'appréciation du déséquilibre significatif

223. Dans sa décision du 10 janvier 2011, le Conseil constitutionnel rappelle que la mention du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties figure depuis plusieurs années à l'article L. 132-1 du Code de la consommation ; par conséquent, « *en référence à*

²⁵⁰ Suivant cette orientation, la loi du 6 août 2015 sanctionne les distributeurs de produits agricoles et alimentaires qui pratiqueraient un prix d'achat de ces derniers, ne tenant pas compte des augmentations des coûts de production s'agissant de produits affectés par des fluctuations de prix des matières premières, sur ce point D. FERRIER, « La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques... en matière de distribution (?) ». *D.* 2015, p. 1904.

²⁵¹ Décision n°2010-85-QPC du 13 janvier 2011. Mettant en cause l'amende civile prévue au titre des sanctions de cette pratique abusive, une question prioritaire de constitutionnalité faisait valoir la méconnaissance, par la loi LME, du principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Y. PICOD, « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel ». *D.* 2011, p. 415 ; A. DADOUN, « Faut-il avoir peur du "déséquilibre significatif" dans les relations commerciales ? ». *LPA* 2011, p. 17.

²⁵² Voir notamment A. DADOUN, *op. cit.* ; Cl. LUCAS DE LEYSSAC, M. CHAGNY, Muriel, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? ». *RDC* 2009, p. 1298 ; Y. UTZSCHEIDER, A. LAMOTHE, « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? ». *RDC* 2009, p. 1261 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Première sanction de déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir "une machine à hacher le droit" ? ». *RLC* 2010, n°23, p. 43.

cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire »²⁵³. L'analogie ainsi opérée avec le droit de la consommation a été l'occasion de s'interroger non seulement sur l'objet du déséquilibre désormais prescrit en droit de la concurrence, mais également sur les modalités de son appréciation, avec à chaque fois la tentation, pour quelques-uns, de ne retenir que l'interprétation la plus restrictive.

224. D'une part, certains auteurs ont jugé paradoxal d'envisager l'instauration d'un contrôle du prix convenu entre deux professionnels là où un tel examen avait été expressément exclu par l'article L. 132-1 du Code de la consommation²⁵⁴. Il semble toutefois que l'on ne puisse reproduire à l'identique en droit de la concurrence les solutions dégagées par la législation consumériste²⁵⁵, la rédaction de l'article L. 442-6-1 2° du Code de commerce se démarquant nettement de celle de son homologue en droit de la consommation²⁵⁶. Contrairement à cette dernière, l'incrimination commercialiste ne distingue pas selon que le déséquilibre porte sur l'objet principal de la convention ou sur une prestation accessoire²⁵⁷. L'heureuse généralité des termes consacrés par le législateur permet au juge d'appréhender l'ensemble des paramètres de l'acte juridique soumis à son appréciation.

225. D'autre part, c'est l'admission d'un déséquilibre qui, selon le procédé retenu, conditionne dans une assez large mesure la portée et l'efficacité de la régulation impulsée par la loi LME. Sur ce point, les récents avis rendus par le Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC)²⁵⁸, tout comme les travaux de la Médiation des relations interentreprises²⁵⁹, témoignent de la préférence des autorités de contrôle pour une analyse clause par clause des déséquilibres significatifs. Est-ce à dire que l'économie du contrat doit demeurer étrangère à l'appréhension de ces derniers ? Rien n'est moins sûr. Il est tout d'abord

²⁵³ Décision n°2010-85 QPC du 13 janvier 2011.

²⁵⁴ Faisant même valoir que « plus le juge s'immiscera dans la fixation du prix, par une conception extensive du déséquilibre significatif, plus on s'écartera de la volonté initiale du législateur de rétablir la libre négociabilité tarifaire », Y. UTZSCHEIDER, A. LAMOTHE, *op. cit.*, p. 1265.

²⁵⁵ A. BERG-MOUSSA, « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements ». *JCP E* 2012, p. 29, n°17.

²⁵⁶ G. CHANTEPIE, note sous T. com. Lille, 7 septembre 2011, n°2009-05105, *JCP E* 2011, p. 928.

²⁵⁷ A. DADOUN, *op. cit.*, p. 20, n°8.

²⁵⁸ Pour un aperçu de ces avis voir A. BERG-MOUSSA, *op. cit.*, p. 30, n°24.

²⁵⁹ Rapport d'activité 2010/2011 disponible sur <http://www.mediateur.industrie.gouv.fr/rapport.php>.

probable que ce type de contrôle tienne à l'influence encore persistante du droit de la consommation ; on conçoit aisément que face à une législation nouvelle, magistrats et experts procèdent par tâtonnement en s'appuyant sur des techniques déjà éprouvées. Passé le temps de l'apprentissage, ceux-ci sauront sans doute faire un usage moins timoré des instruments inédits mis à leur disposition, comme le démontre cet arrêt de la cour d'appel de Nancy qui, pour rejeter la qualification d'un déséquilibre significatif, a fondé son examen sur l'économie générale du contrat²⁶⁰. Ensuite, il ne faut pas perdre de vue que la rédaction de l'article L. 442-6-1 2° du Code de commerce invite à une approche globale des déséquilibres²⁶¹, pouvant même aller jusqu'à donner au juge les moyens d'éliminer les engagements qu'il estimera lésionnaires²⁶², dans le cadre d'un examen enfin libéré de l'exigence préalable d'un état de dépendance économique.

b. L'heureux abandon de l'état de dépendance économique

226. Nous avons pu observer que l'existence d'un état de dépendance économique préalable à la sanction des abus de domination était rarement retenue, la jurisprudence se satisfaisant d'une solution simplement équivalente, voire même moins favorable, pour rejeter la qualification. Fort de cet enseignement, l'article L. 442-6-1 du Code de commerce a abandonné toute mention d'un état de dépendance économique²⁶³. Pourtant, à l'instar de la résistance opposée à la suppression de la référence à « *l'absence de solution équivalente* » par la loi NRE du 15 mai 2001, les craintes suscitées par la loi LME conduisent certains auteurs à proposer de subordonner le contrôle juridictionnel des déséquilibres significatifs à

²⁶⁰ CA Nancy, 14 décembre 2011, n°10/02664. Souhaitons cependant qu'il s'agisse ici d'un contrôle véritablement assumé de l'économie générale du contrat, et non d'une instrumentalisation des modalités d'appréciation au service d'une admission restrictive des déséquilibres significatifs

²⁶¹ R. SAINT-ESTEBEN, « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation ». *RDC* 2009, p. 1282, n°20.

²⁶² M. BEHAR-TOUCHAIS, « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? ». *RDC* 2009, p. 1259, n°3.

²⁶³ Suivant en cela les orientations suggérées par Madame Hagelsteenn, alors présidente de l'Autorité de la Concurrence, ayant relevé que dans sa rédaction antérieure, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce était « *en pratique, très peu appliqué (seules deux décisions auraient été rendues par des juges du fond depuis l'adoption de cette disposition en 2001, selon les indications données par la DGCCRF)*. En effet, le juge paraît enclin à ne pas donner des notions de dépendance économique ou de puissance d'achat des acceptions différentes de celles retenues dans le cadre du Titre II, qui sont assez exigeantes », M.-D. HAGELSTEEN, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, Rapport au ministre de l'Economie, des Finances et de l'Emploi et au secrétaire d'Etat chargé de la consommation et du tourisme, 12 février 2008, p. 29, cité par A. BERG-MOUSSA, *op. cit.*, p. 27, n°7.

l'établissement d'une inégalité économique entre les parties à l'engagement²⁶⁴, ouvrant ainsi la voie à un retour malvenu de la dépendance économique.

227. Une partie de la doctrine n'a en effet pas hésité à découvrir dans l'actuelle rédaction de l'article L. 442-6-1 2° du Code de commerce une interdiction de condamner les déséquilibres contractuels lorsque ceux-ci seraient identifiés au sein de conventions librement négociées. Le recours à l'expression « *soumettre ou tenter de soumettre* » traduirait ainsi la volonté du législateur de réserver la sanction de la disproportion des prestations aux hypothèses dans lesquelles la liberté contractuelle d'un des protagonistes serait entravée par la puissance de l'autre²⁶⁵. L'argument ne convainc guère tant il paraît jouer sur les mots. Tout d'abord, le choix du verbe « soumettre » peut parfaitement s'expliquer par la substance des obligations mises à la charge de l'un des contractants. Dans la mesure où ces dernières présentent un caractère déséquilibré, il est logique de mobiliser un terme évoquant l'idée d'une charge et non d'un gain ou d'un avantage. Il ne viendrait à l'idée de personne d'affirmer que l'on « bénéficie » ou que l'on « jouit » d'un engagement reposant sur « *un déséquilibre significatif* » dont profite exclusivement notre partenaire juridique²⁶⁶. Ensuite, si l'on admet pour un instant un cantonnement de l'incrimination aux contrats dont le contenu n'a pas été discuté²⁶⁷, rien n'interdit de considérer que le déséquilibre significatif fait présumer cette absence de négociation, sans qu'il soit nécessaire d'exiger la preuve d'une réduction de la liberté contractuelle.

228. Faut-il dès lors écarter toute référence à une altérité de puissance économique ? Nous ne le pensons pas²⁶⁸. Ce qui est certain, c'est que le renvoi à la dépendance économique est à

²⁶⁴ « (...) la seule disproportion contractuelle suffit à constituer le délit civil, sans qu'il y ait besoin de prouver la présence d'un autre élément tel que la discrimination, le chantage ou l'abus de dépendance. Il faut donc souhaiter que la jurisprudence ne suive pas la lettre du texte, mais s'en détache pour ne sanctionner les disproportions constatées que lorsqu'elles trouvent leur cause efficiente dans une relation de dépendance ou, plus largement, un déséquilibre de puissance économique », Y. REINHARD, C. NOURISSAT, S. PIERRE, *op. cit.*, n°220.

²⁶⁵ A. DADOUN, *op. cit.*, p. 21, n°12 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Première sanction de déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir "*une machine à hacher le droit*" ? ». *RLC* 2010, n°23, p. 45, n°7.

²⁶⁶ *Contra*, R. SAINT-ESTEBEN, *op. cit.*, p. 1278, n°10.

²⁶⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, *op. cit.*, p. 45.

²⁶⁸ *Contra*, S. LE GAC-PECH, note sous Cass. com. 3 mars 2015, *JCP E* 2015, 1207, pour qui « le nouveau texte offre des perspectives de contrôle de l'équilibre de la relation commerciale plus larges que son prédécesseur. Désormais, démontrer qu'une pratique crée un déséquilibre significatif au détriment d'un partenaire commercial ne requiert pas de prouver, au préalable, que l'auteur de la pratique détient une puissance d'achat

proscrire²⁶⁹, comme ne rentrant ni dans la rédaction arrêtée par le législateur, ni dans la régulation entreprise par la loi LME face aux écueils de la jurisprudence rendue en matière de lutte contre les pratiques restrictives de concurrence²⁷⁰. En revanche, il semble difficile de s'affranchir d'un examen des conditions de l'échange sans ouvrir la voie à une consécration de lésion qualifiée qui, de toute évidence, ne relève pas des objectifs assignés à l'article L. 442-6-1 du Code de commerce²⁷¹. Une interprétation objective de l'abus nous paraît donc devoir être exclue au profit d'un examen subjectif situant le déséquilibre dans le sillage d'un rapport de force défavorable à la partie qui s'en prétend victime. L'attention du législateur et l'examen du juge se cristallisent ici sur le contenu obligationnel de l'acte juridique dont les traits peuvent stimuler, si ce n'est une présomption de vulnérabilité d'un des protagonistes, du moins la recherche d'un éventuel déséquilibre de puissance économique lors de l'échange des consentements. C'est d'ailleurs ce qui ressort d'un arrêt récent de la chambre commerciale de la Cour de cassation considérant que « *l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie* »²⁷².

229. L'interprétation subjective favorise en outre une cohérence des dispositions du droit de la concurrence avec les prescriptions des législations voisines partageant la même aversion pour les déséquilibres conventionnels significatifs. On peut ainsi établir un parallèle avec

ou de vente. L'objectif n'est plus de contrôler la formation des relations commerciales, mais davantage de contrôler l'exécution des contrats commerciaux ».

²⁶⁹ S. LE GAC-PECH, *ibidem*, « le nouveau texte offre des perspectives de contrôle de l'équilibre de la relation commerciale plus larges que son prédécesseur. Désormais, démontrer qu'une pratique crée un déséquilibre significatif au détriment d'un partenaire commercial ne requiert pas de prouver, au préalable, que l'auteur de la pratique détient une puissance d'achat ou de vente. L'objectif n'est plus de contrôler la formation des relations commerciales, mais davantage de contrôler l'exécution des contrats commerciaux. La volonté d'assurer l'égalité de traitement des contractants au travers la sanction des abus de dépendance ou de l'exploitation abusive d'un état de dépendance a cédé la place à un contrôle de l'équilibre des prestations et du contrat »,

²⁷⁰ Ce qu'un auteur pourtant peu favorable au potentiel régulateur de la loi LME admet sans peine, « *l'objectif de la loi LME a été de contrer cette jurisprudence pour renforcer l'efficacité du contrôle des abus. Les critères de la dépendance économique (absence de solution équivalente, prise en compte des parts de marché, restriction portée à la concurrence) sont à exclure* », A. DADOUN, *op. cit.*, p. 21.

²⁷¹ Il faut souligner les termes du Projet de loi de modernisation de l'économie qui visait à inscrire cette dernière dans un « *système de sanction plus dissuasif pour empêcher les abus de puissance d'achat ou de vente* », Ch. LAGARDE, *Projet de loi de modernisation de l'économie, document Agir pour la croissance et l'emploi*, 28 avril 2008, mesure n°16, cité par R. SAINT-ESTEBEN, *op. cit.*, p. 1279, n°11.

²⁷² Cass. com. 3 mars 2015, n°13-27525, à paraître au Bulletin, voir plus largement G. PIGNARRE, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses ». *JCP* 2015, 603, spé. p. 1011, observant qu'en dehors des contrats de distribution, de nombreux arrêts des juges du fond refusent de reconnaître l'existence d'un déséquilibre significatif « *en se fondant sur le fait que le contrat a été négocié* » (par exemple CA Paris 29 janvier 2014, n°12/07258 ; 17 octobre 2014, n°12/07622 ; 30 mai 2014, n°11/23178) ; voir également J.-L. FOURGOUX, L. DJAVADI, « Les clauses contractuelles à l'épreuve du "déséquilibre significatif" : état de la jurisprudence ». *JCP E* 2013, 1691.

l'article L. 132-1 du Code de la consommation relatif aux clauses abusives qui, en son cinquième alinéa, précise que « *le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion* ».

230. Dans le même sens, quoique sur le terrain prospectif, un auteur ne manque pas de relever la proximité de cette interprétation avec le nouvel article L. 1122-2 du Code civil proposé par le projet Catala et selon lequel « (...) *la clause qui crée dans le contrat 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* »²⁷³. Il en va de même en comparaison avec l'article 4 : 110 des Principes du droit européen des contrats, qui dispose qu' « *une clause qui n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle peut être annulée par une partie si, contrairement aux exigences de la bonne foi, elle crée à son détriment un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, eu égard à la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion* »²⁷⁴. Enfin, l'article 1171 issu de la réforme du droit des contrats prévoit que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* »²⁷⁵.

231. Promise à un brillant avenir de par l'étendue de son potentiel régulateur²⁷⁶ et l'efficacité des sanctions instaurées par la loi LME²⁷⁷, on peut légitimement croire en cette disposition pour revigorer l'élimination des pratiques restrictives de concurrence. La démarche initiée par ce versant du droit de la concurrence entérine par ailleurs l'irréductibilité de la dépendance économique par les techniques protectrices du consentement. Elle légitime du même coup le

²⁷³ Cité par R. SAINT-ESTEBEN, *op. cit.*, p. 1280, n°14.

²⁷⁴ Encore que dans une surprenante analogie avec le Code de la consommation français, le texte ne s'applique pas « (a) à une clause qui définit l'objet principal du contrat, pour autant que la clause est rédigée de façon claire et compréhensible, (b) ni à l'adéquation entre la valeur respective des prestations à fournir par les parties ».

²⁷⁵ Son alinéa 2 précise toutefois que « *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* ».

²⁷⁶ M. PÉDAMON, H. KENFACK, *op. cit.*, p. 628, n°657.

²⁷⁷ L'auteur des pratiques litigieuses verra ainsi sa responsabilité civile engagée. Il pourra en outre être poursuivi par « *toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la Concurrence (...)* » (article L. 442-6, III du Code de la concurrence), l'action de ces derniers tendant désormais à la cessation des pratiques, à la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et enfin au versement de dommages-intérêts.

renfort d'un ordre public prétorien tel que le droit du travail le conçoit, au service d'une meilleure appréhension des engagements marqués, notamment, par la dépendance économique de l'un des protagonistes.

Section 2 : Le renfort d'un ordre public prétorien stimulé par le droit du travail

232. Il arrive parfois que l'expression de la volonté subisse l'emprise de certaines contraintes de fait dont la soumission, par le Droit, s'avère aléatoire. Ayant pu observer l'irréductibilité de la dépendance économique par les techniques protectrices du consentement déployées par le droit positif, faut-il conclure à l'impuissance de la norme face aux restrictions du libre choix ? La réponse est heureusement négative, à condition toutefois de bien s'entendre sur la stratégie à adopter. Les effets d'une dépendance économique synonyme de domination méritent assurément d'être jugulés, mais ce n'est pas nécessairement en s'attaquant aux causes du phénomène que l'on obtiendra en temps voulu les résultats les plus probants.

233. La législation sur les baux d'habitation nous en fournit la meilleure illustration. Tirant profit du manque de logements disponibles, certains propriétaires se trouvent en position de dicter leurs conditions à des individus ou des familles confrontés à l'urgence de trouver un toit. S'il fallait compter uniquement sur les nouvelles constructions ou les rénovations d'immeubles pour rétablir un rapport de force moins favorable aux bailleurs, il semble que l'on pourrait attendre encore longtemps l'avènement d'un marché de la location où la qualité et la quantité de l'offre puissent garantir au futur preneur les conditions d'une véritable négociation. Nonobstant l'opportunité des politiques d'augmentation du nombre de logements sociaux²⁷⁸, on mesure donc ici toute l'utilité d'un droit du bail caractérisé par une régulation de la substance des conventions *via*, notamment, un encadrement des augmentations, des loyers ou des facultés de résiliation à l'initiative des bailleurs²⁷⁹.

De même, l'instauration d'un salaire minimum fixe une limite à la libre détermination du salaire par le marché de l'emploi²⁸⁰. Plutôt que d'escompter de l'adéquation des offres

²⁷⁸ On pourrait bien sûr rétorquer que c'est encore du Droit, la mise en œuvre des politiques publiques s'appuyant matériellement sur l'édiction de normes. Mais ce serait jouer sur les mots que de nier toute différence entre la régulation d'un échange centré sur l'encadrement de son contenu et la poursuite de ce même objectif par les tentatives d'assurer *ab initio* les conditions d'une négociation équilibrée.

²⁷⁹ La mise en perspective de ces deux manifestations d'une même ambition correctrice révèle l'opposition entre les interventions dirigistes pour la seconde et les législations d'inspiration néolibérale avec la première ; sur ce point voir J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux, Presses universitaires Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1998, n°103 ; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, Paris, 3^e éd., 1993, n°131.

²⁸⁰ J.-P. COURTHÉOUX, « Le salaire minimum, étalon de valeur ». *Dr. soc.* 1984, p. 100.

d'emplois et de la demande de travail un niveau de rémunération suffisant, le législateur et les partenaires sociaux ont décidé de déterminer eux-mêmes le seuil en-deçà duquel la contrepartie à la prestation de travail est jugée insuffisante. Ces exemples suffisent à démontrer qu'il est des situations où il vaut mieux se refuser à lutter frontalement contre l'existence des éléments objectifs de fait pour, au contraire, tenter d'en contrebalancer les effets par la promotion d'éléments objectifs de droit ; on parlera alors d'une objectivation du contenu obligationnel de l'acte juridique²⁸¹. Même si elle ne dit pas toujours son nom, l'objectivation de l'acte juridique peut être observée dans la plupart des situations où les auteurs constatent une pénétration de l'ordre public économique au cœur des échanges marchands²⁸². C'est dire la fréquence et l'intensité du procédé lorsque l'on songe au développement qu'a connu le phénomène depuis plusieurs décennies.

234. Au sens le plus large, l'ordre public renvoie à la norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions²⁸³. Cette expression d'un intérêt supérieur affiche tantôt le visage d'un ordre public politique, tantôt les traits d'un ordre public économique. Dans le premier cas, le législateur veille à ce que le pouvoir créateur de la volonté ne vienne pas perturber l'intégrité des valeurs et des institutions qu'il considère comme fondamentales. C'est ce que Carbonnier désigne par l'image des « *colonnes de la cité* » afin d'y ranger « *l'Etat, la famille et l'individu* »²⁸⁴. La seconde manifestation de l'ordre public prend l'aspect d'une intervention étatique au cœur des échanges économiques dont elle entreprend de réglementer la substance²⁸⁵ : c'est l'ordre public dit « économique », que l'on présente classiquement comme l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports

²⁸¹ Rappelons que le contenu obligationnel exprime ce à quoi les parties se sont engagées, là où la force obligatoire renvoie à la question de savoir pourquoi les obligations véhiculées par l'acte juridique doivent être exécutées. Voir Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°54.

²⁸² Même si l'objectivation y est davantage présentée comme résultant de la loi que procédant de l'action du juge.

²⁸³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013, p. 714.

²⁸⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil - Les biens - Les obligations*, PUF, Quadrige, Paris, 22^e éd., 2004, p. 2038, n°985. À la lumière du droit communautaire et de la Convention européenne des droits de l'homme, certains auteurs complètent ce triptyque par l'affirmation d'un ordre public dit écologique, M. BOUTELET, J.-C. FRITZ, *L'ordre public écologique*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

²⁸⁵ L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats ». in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadiet, G. Cornu, (dir.), Economica, Paris, 1987, p. 7.

contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat²⁸⁶.

235. Bien conscient que la liberté contractuelle n'empêche pas que l'inégalité de puissance économique aboutisse à ce que le plus fort dicte sa loi au plus faible²⁸⁷, il convient alors de rééquilibrer l'acte juridique par un apport d'éléments objectifs venant contrarier la dépendance économique en renforçant le pouvoir juridique de la volonté affaiblie²⁸⁸. D'aucuns pourraient ressentir une certaine gêne à voir l'action modélisatrice du juge évoquée concomitamment à la formation de l'acte juridique. Il est vrai que la rencontre des volontés est avant tout l'affaire des parties à l'engagement, si bien que le déploiement de l'autorité prétorienne demeure le plus souvent envisagé lors de la phase d'exécution de l'acte juridique.

236. Pour autant, il ne faut pas oublier le poids des éléments objectifs de droit dans la prise de décision de l'individu. Tel que l'a parfaitement démontré le Professeur Hauser²⁸⁹ et comme nous l'avons souligné précédemment²⁹⁰, l'environnement juridique joue un rôle essentiel dans la constitution de la réflexion interne préfigurant la manifestation de la volonté de s'engager. Or, loin de se borner à l'examen des normes légales, la considération du droit positif dans le processus décisionnel s'entend également de la prise en compte des règles dégagées par la jurisprudence. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si certains manuels de droit des obligations font expressément mention d'un ordre public jurisprudentiel dans leurs développements relatifs à la licéité de l'opération contractuelle²⁹¹.

L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique peut alors tenir à la reconnaissance, et la défense, d'une pratique prétorienne marquée par l'immixtion du juge

²⁸⁶ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1963, tome 37, n°30.

²⁸⁷ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, Paris, 6^e éd., 1998, n°735.

²⁸⁸ J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux, Presses universitaires Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1998, n°140, l'auteur en conclut que « l'ordre public réalise ce rééquilibrage notamment en réglementant le contenu du contrat ».

²⁸⁹ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse Paris, 1969, p. 89.

²⁹⁰ Voir *supra*, *L'influence de la règle de droit sur la formation de la volonté*, n°110 et s.

²⁹¹ A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 14^e éd. 2014, n°159 ; L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats ». *RTD civ.* 1937, p. 12 : « entre les parties, le contrat tisse une trame obligatoire de plus en plus riche ; une foule d'obligations en naissent aujourd'hui qui n'en découlaient point jadis. Le plus souvent, ces obligations de droits nouveaux n'ont pas été voulues ni même envisagées par les parties, mais elles sont incluses de vive force dans le cadre contractuel par la loi ou par la jurisprudence ».

dans la substance des droits et obligations convenus par les parties. On songe notamment ici au contrôle de la validité des clauses de sujétions²⁹², et en particulier à la clause de non-concurrence²⁹³, à la consécration d'un devoir d'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi²⁹⁴, ou encore à la substitution d'un secteur géographique à la stipulation du lieu d'exécution du contrat de travail²⁹⁵.

D'une manière plus générale, les développements qui vont suivre contribuent, croyons-nous, à légitimer, à la lumière du droit du travail, un renforcement de l'interventionnisme juridique au cours de l'exécution de l'acte juridique²⁹⁶. C'est là la condition *sine qua non* pour une éventuelle transposition des solutions travaillistes au service d'une meilleure régulation des rapports de force entre cocontractants, et d'un l'encouragement à la pérennité de l'engagement dont l'une des parties tire les moyens de son existence. Dans l'une et l'autre de ces situations, le juge joue en effet un rôle essentiel, qu'il s'agisse, par exemple, de contrôler les phénomènes de pouvoir dans le contrat²⁹⁷, ou qu'il lui incombe de suspendre un acte juridique²⁹⁸, d'en adapter le contenu²⁹⁹, voire d'apprécier le bien-fondé de sa rupture en examinant, notamment, la légitimité du motif avancé³⁰⁰. Or, la mise en oeuvre de l'ensemble de ces techniques dépend étroitement de la représentation que l'on se fait de la faculté du juge à intervenir dans le contenu obligationnel de l'acte juridique et à peser sur sa force obligatoire.

Il ne s'agit toutefois pas ici d'occulter les risques liés à l'interventionnisme judiciaire³⁰¹. Nous sommes conscients que l'immixtion du juge dans la loi des parties peut, dans certains cas,

²⁹² Voir *infra*, *L'exigence de proportionnalité dans la validité des clauses de sujétions*, n°416 et s.

²⁹³ Voir *infra*, n°420 et s.

²⁹⁴ Voir *infra*, *La constitution de l'obligation d'adaptation en droit du travail*, n°554 et s.

²⁹⁵ Voir *infra*, *Un recours contestable à la clause informative*, n°676 et s.

²⁹⁶ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis droit, Paris, 2^e éd., 2013, p. 442 et s.

²⁹⁷ Voir *infra*, *L'apport du droit du travail au contrôle du pouvoir dans l'engagement bilatéral*, n°395 et s.

²⁹⁸ Voir *infra*, *Une appréciation extensive de l'impossibilité momentanée d'exécution en droit du travail*, n°615 et s.

²⁹⁹ Voir *infra*, *La tentative rationae materiae d'un rétablissement de l'équilibre initial*, n°591 et s.

³⁰⁰ Voir *infra*, *L'apport du droit du travail au contrôle de la légitimité de la rupture de l'acte juridique*, n°822 et s.

³⁰¹ Sur ce point, la doctrine publiciste et constitutionnaliste apporte un éclairage particulièrement intéressant, F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^e République*, Bruylant, 2001 ; voir également M. TROPER, « Le bon usage des spectres – Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Mélanges Conac*, Economica, Paris, 2001, p. 49 ; J.-S. NAVARRO, « Standards et règles de droit », *RRJ* 1988, p. 845.

menacer les prévisions des contractants³⁰². Le droit du travail n'ignore d'ailleurs rien de ce danger d'instabilité juridique³⁰³. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer les débats auxquels a donné lieu, pour prendre un exemple récent, la remise en cause de la validité de certaines conventions de forfait en jours par la chambre sociale de la Cour de cassation³⁰⁴. De la même manière, on ne saurait prétendre que l'intervention prétorienne sur le contenu contractuel donne nécessairement lieu à des arbitrages opportuns. En ce sens, la substitution, par la Cour de cassation, d'un secteur géographique à la clause mentionnant le lieu de travail, et sur laquelle nous reviendrons plus en détail³⁰⁵, paraît très contestable. Il ne faut ainsi pas perdre de vue que l'exercice de pouvoirs d'interprétation et de correction renforcés peut produire des effets variables, selon l'état d'esprit ou les orientations politiques de leurs titulaires³⁰⁶.

237. Cela étant, nous verrons que le droit du travail offre néanmoins quelques-unes des manifestations les plus significatives et les plus convaincantes de l'importance du rôle correcteur du juge en matière d'engagements marqués par la vulnérabilité d'une des parties. La matière peut alors guider la pose des jalons nécessaires à l'admission d'un renfort de l'ordre public prétorien. Elle éclaire ainsi la fonction normative de cette tendance (I), tout en soulignant son *modus operandi* (II).

I. Une fonction normative soulignée par le droit du travail

238. Qu'il s'agisse de la constater pour la déplorer ou de la reconnaître afin de mieux l'appréhender, la fonction normative de l'ordre public prétorien suscite, nous le verrons, des prises de positions divergentes³⁰⁷. Sa justification tient toutefois à deux considérations essentielles que le droit du travail paraît aujourd'hui partager, là où le droit des obligations se montre davantage circonspect : l'admission du pouvoir créateur de la jurisprudence d'une part

³⁰² Voir *infra* n°257 et s.

³⁰³ A. MAZEAUD, « La sécurité juridique et la décision des juges ». *Dr. soc.* 2006, p. 744 ; B. TEYSSIÉ, « Sur la sécurité juridique en droit du travail ». *Dr. soc.* 2006, p. 703 ; P. MORVAN, « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? ». *Dr. soc.* 2006, p. 707.

³⁰⁴ G. PIGNARRE, « L'office du juge dans la sécurisation des conventions de forfait en jours ». *RDT* 2014, p. 746.

³⁰⁵ Voir *infra* n°674 et s.

³⁰⁶ Voir l'emblématique ouvrage d'E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, Dalloz, Paris, 2005 (1921), observant la résistance de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique à l'émergence d'une législation sociale.

³⁰⁷ L'idée même que l'ordre public prétorien puisse se trouver investi d'une fonction normative n'a pour certains rien d'évident.

(A), la mise en perspective de l'objectivation prétorienne du contenu obligationnel de l'acte juridique avec l'impératif de sécurité juridique d'autre part (B).

A. L'admission du pouvoir créateur de la jurisprudence

239. À l'ancien étudiant en droit, la formulation retenue rappellera probablement quelques souvenirs³⁰⁸. Maintes fois traitée, d'aucuns la qualifiant de lancinante³⁰⁹, la question prend néanmoins ici une coloration singulière puisqu'il s'agit de comparer les approches dont elle fait respectivement l'objet chez les civilistes et les travaillistes. Tandis que les premiers, dans leurs manuels, s'interrogent sur la reconnaissance de la jurisprudence en tant que source de droit, les seconds la tiennent pour acquise et s'intéressent davantage à ses modes d'expression.

S'il convient alors de rappeler brièvement pourquoi la jurisprudence demeure une source de droit suspecte dans la théorie générale de l'acte juridique (1), c'est moins pour en démontrer le particularisme que dans le but d'encourager une rupture avec de telles réserves en s'appuyant sur les raisons d'une plus large acceptation du phénomène en droit du travail (2).

1. Une suspicion injustifiée dans la théorie générale de l'acte juridique

240. Parfois qualifiée de mystérieuse³¹⁰, la jurisprudence désigne couramment l'ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du Droit ou même dans la création du Droit³¹¹. Nous ne reviendrons pas sur les caractéristiques intrinsèques de la jurisprudence, nombre de manuels d'introduction générale au droit remplissent déjà parfaitement cet office³¹². En revanche, la question de savoir si la jurisprudence doit y être considérée comme une source de droit à part entière mérite une attention particulière. Il

³⁰⁸ Répondre à la question de savoir si la jurisprudence est ou non une source de droit fait figure de passage obligé pour tout étudiant de première année de licence.

³⁰⁹ L. BACH, « La jurisprudence est-elle oui ou non une source de droit ? (Tentative pour mettre fin à une lancinante interrogation) ». *Mélanges Héron*, LGDJ, Paris, 2009, p. 47.

³¹⁰ Notamment F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 9^e éd., 2012, n°347.

³¹¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013, p. 357.

³¹² Voir par exemple, J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Paris, 27^e éd., 2004 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, LGDJ, Traité de droit civil, Paris, 4^e éd., 1994 ; H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, Leçons de droit civil, Paris, 9^e éd., 1998 ; F. TERRÉ, *op. cit.*

convient en ce sens de distinguer, tout en les réfutant, les arguments qui l'excluent aux motifs de son manque de légitimité (a), de ceux qui lui contestent un tel rôle en prétextant son infériorité aux autres sources de droit (b).

a. Le rejet de l'illégitimité de la norme jurisprudentielle

241. Certains auteurs refusent catégoriquement à la jurisprudence la qualification de source de droit et choisissent de la ranger parmi les autorités en droit civil, au même titre que la doctrine³¹³. À l'appui de ce positionnement, Carbonnier expose notamment que le jugement serait enfermé dans un statut constitutionnel destiné à l'empêcher de devenir règle de droit³¹⁴, comme en dispose l'article 5 du Code civil interdisant les arrêts de règlement. Semblable prohibition, ajoute-t-il, ne serait rien d'autre qu'un corollaire du principe de la séparation des pouvoirs³¹⁵. Il est néanmoins permis de ne pas partager cette opinion.

242. Si l'on s'accorde à voir dans un arrêt de règlement un arrêt applicable à un cas déterminé susceptible d'élaborer une règle elle-même applicable à de nombreux cas d'espèces analogues³¹⁶, le rempart érigé par l'article 5 du Code civil est cependant régulièrement contourné par la jurisprudence de la Cour de cassation³¹⁷, et ce, dans des hypothèses que l'on aurait tort de limiter aux arrêts dits de principe. Quai de l'horloge, l'énoncé d'une solution rendue à propos d'un contentieux spécifique se fonde en effet sur des qualifications juridiques pouvant être mobilisées dans le cadre de litiges analogues, conférant ainsi à la décision un indiscutable degré de généralité³¹⁸. Hébraud ne disait pas autre chose lorsqu'il écrivait que l'article 5 ne prohibe aucunement à partir de la décision concrète et particulière, l'induction qui dégage dans un arrêt un principe susceptible de généralisation³¹⁹.

³¹³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 267 et s.

³¹⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 273.

³¹⁵ J. CARBONNIER, *ibidem*.

³¹⁶ C. PUIGELIER, « La création du droit (Libres propos sur la norme jurisprudentielle) ». *RRJ* 2004, p. 18, n°3.

³¹⁷ C. PUIGELIER, *ibidem*.

³¹⁸ Sur ce point, l'apprentissage du commentaire d'arrêt est révélateur de la recherche de généralité dans la décision examinée. Loin de se borner à une reprise des éléments factuels contenus dans la décision, l'exposé du problème de droit exige de repérer les notions juridiques soumises à l'examen de la Cour de cassation. V. par exemple J.-P. BRANLARD, *Méthode de travail pour l'Introduction au droit et le droit civil*, Gualino, Lextenso, Paris, 2013, 3^e éd., p. 85 et s.

³¹⁹ P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges Couzinet*, PU Toulouse, Toulouse, 1974, p. 339.

243. À cela, il est toujours possible de rétorquer qu'une pratique déviante ne saurait tenir lieu de règle. Mais l'argument tiré d'une méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs n'emporte pas davantage la conviction. Par-delà l'idée d'une habilitation implicite du législateur qui justifierait le pouvoir créateur de la jurisprudence³²⁰, la dialectique du pouvoir législatif et de l'autorité judiciaire doit être bien comprise³²¹. Contester à la jurisprudence le statut de source créatrice du droit procède à la vérité d'une lecture excessivement séparatiste de *l'Esprit des lois*³²². Pour preuve, le propos de Montesquieu lui-même, affirmant que « *pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* »³²³. Aussi, rompant avec l'image d'un strict cloisonnement, Eisenmann met-il plus volontiers l'accent sur la participation du juge à l'édition de la norme, dans une logique d'équilibre entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire³²⁴. On assiste alors à ce que certains auteurs dénomment une collaboration fonctionnelle³²⁵, pour ce qui s'apparente ici moins à une séparation qu'à un partage des pouvoirs. Au rejet de l'illégitimité de la norme jurisprudentielle succède alors la récusation de son infériorité technique.

b. La récusation de l'infériorité technique de la norme jurisprudentielle

244. Selon une doctrine désormais majoritaire, la véritable question que pose aujourd'hui la jurisprudence n'est pas tant de vérifier sa capacité à créer des normes que celle de son assimilation aux autres sources formelles, telles que la loi ou le règlement³²⁶. « *Ce qui, pour le Professeur Terré, constitue la faiblesse congénitale de la jurisprudence, c'est sa position*

³²⁰ Voir A. SÉRIAUX, « Le juge au miroir. L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain ». in *Mélanges Mouly*, tome 1, Litec, Paris, 1998, p. 171, pour qui « *la Cour de cassation ne tient sa potestas que de la tolérance du législateur* ».

³²¹ Lecture que résume parfaitement dans sa thèse Monsieur Frédéric Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Fondation Varenne, LGDJ, Paris, 2009, tome 24, n°139 et s.

³²² Il faut cesser « *si on a le souci d'une terminologie exacte, de désigner le système de Montesquieu du nom de système de la séparation des pouvoirs* », Ch. EISENMANN, « "L'Esprit des lois" et la séparation des pouvoirs, in *Mélanges Carré de Malberg*, Duchemin, Paris, 1933, p. 191.

³²³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, I, Livre XI, Chapitre VI, p. 326.

³²⁴ « *Comment celui qui ne participe pas à une fonction pourrait-il arrêter celui qui l'exerce dans son exercice ? L'idée atteint à l'insensé si l'on considère que l'un des pouvoirs – le pouvoir de légiférer – est supérieur aux deux autres, que de lui, par lui, ceux-ci reçoivent leurs règles et leurs limites, qu'ils dépendent de lui et son liés par lui* », Ch. EISENMANN, « La pensée constitutionnelle de Montesquieu ». in *Charles Eisenmann, Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, PU Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 145, cité par F. GÉA, *op. cit.*, n°139.

³²⁵ S. GOYARD-FABRE, *Montesquieu ou la Constitution de la liberté*, Ellipses, Phili-philosophes, Paris, 1997, p. 43.

³²⁶ Par exemple, J. HÉRON, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle ». *RRJ* 1993, p. 1083.

subordonnée par rapport à la loi, qui conserve (heureusement) le pouvoir de la briser. À la racine même de cette faiblesse congénitale, il y a donc – source ou pas source – une absence de pouvoir créateur qu’expriment d’ailleurs tant l’article 4 que l’article 5 du Code civil »³²⁷.

Peu importe donc que la jurisprudence produise *de facto* du droit, elle ne saurait en toutes hypothèses se voir reconnaître en droit un véritable pouvoir créateur³²⁸.

245. Ces arguments suscitent toutefois trois séries d’observations. Premièrement, rappelons que l’analyse n’est pas nouvelle puisqu’en 1919, Gény concluait déjà au rejet d’une telle prérogative³²⁹. Selon lui, les sources formelles désignent alors « *les injonctions d’autorités, extérieures à l’interprète et ayant qualité pour commander à son jugement, quand ces injonctions, compétemment formées, ont pour objet propre et immédiat la révélation d’une règle, qui serve à la direction de la vie juridique* »³³⁰. Le Professeur Géa observe que l’auteur subordonne ainsi la qualification de source formelle à plusieurs conditions cumulatives, parmi lesquelles l’absence de liberté de l’interprète et l’extériorité de la source par rapport à celui-ci³³¹. Cependant, l’absence de liberté de l’interprète évoquée par Gény se heurte tout d’abord à la mobilisation par le législateur des standards juridiques³³². Ensuite, l’extériorité de la source s’accommode mal de l’autorité gouvernant les rapports entre la Cour de cassation, pour ne citer qu’elle, et les juridictions de niveau inférieur³³³. Au total, les exigences sous-tendues par ces critères ne permettent donc ni d’établir une frontière imperméable entre la loi et la jurisprudence, ni, par voie de conséquence, de refuser à la seconde le pouvoir créateur attribué à la première.

246. S’agissant, deuxièmement, de fonder la négation d’un pouvoir créateur de la jurisprudence sur son infériorité technique, l’affirmation rencontre à notre sens quelques difficultés. D’une part, la hiérarchie des normes conceptualisée par Kelsen nous enseigne que

³²⁷ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 9^e éd., 2012, n°360.

³²⁸ *Contra*, P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source du droit ». *RRJ* 2001, p. 77.

³²⁹ « *Je persisterai donc, quant à moi, à refuser de voir, en notre jurisprudence, une source formelle du droit privé positif, qui, à côté de la loi écrite et de la coutume, puisse jouir d’une force créatrice indépendante* », F. GÉNY, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1996, n°146.

³³⁰ F. GÉNY, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1996, p. 237, n°91.

³³¹ F. GÉA, *op. cit.*, n°126 et s.

³³² « *Faire de l’absence de liberté de l’interprète un critère de la source formelle du droit positif conduirait à considérer que l’existence de notions-cadres, au sein de certaines dispositions légales, fait perdre à ces dernières leur qualité de règle de droit – ce que personne ne prétend* », F. GÉA, *ibidem*.

³³³ « *La règle juridique énoncée dans une décision judiciaire s’impose en principe, à l’avenir, à la juridiction même qui a statué et à toutes les juridictions inférieures* », F. GÉA, *ibid.*

la validité des lois dépend de leur conformité à la Constitution, celle des actes administratifs, décrets ou règlements, résidant toute entière dans le respect de la règle légale. Pour autant, aucun auteur ne songe à tirer profit de la primauté de la loi sur le pouvoir réglementaire pour contester à ce dernier la faculté de créer du Droit. D'autre part, le raisonnement combattu s'appuie sur une représentation hiérarchique discutable des sources du Droit, dès lors qu'il s'agit de positionner la jurisprudence sur l'échiquier normatif³³⁴. En la matière, comme cela a été brillamment démontré, ce système pyramidal a induit en erreur³³⁵. Le Professeur Morvan propose d'y substituer un espace composé de trois plans successifs participant de concert à la mise en œuvre de la norme juridique³³⁶. Celui-ci rend plus aisée la mise en évidence de « *l'imprécision naturelle* » de la loi, qui « *n'est que médiatement applicable et requiert, pour produire effet, le relais d'une norme médiate qui la fasse accéder à une vie juridique effective* »³³⁷, autrement dit un jugement.

247. Troisièmement, la suspicion que suscite la jurisprudence comme source de droit tiendrait à son incapacité à s'auto-légitimer³³⁸. Dit autrement, la simple référence à la jurisprudence ne suffit pas à donner une base légale à sa décision³³⁹, ce à quoi la Cour de cassation semble au demeurant consentir³⁴⁰. C'est sans doute là l'argument qui parviendrait, à notre sens, à justifier de la meilleure des façons les réserves évoquées plus haut, sans toutefois s'avérer dirimant. Nous pourrions en effet mobiliser à nouveau le schéma de substitution proposé par le Professeur Morvan, pour avancer que la jurisprudence n'a nul besoin d'autre

³³⁴ Autrement dit, de lui reconnaître un pouvoir créateur. Ce qui ne signifie nullement que la jurisprudence doive s'affranchir de tout rapport hiérarchique dans son articulation avec la norme légale, « *la jurisprudence est évidemment une source du droit mais une source hiérarchiquement subordonnée à la loi. Elle doit pouvoir librement se mouvoir, mais à l'intérieur des limites éventuellement posées par la loi* », J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, LGDJ, Traité de droit civil, Paris, 4^e éd., 1994, n°479.

³³⁵ P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source du droit ». *RRJ* 2001, p. 102.

³³⁶ Sont distingués le plan horizontal du droit, plan supérieur, « *abritant l'ensemble des normes abstraites et générales du droit écrit* » ; le plan horizontal du fait, plan inférieur, « *abritant l'ensemble des données factuelles qui ont vocation à être soumises à l'empire du droit* » ; le plan vertical de l'activité jurisprudentielle, plan jointif, « *tout au long duquel le juge assure le transit de la norme abstraite vers la réalité du fait* », P. MORVAN, *ibidem*.

³³⁷ P. MORVAN, *op. cit.*, p. 103.

³³⁸ F. TERRÉ, *op. cit.*, n°360.

³³⁹ Ph. MALINVAUD, « À propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », (à propos de la rétroactivité de la jurisprudence). *RTD civ.* 2005, p. 313 ; voir également H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, Leçons de droit civil, Paris, 9^e éd., 1998, p. 167.

³⁴⁰ Cass. crim. 30 octobre 1968, *Gaz. pal.* 1969, I, p. 23 ; *comp.* Cass. Soc. 27 octobre 1999, n° 98-44627, où la chambre sociale rejette un pourvoi au motif que la cour d'appel « *n'a fait que se conformer à la doctrine de la Cour de cassation* ». Monsieur Antoine Mazeaud tempère néanmoins la portée de l'énoncé en précisant que l'arrêt attaqué avait été rendu sur renvoi, A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, n°85.

légitimité que celle qui s'évince du rôle médiatique qu'elle remplit, et sans lequel la règle abstraite serait dans l'incapacité d'atteindre son but. Mais il importe également de souligner que le système juridictionnel français se révèle moins hermétique à la règle du précédent jurisprudentiel, ou plus exactement à son influence, que l'opposition classique entre *civil law* et *common law* peut parfois laisser croire³⁴¹. C'est ce que confirme l'affirmation en droit du travail du pouvoir créateur de droit de la jurisprudence.

2. Une affirmation encouragée par le droit du travail

248. Contrairement à leurs homologues du droit des obligations³⁴², les travaillistes mettent un accent tout particulier sur le rôle créateur de la jurisprudence³⁴³ qu'ils considèrent comme une évidence³⁴⁴. Certains s'interrogent même sur l'existence, et dans l'affirmative, sur le sens de politiques jurisprudentielles en matière sociale³⁴⁵. Sans peut-être devoir aller jusque-là, il reste que l'objectivation prétorienne du contenu obligationnel de l'acte juridique, dans le sens d'une meilleure appréhension des engagements marqués par un état de dépendance économique, encourage l'identification et l'admission de ce pouvoir créateur au sein de la théorie générale de l'acte juridique. En effet, si les manifestations de ce phénomène sont

³⁴¹ J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, LGDJ, Traité de droit civil, Paris, 4^e éd., 1994, n°482 et s. mentionnant « la généralisation de fait des précédents » ; voir également J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent ». *APD* 1985, p. 105.

³⁴² À quelques heureuses expressions près, J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°504 et s., pour qui, « l'assimilation de l'interprétation judiciaire à la loi interprétée » conduit à admettre que « la jurisprudence est une source de droit au sens matériel du terme ».

³⁴³ Le Professeur Ray, par exemple, consacre un encart spécifique à la question, intitulé « *Le rôle essentiel, et créatif, de la chambre sociale de la Cour de cassation* », J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Éd. Liaisons, Rueil-Malmaison, 23^e éd., 2014, n°67. S'interrogeant sur la figure du juge esclave de la loi, l'auteur rappelle d'abord les termes du Rapport annuel publié en avril 2011, « *la chambre sociale a poursuivi pendant l'année 2010 le travail de construction normative entrepris les années précédentes, ajoutant petit à petit, au fil des espèces soumises à son examen, des pierres à l'édifice de sa jurisprudence* ». Avant de conclure que « *l'esclave s'est affranchi* ».

³⁴⁴ « *Personne ne peut nier à quel point le droit français du travail est un droit largement prétorien* », A. MAZEAUD, « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la chambre sociale de la Cour de cassation ». in *Mélanges Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 383,

³⁴⁵ Et parviennent à des conclusions diamétralement opposées, à des époques il est vrai éloignées. Ainsi pour le Professeur Antoine Lyon-Caen, « *rien ne fonde, en effet, l'hypothèse selon laquelle la conception jurisprudentielle de règles en droit du travail obéirait à une sorte de logique de faveur au bénéfice des salariés* », A. LYON-CAEN, « Politique(s) jurisprudentielle(s) et droit du travail, quelques réflexions à partir de l'expérience française ». in *Les juges et le droit social, contribution à une approche comparative*, Ph. Auvergnon (dir.), Bordeaux, 2002, p. 21 ; tandis que selon Monsieur Jean-Emmanuel Ray, « *la Cour de cassation semble vouloir maintenir un haut niveau de protection pour les salariés malmenés par la crise à un moment où la défense collective semble très affaiblie* », J.-E. RAY, *op. cit.*, p. 67.

particulièrement vigoureuses dans la jurisprudence de la chambre sociale³⁴⁶, elles s'expriment également dans les décisions rendues par les chambres civiles de la Cour de cassation (a). Le parallèle qui trouve ici à s'établir porte également sur les justifications qui leur sont apportées, celles-ci dépassant le cadre spécifique de la relation de travail (b).

a. Des manifestations communes

249. On prête au droit du travail, non sans raison, une dimension prétorienne singulière³⁴⁷. Pourtant, un examen comparatif entre droit du travail et droit civil incite à relativiser un tel particularisme³⁴⁸, tant il est de manifestations du pouvoir créateur du juge communes aux deux disciplines. Nous en retiendrons deux exemples issus d'une typologie établie par une voix autorisée : l'interprétation libre des dispositions légales et l'énoncé de règles par voie de dispositions générales³⁴⁹.

250. La liberté prise dans l'interprétation de certaines dispositions légales se signale par la discordance entre la loi et l'application qu'en fait le juge, soit que la jurisprudence donne à un texte un sens qui n'est pas celui résultant de sa lettre³⁵⁰, soit qu'elle lui confère un sens contraire à celui qui résulte de la loi³⁵¹. Pour le premier, le Président Frouin fournit l'exemple d'un arrêt de la chambre sociale ayant retenu une application extensive de l'article L. 1235-5 du Code du travail, en mettant en œuvre la sanction prévue en cas d'irrégularité dans la procédure de licenciement, dans une hypothèse de licenciement sans cause réelle et sérieuse³⁵². Du côté du droit civil et plus précisément du droit de la responsabilité, les exemples d'une telle distorsion ne manquent pas, l'un des plus connus résidant dans l'utilisation de l'ancien article 1384 al. 1^{er} du Code civil comme fondement de la

³⁴⁶ Quelques auteurs allant même jusqu'à estimer « *qu'il n'est pas exagéré de dire que si le législateur propose, le juge dispose dans les très nombreux cas où les textes sont imprécis* », J.-E. RAY, *ibidem*.

³⁴⁷ « (...) *le particularisme du droit français du travail tient au rôle essentiel qui est donné à la jurisprudence. C'est elle, plus que le législateur, qui définit les principes. Il devrait y avoir un "Code de jurisprudence"* », 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 *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, p. 577.

³⁴⁸ Sans toutefois le nier.

³⁴⁹ Paramètres retenus par Monsieur Jean-Yves FROUIN, Président de la chambre sociale de la Cour de cassation, J.-Y. FROUIN, « *Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail* ». *JCP S* 2009, n°45, p. 14.

³⁵⁰ J.-Y. FROUIN, *op. cit.*, p. 17.

³⁵¹ J.-Y. FROUIN, *ibidem*.

³⁵² Cass. soc. 13 novembre 1996, *Bull. civ. V*, n°325. La Cour de cassation revenant par la suite à une interprétation plus orthodoxe, Cass. soc. 5 février 2003, *Bull. civ. V*, n°41.

responsabilité du fait des choses³⁵³ et, plus récemment, d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui³⁵⁴.

251. L'énoncé de règles par voie de dispositions générales, que l'on peine parfois, au regard des illustrations avancées, à distinguer de la formulation de principes fondamentaux³⁵⁵ ou généraux³⁵⁶ du droit, occupe une place de choix dans l'affirmation du pouvoir créateur des juges. Le phénomène confirme à cette occasion la nécessité d'une interprétation moins rigoureuse de l'article 5 du Code civil³⁵⁷. Or, ces énoncés peuplent indistinctement la jurisprudence de la chambre sociale et des chambres civiles de la Cour de cassation. En droit du travail, on trouve notamment³⁵⁸ le principe de la liberté de la preuve en matière prud'homale³⁵⁹, le rejet de la perte de confiance comme cause réelle et sérieuse du licenciement³⁶⁰ ou encore le refus de reconnaître une valeur contractuelle à la clause déterminant le lieu de travail si celle-ci ne stipule pas que le salarié effectuera exclusivement sa prestation sur ce lieu³⁶¹. En matière civile, et pour ne retenir là encore que quelques exemples, on citera la nullité des promesses de mariage³⁶² ou l'emblématique interdiction de s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui³⁶³. À ce stade de la discussion, il n'est nul besoin de multiplier les références pour relever que le pouvoir créateur de règles de droit attribué classiquement au juge du travail, s'exerce également entre les mains du juge civil ; l'action normative de ces derniers partageant par ailleurs des justifications similaires.

³⁵³ Donnant ainsi à ce texte « *un sens et une portée que ses rédacteurs n'avaient pas envisagés* », J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°473.

³⁵⁴ Ass. plén. 29 mars 1991, Blicq, *JCP* 1991, II, 21673, concl. H. DONTENVILLE ; *RTD civ.* 1991, p. 541, obs. F. CHABAS ; voir également P. JOURDAIN, « Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? ». *RCA* 2000, p. 5.

³⁵⁵ J.-Y. FROUIN, *op. cit.*, p. 19.

³⁵⁶ GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°491.

³⁵⁷ « *Le plus souvent, les règles d'origine jurisprudentielle sont énoncées à la manière dont peut l'être une règle élaborée de toute pièce par son auteur, c'est-à-dire par voie de disposition générale ou d'affirmation, sans démonstration, et sans (nécessaire) rattachement à une règle ou à un texte existant, en somme à la manière dont le serait un... arrêt de règlement* », J.-Y. FROUIN, *op. cit.*, p. 21.

³⁵⁸ Pour d'autres illustrations voir J.-Y. FROUIN, *ibidem*.

³⁵⁹ Cass. soc. 27 mars 2001, *Bull. civ.* V, n°108.

³⁶⁰ Cass. soc. 29 mai 2001, *Bull. civ.* V, n°183.

³⁶¹ Cass. soc. 3 juin 2003, *Bull. civ.* V, n°185.

³⁶² Cass. civ. 30 mars 1838, *S.* 1838, I, 492.

³⁶³ Cass. civ. 15 juin 1892, *S.* 1892, I, 291.

b. Des justifications partagées

252. Deux sortes de justifications peuvent être avancées au soutien du pouvoir créateur de la jurisprudence, les unes structurelles, les autres de nature conjoncturelle³⁶⁴. Ce sont surtout les premières auxquelles nous nous intéresserons ici. Précisons en outre que nous ne ferons pas état des justifications tenant à l'implication du juge dans la formation de l'identité des droits spéciaux et leur émancipation à l'égard du droit commun³⁶⁵.

253. La classification élaborée par le Président Frouin met en lumière le poids du contexte économique et social dans la construction prétorienne du droit du travail³⁶⁶, soulignant, d'une part leur fluidité et leur dynamisme et d'autre part l'importance des données factuelles et des situations de fait. La réceptivité du droit du travail à ces premiers indicateurs tient largement au fait que la discipline est appréhendée comme un outil au service d'une politique économique et sociale³⁶⁷. L'intérêt dont fait aujourd'hui l'objet la norme collective négociée et sa tendance à préfigurer l'adoption de dispositions légales en est l'une des nombreuses illustrations. Pourtant, rien ne dit que la théorie générale de l'acte juridique devrait tenir pour négligeables ces considérations, bien au contraire.

254. L'identification et le traitement par le juge des engagements volontaires, impliquant une partie dont la position de faiblesse découle d'une réduction du libre arbitre, elle-même consécutive aux circonstances économiques et sociales, commande une telle mise en perspective³⁶⁸. De plus, rappelle le Président Jean-Yves Frouin, « *la norme d'origine prétorienne, en raison de sa souplesse d'adaptation, de sa plasticité, est sans doute (peut-être ?) mieux à même de prendre en compte cette fluidité de la vie économique et sociale, sans les à-coups du droit légiféré, et de garantir une certaine permanence et stabilité du droit tout en permettant les évolutions nécessaires* »³⁶⁹. Nous sommes ici au cœur de la logique d'anticipation à laquelle le droit du travail tente d'apporter sa modeste contribution. Plus

³⁶⁴ J.-Y. FROUIN, « Raisons de la construction prétorienne du droit du travail ». *JCP S* 2009, n°46-47, p. 14.

³⁶⁵ « *D'une part, le Code du travail ne règle pas toutes les questions propres, spécifiques, à la relation de travail, d'autre part, le droit civil se heurte au particularisme du droit du travail, ce qui ouvre des espaces très larges pour une construction prétorienne du droit du travail* », J.-Y. FROUIN, *op. cit.*, p. 16.

³⁶⁶ J.-Y. FROUIN, *ibidem*.

³⁶⁷ G. LYON-CAEN, *Le droit du travail : une technique réversible*, Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 1995, p. 5, note 13, cité par J.-Y. FROUIN, *op. cit.*, p. 16.

³⁶⁸ Voir *supra*, *Le danger d'une absence d'alternative satisfaisante lors de la conclusion du contrat*, n°88 et s.

³⁶⁹ J.-Y. FROUIN, *ibid.*

largement, la création prétorienne en droit du travail s'explique aussi par la sensibilité de la discipline aux données factuelles et aux situations de fait³⁷⁰.

255. Pour conclure, nous retiendrons donc qu'entre l'enseignement du droit du travail et celui du droit des obligations, la place accordée à la jurisprudence en tant que source de droit repose moins sur une altérité de leurs pratiques judiciaires, que sur des partis pris idéologiques. Partant, rien n'interdit de dépasser les réserves émises par certains manuels d'introduction à l'étude du droit, y compris lorsqu'il s'agit de s'interroger sur les rapports entre l'objectivation prétorienne de l'acte juridique et l'impératif de sécurité juridique.

B. La mise en perspective de l'objectivation prétorienne de l'acte juridique avec l'exigence de sécurité juridique

256. La notion de sécurité juridique renvoie classiquement à l'idée de prévisibilité du Droit pour les justiciables³⁷¹. Parfois qualifiée de redondante³⁷², la sécurité juridique constitue néanmoins, et à première vue, une importante limite, mais non une interdiction à l'objectivation prétorienne de l'acte juridique **(1)**. L'exemple travailliste exhorte toutefois à relativiser la rigueur du cadre ainsi posé et à promouvoir, à l'inverse, le passage d'une irréductible opposition à la recherche d'une nécessaire conciliation **(2)**.

1. Une objectivation limitée par l'exigence de sécurité juridique

257. Loin de se résumer à un vœu pieux, les déclinaisons que connaît en droit positif l'exigence de sécurité juridique constituent une première entrave à la portée du pouvoir créateur du juge **(a)**. Le second frein tient à l'objectif, récemment affiché, d'une modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence **(b)**.

³⁷⁰ B. BOSSU, « Les situations de fait et l'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation ». *Dr. ouvr.* 1999, p. 94.

³⁷¹ N. MOLFESSIS, *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, Paris, 2004, p. 7 ; s'interroger sur la mise en perspective de la notion avec l'objectivation prétorienne de l'acte juridique impliquait donc de reconnaître préalablement, si ce n'est le pouvoir, du moins la capacité de la jurisprudence à créer du droit, voir *supra*, *L'admission du pouvoir créateur de la jurisprudence*, n°240 et s.

³⁷² « La formule sonne en effet comme une sorte de redondance, tant il paraît évident qu'un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un. Imagine-t-on un droit qui organiserait l'insécurité, ou même qui la rendrait possible », J. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique ». in *Du droit international au droit de l'intégration : liber amicorum, Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, p. 53.

a. Les déclinaisons de l'exigence de sécurité juridique en droit positif

258. L'évocation des « déclinaisons » que connaît l'exigence de sécurité juridique en droit positif fait écho à l'absence de consécration *expressis verbis* de la notion sous la plume des magistrats. Tel que l'expose Monsieur Jean-Guy Huglo, « *le principe de la sécurité juridique "à l'état pur" se rencontre rarement exprimé dans la jurisprudence de la Cour de cassation* »³⁷³. Un constat identique peut être dressé au regard des décisions rendues tant par le Conseil constitutionnel³⁷⁴ que par la Cour de justice de l'Union européenne³⁷⁵, mais aussi par la Cour européenne des droits de l'homme³⁷⁶. En réalité, et pour ne retenir cette fois que la jurisprudence de la Cour de cassation, les seules hypothèses dans lesquelles est faite une mention expresse de l'exigence de sécurité juridique sont précisément celles où les juges rejettent le grief tiré d'une prétendue méconnaissance de la notion, estimant doctement 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 l'application du droit* »³⁷⁷.

259. Quelles sont donc ces déclinaisons desquelles les auteurs infèrent l'existence d'un principe latent de sécurité juridique ? Nous n'en donnerons que quelques illustrations, l'essentiel étant d'y percevoir les limites à l'action normative du juge. L'autorité judiciaire se trouve tout d'abord contrainte d'apprécier les demandes des justiciables en fonction du droit applicable au jour de leur introduction ou des faits invoqués à leur appui³⁷⁸. De manière semblable, la Cour de cassation entreprend ensuite de conformer ses décisions à l'exigence de clarté et de prévisibilité de la norme, encouragée dans cette direction par la jurisprudence de

³⁷³ J.-G. HUGLO, « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique ». *Cah. cons. const.* 2001, p. 82.

³⁷⁴ F. LUCHAIRE, « Le sécurité juridique en droit constitutionnel français ». *Cah. cons. const.* 2001, p. 67, observant que le Conseil constitutionnel « *n'a jamais utilisé l'expression "sécurité juridique" pour en faire profiter l'individu. Plus exactement, précise-t-il, l'expression n'apparaît qu'une fois (373 DC du 9 avril 1996), au profit non d'une personne mais de la délibération d'une assemblée locale* ».

³⁷⁵ J.-P. PUISSOCHET, H. LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ». *Cah. cons. const.* 2001, p. 101, relevant que « *s'il existe quelques raisons spéciales à l'organisation communautaire de prêter une attention particulière à la sécurité des situations juridiques (...), ce besoin n'implique pas nécessairement le recours à un principe autonome de sécurité juridique* ».

³⁷⁶ M. DE SALVIA, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ». *Cah. cons. const.* 2001, p. 95, notant que « *les cas d'application directe de la sécurité juridique sont peu nombreux* ».

³⁷⁷ Cass. civ. 1^{re} 21 mars 2000, *Bull. civ. I*, n°97 ; dans le même sens Cass. civ. 2^e 8 juillet 2004, *Bull. civ. II*, n°361.

³⁷⁸ Cass. civ. 1^{re} 25 novembre 1997, *Bull. civ. I*, n°328.

la Cour européenne des droits de l'homme³⁷⁹. Cette exigence est omniprésente en matière criminelle à travers la définition des comportements incriminés et au regard des privations de liberté susceptibles d'en découler³⁸⁰ ; pour autant elle n'en est pas moins absente de la jurisprudence civile, notamment lorsqu'il s'agit de s'assurer que le justiciable est en mesure d'avoir une connaissance suffisante des conditions dans lesquelles il peut ester en justice³⁸¹.

260. Les magistrats doivent enfin respecter le principe de non-rétroactivité des actes normatifs³⁸², réserve faite des cas où la loi en dispose autrement pour des motifs d'intérêt général³⁸³, ou lorsque le législateur, voire le juge, la qualifie d'interprétative³⁸⁴. Il arrive cependant que la règle soit ignorée lors des revirements de jurisprudence qualifiés de rétrospectifs³⁸⁵, et par lesquels la loi ancienne se trouve interprétée dans un sens conforme à la loi nouvelle³⁸⁶. C'est précisément le souci de parer l'insécurité juridique consécutive à ces revirements qui a conduit Monsieur Guy Canivet, alors Premier Président de la Cour de cassation, à charger le Professeur Nicolas Molfessis de constituer un groupe de travail pour tenter de circonscrire le phénomène³⁸⁷.

³⁷⁹ CEDH, 30 octobre 1998, F. E. c/ France, *Rec. CEDH*, p. 3332.

³⁸⁰ Sur la notion de flagrant-délit, Cass. crim. 6 février 1997, *Bull. crim.* n°49 ; sur les délits de presse, Cass. crim. 4 avril 1991, *Bull. crim.* n°163.

³⁸¹ Sur la déchéance de droit d'ester en justice des victimes du SIDA, consécutive à leur acceptation d'une offre d'indemnisation, Cass. civ. 2^e 26 janvier 1994, *Bull. civ.* II, n°41 ; à propos du bref délai évoqué à l'article 1648 du Code civil en matière de vices cachés, Cass. civ. 1^{ère} 21 mars 2000, *Bull. civ.* I, n°97.

³⁸² Par exemple, sur la réduction d'un délai de prescription, Cass. civ. 1^{ère} 28 novembre 1973, n°71-13915, *Bull. civ.* I, n°329.

³⁸³ Ass. plén. 23 janvier 2004, n°03-13617, « *mais attendu que si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la Justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges* ».

³⁸⁴ M. FRIOCOURT, B. MONGIN, « Validation législative, imprévision contractuelle et principe de prééminence du droit ». *LPA* 2002, n°204, p. 4.

³⁸⁵ P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source du droit ». *RRJ* 2001, p. 96.

³⁸⁶ « *Le juge français ne résiste pas dans cette situation à la tentation de l'unité* », J.-G. HUGLO, *op. cit.*, rappelant les mots de Monsieur Christian Atias, pour qui, « *au cœur de la culture juridique française, la diversité, la divergence des règles et de leur interprétation, la contradiction des décisions siègent comme une sorte de péché originel. L'unité retrouvée serait la réconciliation de la loi et du juge, réconciliation du droit et de la loi, réconciliation du droit et du juste peut être* », Ch. ATIAS, « La Cour de cassation gardienne de l'unité du droit ». in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 1994, p. 73.

³⁸⁷ « (...) il faut considérer que la décision de revirer méconnaît les anticipations légitimes des justiciables à chaque fois qu'un comportement a été ou aurait pu être orienté par la solution que le revirement entend abandonner », N. MOLFESSIS, *op. cit.*, p. 28

b. La modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence

261. La controverse sur les effets nocifs des revirements de jurisprudence est ancienne³⁸⁸, et suffisamment connue pour que l'on puisse tenter ici de la résumer à grands traits³⁸⁹. Les difficultés suscitées par les revirements en termes de sécurité juridique se conçoivent aisément dès l'instant où l'on accepte de voir dans la jurisprudence une source de droit³⁹⁰. Tout le problème réside alors dans la menace que fait planer le revirement sur les prévisions des justiciables et, plus spécifiquement, sur celles des parties à une convention.

262. S'agissant du pouvoir législatif, on sait en effet que la loi nouvelle, par principe, ne dispose que pour l'avenir³⁹¹ : les effets des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette dernière, demeurent régis par les dispositions sous l'empire desquelles ils ont été passés³⁹². Le principe souffre toutefois de notables exceptions. Tout d'abord, au plan de la hiérarchie des normes, ce n'est qu'en matière répressive qu'il se voit reconnaître une valeur constitutionnelle³⁹³, le droit civil n'étant pas lié par le principe légal de non-rétroactivité des lois³⁹⁴.

263. Ensuite, la sécurité juridique dont il est le vecteur n'est pas une fin en soi. Dit autrement, la sécurité juridique doit être conciliée avec une exigence de mutabilité du droit³⁹⁵. Si la volonté des parties doit en effet être respectée, de même que leurs prévisions légitimes, celles-ci ne sauraient pourtant faire obstacle à l'action du législateur dictée et légitimée par la poursuite de l'intérêt commun. En témoigne la jurisprudence sociale du Conseil constitutionnel qui, à propos des accords collectifs, a estimé que la loi ne pouvait remettre en cause leur contenu que « *pour un motif d'intérêt général suffisant* »³⁹⁶. De son côté, la Cour

³⁸⁸ P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences ». *JCP* 1959, I, 1467 ; A. BOLZE, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé ». *RRJ* 1997, p. 855.

³⁸⁹ Y.-M. SERINET, « Par elle, avec elle et en elle ? La Cour de cassation et l'avenir des revirements de jurisprudence », (à propos de la rétroactivité de la jurisprudence). *RTD civ.* 2005, p. 329.

³⁹⁰ « *Si on admet que la jurisprudence est une source de droit, on est inéluctablement amené à se poser la question de l'application de la jurisprudence dans le temps* », Ph. MALINVAUD, « À propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », (à propos de la rétroactivité de la jurisprudence). *RTD civ.* 2005, p. 313.

³⁹¹ C. civ. art. 2.

³⁹² Cass. civ. 3^e 3 juillet 1979, *Bull. civ.* III, n°149.

³⁹³ Décision n°97-391 DC du 7 novembre 1997, *D.* 1999, somm., p. 235, obs. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN.

³⁹⁴ Cass. civ. 1^{re} 20 juin 2000, *Bull. civ.* I, n°191.

³⁹⁵ B. MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique ». *Cah. cons. const.* 2001, p. 110.

³⁹⁶ Décision n°99-423 DC du 13 janvier 2000.

de cassation ne dit pas autre chose lorsqu'elle décide que le législateur peut, en matière civile et lorsque les mesures qu'il adopte sont justifiées par « *d'impérieux motifs d'intérêt général* », édicter des dispositions rétroactives, sans d'ailleurs que le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable garantis par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne s'y opposent³⁹⁷.

264. S'agissant de la jurisprudence en revanche, il faut avoir à l'esprit que la mutabilité du Droit qui en découle échappe aux justes limites posées à l'action du législateur. Nul besoin d'identifier, parfois sans certitude³⁹⁸, la survenance d'un revirement pour observer la contribution du juge à l'évolution des règles de droit applicables³⁹⁹. À l'instar des lois interprétatives, la règle formulée est présumée se trouver *ab initio* dans la loi. La norme ainsi « découverte » trouve donc à s'appliquer aux faits litigieux, y compris lorsque ceux-ci sont antérieurs à ladite règle⁴⁰⁰. Toute la difficulté vient alors de ce que la jurisprudence, contrairement à la loi, ne se trouve soumise à aucune exigence de non-rétroactivité⁴⁰¹. Or, « *pour le justiciable, comme le souligne pertinemment le Professeur Radé, il importe peu de savoir si la règle nouvelle qu'on lui impose rétroactivement résulte de l'adoption d'une loi nouvelle ou d'un changement dans l'interprétation jurisprudentielle d'une loi ancienne* »⁴⁰². Pour combattre ces revirements « pervers »⁴⁰³, le rapport Molfessis s'est clairement positionné en faveur de la possibilité pour la Cour de cassation de moduler elle-même les effets dans le temps des revirements de jurisprudence⁴⁰⁴. La Haute juridiction doit donc se poser deux questions successives : en premier lieu, celle de l'opportunité du revirement de jurisprudence

³⁹⁷ Cass. com. 14 décembre 2004, *Bull. civ.* IV, n°227 ; Cass. soc. 28 mars 2006, *Bull. civ.* V, n°128.

³⁹⁸ Voir Ch. ATIAS, « Sur les revirements de jurisprudence », (à propos de la rétroactivité de la jurisprudence). *RTD civ.* 2005, p. 298.

³⁹⁹ X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique ». *D.* 2006, p. 679, « *l'insécurité juridique ne vient pas spécialement des revirements, elle tient essentiellement au fait même de l'œuvre prétorienne* ».

⁴⁰⁰ CE Ass. 16 juillet 2007, Sté Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, p. 33, note B. SEILLER.

⁴⁰¹ En matière de non-rétroactivité, « (...) *alors que le législateur est soumis au contrôle du juge, la jurisprudence n'est soumise à aucun contrôle, si ce n'est un auto-contrôle, pour ne pas dire une autosatisfaction* », Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, p. 316.

⁴⁰² « *Dans ces deux hypothèses, le litige est en effet tranché par l'application d'une règle de droit, pure ou interprétée, dont le justiciable n'avait pas eu connaissance au moment des faits et dont il n'a donc pas pu, par hypothèse, tenir compte dans ses prévisions* », Ch. RADÉ, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence ». *D.* 2005, p. 989.

⁴⁰³ « (...) *ceux qui soulèvent un problème sérieux de sécurité juridique marqué par une méconnaissance flagrante et injuste d'une légitime anticipation du justiciable* », J.-L. AUBERT, « Faut-il "moduler" dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute ? », (à propos de la rétroactivité de la jurisprudence). *RTD civ.* 2005, p. 301.

⁴⁰⁴ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, p. 49, 2.5.2.

et en second lieu, le recours à une éventuelle modulation de ses effets dans le temps, autrement dit déterminer à quel moment il sera fait application de la solution nouvelle⁴⁰⁵.

265. Pour notre part, nous souscrivons à l'introduction d'un mécanisme de modulation dans le temps des revirements de jurisprudence, même si sa mise en œuvre pourrait, sur certains points, s'avérer malaisée⁴⁰⁶. Si l'outil doit être manipulé avec précaution⁴⁰⁷, il donne aujourd'hui à la jurisprudence les moyens nécessaires pour légitimer son action normative, en l'entourant notamment des garanties semblables à celles qui assortissent l'expression de la règle légale⁴⁰⁸. Le parallèle est en effet tentant, entre la mise en avant par le législateur d'impérieux motifs d'intérêt général au soutien d'une loi régissant rétroactivement les situations passées, et la réflexion qui devra guider les Hauts magistrats au moment de décider de moduler ou non dans le temps les effets du revirement opéré⁴⁰⁹.

266. Le discernement dont font preuve les juridictions nationales dans le maniement de cet instrument achève de nous convaincre de l'opportunité de sa consécration. Depuis l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité en 2008, la Constitution accorde aux juges constitutionnels la faculté de repousser les effets individuels et collectifs de l'abrogation d'une loi⁴¹⁰. Le Conseil d'Etat s'est lui aussi rangé à cette analyse en acceptant

⁴⁰⁵ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, 2.5.3 et s.

⁴⁰⁶ J.-L. AUBERT, *op. cit.*, p. 303.

⁴⁰⁷ Voir *infra*, *Une limite relativisée par le droit du travail*, n°269 et s.

⁴⁰⁸ Certains auteurs vont même plus loin en proposant que « *les innovations jurisprudentielles soient différées dans le temps, comme l'est le plus souvent l'application des lois nouvelles, pour que les choix rationnels s'opèrent au mieux. Cette rationalité donne à la jurisprudence une valeur plus forte que celle de la loi puisque les juges, devant motiver l'interprétation nouvelle, rendent ainsi la règle plus intelligible, plus stable aussi du fait de la palette limitée des motivations disponibles* », M.-A. FRISON-ROCHE, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence. La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences ». *D.* 2005, p. 310. On peut néanmoins se demander si le laconisme des motivations des arrêts de la Cour de cassation est vraiment de nature à rendre la règle plus intelligible qu'une loi précédée d'un exposé des motifs et d'une étude d'impact.

⁴⁰⁹ On peut ainsi attendre du magistrat qu'il « *se détermine, d'abord, matière par matière, en étant guidé par le souci de préserver les attentes que des parties pouvaient légitimement avoir, puis qu'il met en balance l'intérêt d'une application de la règle nouvelle qu'il juge meilleure. La considération "d'impérieux motifs d'intérêt général", à cet égard, pourrait aussi bien jouer, alors, dans le sens de la rétroactivité nécessaire que dans celui d'une non-rétroactivité* », X. BACHELLIER, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les revirements de jurisprudence », (à propos de la rétroactivité de la jurisprudence). *RTD civ.* 2005, p. 304.

⁴¹⁰ L'article 62 de la Constitution dispose qu'« *une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* » ; voir, à propos de l'annulation du régime de la garde à vue, Décision n°2010-14/22 du 30 juillet 2010.

de différer les effets de l'annulation d'un acte administratif⁴¹¹. Dans une décision de 2008⁴¹², les juges du Palais royal sont allés encore plus loin en paralysant la rétroactivité de la règle issue d'une solution novatrice⁴¹³. En droit privé, c'est par un arrêt du 8 juillet 2004 que la deuxième chambre civile a consenti à faire échec au principe de la rétroactivité de l'interprétation jurisprudentielle, en admettant que l'application immédiate d'une règle nouvelle de prescription « *dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »⁴¹⁴.

267. Quelques mois plus tard, la chambre sociale voyait, une nouvelle fois⁴¹⁵, évoquée la contradiction entre l'article 6.1 précité et l'exigence, rétroactive et à peine de nullité, d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence⁴¹⁶. Rejetant le grief, les hauts magistrats estimèrent, à rebours de toute modulation des effets du revirement de 2002⁴¹⁷, que la nouvelle solution devait recevoir une application immédiate⁴¹⁸. Est-ce à dire que la chambre sociale s'interdit toute entorse à la rétroactivité de ses revirements ? La réponse est heureusement négative. En 2010, à l'instar de la deuxième chambre civile, sa volonté de protéger le droit d'accès à un juge la conduisait à bloquer l'application immédiate de la règle résultant d'un revirement de jurisprudence⁴¹⁹. Loin de toute distorsion dans le raisonnement

⁴¹¹ CE Ass. 11 mai 2004, Association AC ! et autres, M. LONG, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, B. GENEVOIS, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 19^e éd., 2013, n°114.

⁴¹² CE Ass. 16 juillet 2007, Sté Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, p. 33, note B. SEILLER.

⁴¹³ À la vérité, l'arrêt AC ! « *règle seulement les effets de l'annulation contentieuse d'un acte administratif ; il ne concerne pas l'application dans le temps des revirements de jurisprudence* », Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, p. 316 ; « *moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse peut n'apparaître que comme une forme particulière d'annulation partielle que le juge administratif a déjà, certes sous d'autres formes, mis en œuvre* », X. BACHELLIER, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, p. 306.

⁴¹⁴ Cass. civ. 2^e 8 juillet 2004, n° 03-14717,

⁴¹⁵ Cass. soc. 7 janvier 2003, n°00-46476, *RDC* 2003, p. 145, obs. Ch. RADÉ.

⁴¹⁶ Cass. soc. 10 juillet 2002, n° 00-45135, *Dr. soc.* 2002, p. 949, chron. R. VATINET ; *D.* 2002, p. 2491, note Y. SERRA ; *JCP* 2002, II, 10162, note F. PETIT.

⁴¹⁷ Par lequel la Cour de cassation décide que la validité des clauses de non-concurrence est désormais subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière, Cass. soc. 10 juillet 2002, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2008, n°46.

⁴¹⁸ Cass. soc. 17 décembre 2004, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2004, n°148, note Ch. RADÉ, avançant que « *l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle [et que] loin de violer les textes visés par le moyen et notamment l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel en a au contraire fait une exacte application en décidant que cette exigence était d'application immédiate* ».

⁴¹⁹ Cass. soc. 26 mai 2010, n°09-60400 ; *contra* Cass. soc. 26 mai 2010, n°09-40698 ; mettant en parallèle les deux décisions, Ch. RADÉ, « *La chambre sociale de la Cour de cassation et la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence* ». *Dr. soc.* 2010, p. 1150.

de la chambre sociale, la mise en perspective de ces deux solutions traduit une volonté de relativiser l'exigence de sécurité juridique.

2. Une limite relativisée par le droit du travail

268. Il est possible d'attribuer au virage de 2002 sur les conditions de validité des clauses de non-concurrence, le sursaut d'intérêt pour la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence⁴²⁰. Cela n'empêche pas pour autant de relever en droit du travail les marques d'une intégration raisonnée du principe de sécurité juridique. Ce refus de faire de la notion le parangon de tout rapport obligationnel doit être salué. La relativité dont elle est l'objet en droit du travail incite à ne pas surestimer les menaces prétoriennes sur le contenu obligationnel de l'acte juridique **(a)**. Surtout, elle encourage la mise en perspective d'une incantation aveugle de la sécurité juridique avec la permanence de certains déséquilibres contractuels **(b)**.

a. La nuance des menaces prétoriennes sur le contenu obligationnel de l'acte juridique

269. Voir dans le juge l'incarnation de la principale menace à la sécurité juridique des conventions est excessif⁴²¹. Tout d'abord, la publicité donnée aux revirements de jurisprudence méconnaissant les prévisions des parties est souvent inversement proportionnelle à la fréquence du phénomène, même s'il ne s'agit pas ici d'en contester les effets potentiellement dévastateurs. La rigueur impose de rappeler que les revirements inattendus demeurent heureusement l'exception. Nombre d'entre eux, comme le relevait le rapport Molfessis, ne trahissent aucunement les anticipations des justiciables⁴²².

⁴²⁰ « C'est sans doute l'application dans le temps des arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation le 10 juillet 2002 en matière de clauses de non-concurrence qui a mis le feu aux poudres (...) », Ch. RADÉ, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence ». D. 2005, p. 988.

⁴²¹ Comme le rappelle le Professeur Denis Mazeaud, « les Principes d'Unidroit et Européens n'ont pas peur du juge ; l'impératif de sécurité juridique s'accommode fort bien de la reconnaissance d'un pouvoir judiciaire qui s'exerce sur le contrat, que ce soit au stade de sa conception ou à celui de son exécution », D. MAZEAUD, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando ». in *Mélanges Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 215.

⁴²² N. MOLFESSIS, *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, Paris, 2004, 2.3.1, « tous les revirements de jurisprudence se saisissent, par hypothèse, de faits antérieurs à leur édicton, mais tous ne déjouent pas à l'identique les anticipations des justiciables. L'insécurité provoquée par l'application aux faits passés de la solution nouvelle varie en effet selon les situations. Tous les revirements n'ont pas de conséquences injustes ni ne désorganisent les secteurs économiques visés par la

270. Ensuite, il convient de noter que les revirements les plus lourds de conséquence tiennent en premier lieu à la mutation de l'ordre public légal lui-même, et non à la jurisprudence⁴²³. La loi nouvelle s'y appliquera avec une certaine rétroactivité, lorsque la survie de la loi ancienne s'efface devant l'application immédiate de la loi nouvelle venue uniformiser les situations contractuelles⁴²⁴. Le phénomène connaît d'ailleurs une ampleur significative en droit du travail où, comme le rappelle l'auteur, l'ordre public social impose l'application immédiate des lois nouvelles aux contrats de travail en cours et conclus avant leur entrée en vigueur et a pour objet d'améliorer la condition ou la protection des salariés⁴²⁵. Si revirement il y a, celui-ci est donc avant tout rétrospectif⁴²⁶, pressé par le souci d'anticiper les effets de la loi nouvelle.

271. Enfin, le sentiment d'insécurité occasionné par les revirements de jurisprudence semble en réalité inhérent à la confrontation de l'office du juge avec la complexité des sources du Droit⁴²⁷. L'objectivation prétorienne de l'acte juridique peut bien être ressentie comme une menace, les incertitudes qu'elle génère sont en définitive indissociables de notre système juridique fondé sur la prééminence de la loi générale, impersonnelle et abstraite. Parce que nul principe général ne permet de résoudre un cas particulier⁴²⁸, chez l'interprète le raisonnement cède alors la place à une décision qui comporte une part d'inattendu⁴²⁹. Relativiser la menace soulevée par l'activité juridictionnelle revient du même coup à nuancer le caractère pathologique des incertitudes qu'elle fait naître dans l'esprit du justiciable⁴³⁰. D'autant que les ajouts, ou les retraits, pratiqués par le juge sur le contenu obligationnel de l'acte juridique

décision » ; comp. A. MAZEAUD, « La sécurité juridique et les décisions du juge ». *Dr. soc.* 2006, p. 744, spé. p. 749.

⁴²³ J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Éd. Liaisons, Rueil-Malmaison, 23^e éd., 2014, n°67, « *l'insécurité juridique dont on nous rebat les oreilles est davantage due à l'instabilité des lois qu'aux (rares) revirements jurisprudentiels* ».

⁴²⁴ « (...) en ce cas, la loi nouvelle s'applique aux effets futurs de contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur », X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique ». *D.* 2006, p. 679.

⁴²⁵ Cass. soc. 12 juillet 2000, *Bull. civ.* V, n°278 ; voir aussi Cass. soc. 12 novembre 1997, *Bull. civ.* V, n°365.

⁴²⁶ Voir *supra*, n°261.

⁴²⁷ X. LAGARDE, *ididem*, n°5.

⁴²⁸ B. MARKESINIS, « Constructions de systèmes et résolutions de problèmes concrets : occasions manquées et naissances pour une convergence méthodologique entre le droit français et le droit anglais ». *RTD civ.* 2005, p. 47

⁴²⁹ X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 680, n°5.

⁴³⁰ Du reste, il ne semble pas que les pays de *common law*, où le pouvoir créateur de la jurisprudence est institutionnalisé, les prévisions des parties soient davantage frappées d'insécurité juridique.

peuvent, à certaines occasions, venir opportunément compenser le déséquilibre qu'une valorisation excessive de la sécurité juridique ne manquerait pas, à l'inverse, d'entériner.

b. La critique du déséquilibre entériné par l'exigence de sécurité juridique

272. Les arguments soutenant les réticences de la chambre sociale quant à la modulation dans le temps des effets de ses revirements de jurisprudence, notamment à propos des conditions de validité des clauses de non-concurrence, méritent une attention toute particulière. Dans un arrêt du 17 décembre 2004⁴³¹, la Haute juridiction retenait ainsi que « *l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle [et que] loin de violer les textes visés par le moyen et notamment l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel en a au contraire fait une exacte application en décidant que cette exigence était d'application immédiate* ». Pareil raisonnement nous semble devoir être érigé en modèle pour un encadrement de la portée du principe de sécurité juridique.

273. Loin de se réfugier sous le masque du juge simple interprète de la loi, la chambre sociale assume ici pleinement sa fonction normative en la mettant au service d'un rééquilibrage nécessaire du contrat de travail. Dire que l'application rétroactive d'une règle jurisprudentielle nouvelle déjoue les prévisions des justiciables n'est pas un argument en soi : il faut aussi se demander si ces prévisions doivent être légitimement protégées⁴³². Dans l'hypothèse d'un engagement conclu concomitamment à l'état de dépendance d'une des parties, il n'est pas à exclure que le contenu des droits et obligations de l'acte juridique ait été unilatéralement déterminé par l'individu ou l'entité en position de force. Si ce risque, « *le droit positif ne peut en tenir compte pour des raisons pratiques de sécurité juridique*⁴³³, cela

⁴³¹ Cass. soc. 17 décembre 2004, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2004, n°148, note Ch. RADÉ ; *RTD civ.* 2005, p. 159, note P.-Y. GAUTIER.

⁴³² R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport ». *RTD civ.* 2005, p. 85, « (...) revient sans cesse l'idée selon laquelle le revirement, ou plus exactement l'application de la règle jurisprudentielle nouvelle ne doit pas "déjouer des prévisions" des justiciables. Mais quelles sont ces prévisions ? En quoi méritent-elles d'être protégées ? ».

⁴³³ La jurisprudence de la chambre sociale démontre toutefois le contraire.

ne signifie point que la théorie générale doive l'ignorer »⁴³⁴. En présence d'une relation inégalitaire, de surcroît lorsqu'elle prend la forme d'un rapport de dépendance, il n'est plus à démontrer que la sécurité juridique, invoquée à l'appui de l'intangibilité des conventions⁴³⁵, a pour principale conséquence de perpétuer une situation de domination⁴³⁶. Ainsi conçue, la sécurité juridique se situe aux antipodes de la recherche d'une solution juste⁴³⁷, là où à l'inverse elle devrait être conciliée avec une meilleure définition des obligations mises à la charge de celui dont la volonté n'a pu être véritablement entendue⁴³⁸.

274. Le maintien d'une application rétroactive du revirement sur les conditions de validité des clauses de non-concurrence s'inscrit dans la lignée de cette salutaire prise en compte du contexte entourant la formation de l'engagement. Comme l'affirmait ardemment Monsieur Pierre Sargos, alors Président de la chambre sociale, « la seule "prévision raisonnable" que peut faire le candidat à un emploi dont dépend sa survie économique est celle-ci : "ou j'accepte la clause sans contrepartie financière, ou bien je n'ai pas l'emploi" »⁴³⁹. C'est donc par le truchement de la nécessaire sauvegarde d'une liberté fondamentale, en l'espèce celle d'exercer une activité professionnelle⁴⁴⁰, que la chambre sociale parvient à concilier la sécurité juridique⁴⁴¹, avec les impératifs dictés par la volonté de ménager l'exercice de

⁴³⁴ La théorie générale « doit embrasser aussi bien la réalité que les raisons pratiques qui conduisent à la méconnaître, s'en tenir à ce second élément pourrait amener, et a amené, des erreurs regrettables », J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse Paris, 1969, n°170.

⁴³⁵ « Le contrôle judiciaire de la morale contractuelle (...) doit demeurer mesuré, à peine de ruiner la sécurité contractuelle, le respect de la parole donnée, de devenir une incitation à la malhonnêteté et de construire un "truc" pour gagner des procès », Ph. MALAURIE, note sous Cass. com. 27 février 1996, *D.* 1996, p. 520

⁴³⁶ « Dans les relations contractuelles inégalitaires, cette sécurité est, en réalité, la sécurité des économiquement puissants construits sur l'insécurité des économiquement faibles », J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Dalloz, Paris, 2004, p. 125.

⁴³⁷ « La sécurité juridique recherchée par le positivisme a pour fonction de limiter l'arbitraire de l'Etat. Elle n'apporte rien à la recherche de la solution juste », J. GHESTIN, « Les données positives du droit ». *RTD civ.* 2002, p. 29, n°49.

⁴³⁸ « La sécurité juridique, aspiration essentielle de la théorie générale, ne constitue cependant pas l'unique priorité. Elle se combine avec un souci croissant de justice contractuelle », C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats ». *RTD civ.* 1997, p. 366.

⁴³⁹ « Le salarié est donc en réalité contraint d'accepter la clause de non-concurrence sans contrepartie financière alors même qu'elle porte atteinte à sa liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle », P. SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit ». *Dr. soc.* 2005, p.124.

⁴⁴⁰ Certains auteurs regrettent toutefois que sur ce terrain des libertés fondamentales, « à aucun moment ne soit évoquée la liberté d'entreprendre de l'employeur qui puise également ses racines dans la Constitution et le principe fondamental de liberté », Ch. RADÉ, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence ». *D.* 2005, p. 990.

⁴⁴¹ Dont la relativité ne doit cependant pas conduire à la tenir pour insignifiante, « le vrai problème n'est pas celui de l'intégration d'éléments subjectifs, mais celui des conditions de leur intégration de façon à ce que leur existence et leur portée aient pu être appréciées par l'autre partie. C'est donc de cette objectivation des éléments subjectifs que dépend une concrétisation du contrat conforme aux exigences de sécurité juridique », G.

certaines droits, notamment chez les contractants en position de faiblesse. La même logique paraît avoir guidé le choix des Hauts magistrats lorsque ceux-ci ont, à l'inverse, décidé de paralyser la rétroactivité d'un revirement, afin de protéger le droit d'accès à un juge⁴⁴². Cohérente autant qu'exemplaire, la jurisprudence de la chambre sociale démontre donc avec succès que pour précieuse qu'elle soit, la sécurité juridique ne saurait être ni générale, ni absolue⁴⁴³. Cette admission d'une fonction normative de la jurisprudence trouve par ailleurs à se déployer en droit civil.

II. Une fonction normative opérationnelle en droit privé

275. L'action normative du juge peut trouver à s'exprimer par l'activation de standards juridiques (**A**). Toutefois, pour être effective, pareille collaboration entre le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire doit reposer sur la conscience que l'objectivation prétorienne du contenu obligationnel de l'acte juridique demeure un instrument subsidiaire, à peine de scléroser toute action correctrice des magistrats sur le fondement des standards (**B**). C'est à cette condition que le juge osera, du moins faut-il le souhaiter, s'emparer des outils mis à sa disposition dans le cadre d'une théorie générale renouvelée, afin appréhender efficacement les situations de dépendance.

A. L'activation prétorienne du standard juridique

276. Le recours au standard juridique traduit la prescription de normes de conduites impersonnelles venant guider la mise en œuvre du contenu obligationnel de la convention. La définition du standard que propose le Vocabulaire juridique Cornu se singularise par l'accent mis sur la dimension fonctionnelle de cette notion, conçue comme une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé. Il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, espèce par espèce, à la lueur de données extralégales ou même extra

WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat ». in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2003, p. 151.

⁴⁴² Cass. soc. 26 mai 2010, n°09-60400, « attendu que l'application immédiate de la règle résultant d'un revirement de jurisprudence selon laquelle le pourvoi contre un jugement préélectoral est immédiatement recevable ne saurait, sans méconnaître les exigences de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, priver le demandeur au pourvoi contre un jugement ayant statué sur la validité des élections du droit de critiquer des dispositions du jugement préélectoral non frappé de pourvoi en raison de la jurisprudence antérieure au revirement ».

⁴⁴³ F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français ». *Cah. cons. const.* 2001, p. 69.

juridiques, d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant⁴⁴⁴. Qu'il s'agisse d'adapter la règle générale et abstraite aux particularismes des situations soumises à son empire⁴⁴⁵ ou d'évaluer comportements et situations en termes de normalité⁴⁴⁶, on perçoit aisément les avantages que l'ordre public prétorien intégré à la théorie générale de l'acte juridique peut retirer d'une logique de protection assise sur la technique du standard⁴⁴⁷.

277. Fruit du compromis entre des intérêts apparemment divergents⁴⁴⁸, le standard se veut en effet l'instrument privilégié d'une meilleure appréhension des situations de fait sur lesquelles pouvoir législatif et autorité judiciaire vont agir de concert. Aussi, la mobilisation du standard ne signifie nullement l'abdication de la loi dans le traitement des engagements volontaires marqués par un déséquilibre de puissance économique. Elle relève tout au contraire d'un véritable choix de légistique⁴⁴⁹. Le législateur garde la main dans l'élaboration de la règle dont la relative imprécision⁴⁵⁰ traduit la volonté de reconnaître au juge une compétence normative au moment de sa mise en œuvre⁴⁵¹. La notion d'activation du standard suggère l'absence d'autonomie normative de ce dernier. Elle signifie que le standard est d'abord posé par le législateur et qu'il revient ensuite au juge de s'en saisir pour agir sur le contenu obligationnel de l'acte juridique. L'usage susceptible d'en être fait par le pouvoir prétorien

⁴⁴⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013, p. 885.

⁴⁴⁵ A. AL-SANHOURY, « Le standard juridique ». in *Mélanges Gény*, tome 2, Sirey, Paris, 1937, p. 145.

⁴⁴⁶ S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, Paris, 1980, tome 135, n°93.

⁴⁴⁷ C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 382, n°571 et s.

⁴⁴⁸ A. MARTINON, « L'utile en droit du travail ». in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyslié (dir.), Economica, Paris, 2011, n°37.

⁴⁴⁹ Ph. REMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions ». in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadiet, G. Cornu, (dir.), Economica, Paris, 1987, p. 278, estimant que plutôt que de « multiplier les statuts de protection qui avancent dans les contrats comme un éléphant dans un magasin de porcelaine (...) c'est au juge du contrat qu'il faut donner le pouvoir de corriger ce déséquilibre au plus près du cas (...) » ; voir aussi, dans le même ouvrage, L. CADDIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », p. 7, spé. n°47.

⁴⁵⁰ Pour Madame Del Cont, le standard « se présente comme un outil conceptuel permettant aux droits d'objectiver pratiques économiques complexes et évolutives [de sorte que sa relative imprécision] n'est que le reflet des contradictions et des transformations que produit, dans les rapports sociaux, l'intensification de l'échange marchand », C. DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 1997, p. 236.

⁴⁵¹ Etablissant un parallèle entre l'ordre public et les bonnes mœurs, la doctrine les assimile tous les deux à « des normes à contenu indéterminé, des standards, qui ne répondent à aucune définition précise et qui ont donc souvent besoin du relais des juges pour être concrétisés », F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°371.

peut connaître deux principales traductions, le forçage du contrat d'une part (1), et la mise en oeuvre d'une protection compensatoire d'autre part (2).

1. Le forçage du contrat

278. Evoqué pour la première fois sous la plume du doyen Josserand⁴⁵², le forçage du contrat désigne l'amplification du contenu obligatoire du contrat par le juge, qui l'enrichit de nouvelles obligations⁴⁵³. Autour de ses fondements textuels⁴⁵⁴ ou à travers ses substrats théoriques⁴⁵⁵, l'opération a donné lieu à de récentes et brillantes analyses. Aussi nous contenterons-nous d'envisager plus modestement la contribution du droit du travail à l'avènement et à l'essor de la technique dans une théorie générale de l'acte juridique renouvelée.

279. Obligation de sécurité⁴⁵⁶, d'information⁴⁵⁷, de surveillance des personnes⁴⁵⁸, de non-concurrence⁴⁵⁹ ou encore de conseil⁴⁶⁰, nombreuses sont les traductions des ajouts que connaissent aujourd'hui les conventions sur le fondement de l'ancien article 1135 du Code civil, désormais article 1194, au point que l'on oublie parfois la place de la relation de travail dans les origines de ce mouvement⁴⁶¹. À l'instar des fondements axiologiques développés au

⁴⁵² L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé ». *D.* 1933, chron. p. 89.

⁴⁵³ L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat ». *Dr. et patr.* 1998, p. 69 ; affinant l'étude du phénomène, une récente contribution propose de dépasser la seule amplification du contenu contractuel, pour y inclure « *une extension anormale du domaine contractuel (...) lorsqu'une situation de fait est qualifiée de contrat alors que ses éléments constitutifs ne sont pas réunis* », R. BLOUCH, *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, PUAM, 2011, n°224 et 225.

⁴⁵⁴ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005, tome 46 ; Cl. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2006, tome 460.

⁴⁵⁵ R. BLOUCH, *op. cit.*

⁴⁵⁶ Sur la responsabilité de gérants d'établissements ouverts au public, Cass. civ. 1^{ère} 2 juin 1981, *JCP* 1982, II, n°19912, note N. DEJEAN DE LA BATIE.

⁴⁵⁷ Sur l'obligation d'information d'un architecte, Cass. civ. 3^e 9 décembre 1992, *Bull. civ.* III, n°318.

⁴⁵⁸ Sur l'obligation de surveillance pesant sur le directeur d'une colonie de vacances, Cass. civ. 1^{ère} 11 mars 1997, *Bull. civ.* I, n°89.

⁴⁵⁹ Cass. com. 16 mars 1993, *Bull. civ.* IV, n°109.

⁴⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère} 5 décembre 1995, *Bull. civ.* I, n°453.

⁴⁶¹ A. SUPIOT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats » in *Le Code civil entre jus commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 59, qui rappelle que « *l'engagement physique du salarié au service de l'employeur a conduit à faire peser sur ce dernier une obligation de sécurité et à le rendre responsable des accidents survenus à ses ouvriers* » ; voir également, en droit de la sécurité sociale, S. DAVID-CONSTANT, « L'influence de la Sécurité sociale sur la responsabilité civile ». in *Mélanges Delmas-Marty*, PUF, Paris, 1992, p. 235, se demandant si « *en inscrivant dans le contrat de services gratuits une garantie des*

soutien de la législation sur les accidents du travail du 9 avril 1898, l'introduction d'une obligation de sécurité dans le contrat de travail fait écho à la volonté de faire supporter les risques de l'activité à celui qui en tire le profit, tel que le résume l'adage *ubi emolumentum ibi onus*⁴⁶². Par la suite, des obligations d'un autre type ont été imposées *via* la technique du forçage⁴⁶³ et à la faveur de l'ancien article 1135 du Code civil ; il est tentant de voir dans ce texte le réceptacle de ces desseins, guidés par de légitimes considérations d'équité⁴⁶⁴.

280. Plus largement, l'évolution qu'a connue la théorie du contrat⁴⁶⁵ n'est sans doute pas étrangère au dépassement de certains obstacles à l'immixtion du juge dans les stipulations des parties⁴⁶⁶. Quelques-uns des soupçons nourris par l'objectivation prétorienne du contenu de l'acte juridique ont ainsi pu être dissipés, à mesure que la place de la volonté dans la force obligatoire des conventions paraissait décliner⁴⁶⁷. Ce changement de paradigme tient⁴⁶⁸, en outre, à une plus grande acuité dans la prise en compte des rapports de force existant entre les parties, au moment de la formation de l'acte juridique⁴⁶⁹.

dommages corporels, le juge civil ne suit (...) pas l'exemple du législateur social qui greffe sur le contrat de louage de services salariés une assurance contre les risques d'accident ou de maladie ? ».

⁴⁶² Pouvant être traduit par « là où il y a le gain, il y a aussi la charge ».

⁴⁶³ « [Cette technique] est sans doute l'apport essentiel du droit du travail au droit commun des contrats, car ses applications sont illimitées et ne se bornent pas à la seule question de la protection de la sécurité », A. SUPIOT, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁶⁴ P. JOURDAIN, « Le fondement de l'obligation de sécurité ». *Gaz. pal.* 1997, p. 1196.

⁴⁶⁵ Il serait plus juste d'évoquer l'apparition de nouvelles théories du contrat.

⁴⁶⁶ Encore que certains auteurs, par ailleurs favorable à la « correction du contrat » opérée par le juge se montrent hostile à la possibilité de rétablir l'équilibre d'une convention par l'adjonction d'une clause, y voyant une atteinte trop grave aux prévisions des parties et à la sécurité juridique, G. PIET, *La correction du contrat*, PUAM, 2004, n°1097 et s.. On peut regretter pareille réserve, d'autant que le concept de correction du contrat, forgé par le Professeur Piet, recèle, ainsi que le démontre sa thèse, un important potentiel régulateur, la notion, contrairement à la révision, intégrant l'hypothèse d'un déséquilibre contemporain de la formation de l'acte juridique.

⁴⁶⁷ « Dans une approche strictement volontariste du contrat de telles atteintes doivent être systématiquement dénoncées, mais, à partir du moment où la notion de contrat évolue et où la volonté perd sa suprématie, il est possible d'admettre des dérogations au principe de l'intangibilité », R. BLOUCH, *op. cit.* n°195 ; voir *supra*, *Le déclin de l'autonomie de la volonté dans la force obligatoire de l'acte juridique*, n°122 et s.

⁴⁶⁸ « En quelques années, le juge civil s'est doté de puissants moyens d'intervention et surtout a changé d'état d'esprit envers l'économie du contrat, remplaçant un respect dévot par un contrôle activiste de sa légitimité », A. BÉNABENT, « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée ». *LPA* 1998, n°54, p. 14.

⁴⁶⁹ « (...) certaines évolutions parmi les plus remarquables qui ont récemment traversé notre droit des contrats révèlent l'existence d'une rupture franche et nette avec les postulats de liberté et d'égalité contractuelles, sur lesquels la théorie générale du contrat a été édifiée. Ont été substitué à ces mythes, les idées de liberté unilatérale et d'inégalités contractuelles qui reflètent bien plus fidèlement la réalité des mœurs contractuelles », D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel : ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Dalloz, Paris, 2004, p. 148.

281. Notre propos aurait pu s'achever ici si, refusant à juste titre de se satisfaire de la seule référence à la justice contractuelle⁴⁷⁰, ou à l'équité⁴⁷¹, un auteur n'avait pas entrepris de dégager une autre rationalité dans le recours à l'ancien article 1135 du Code civil. En ce sens, Madame Mouly-Guillemaud identifie une corrélation entre l'obligation initiale et sa suite⁴⁷². La démonstration initiée par l'auteur est convaincante, rappelant à certains égards l'idée évoquée plus haut d'une responsabilité contrepartie du gain économique escompté au terme l'opération juridique. Toutefois, son propos nous paraît sous-estimer l'incompressible part de liberté dont le juge dispose dans l'interprétation créatrice de l'article 1135⁴⁷³.

282. Madame Mouly-Guillemaud considère que ces « suites », constituent « (...) *le corrélat de l'obligation stipulée, [et] ne sont pas extérieures à l'opération envisagée par les parties* »⁴⁷⁴. À dire vrai, les engagements fondés sur un état de dépendance semblent assez réfractaires à une pareille analyse. S'il ne s'agit pas de frapper ces actes juridiques d'une présomption irréfragable de déséquilibre, on conçoit péniblement que le forçage de leur contenu soit, par principe, synonyme d'exhumation de la volonté commune. L'existence des volontés internes n'est certes pas en cause : nul doute que la partie dépendante, en son for intérieur, espère que sa faiblesse ne sera pas exploitée par son cocontractant. En revanche, postuler leur rencontre autour d'un dessein partagé reste difficile à admettre. Surtout, à suivre une telle rationalité, le rôle du juge pourrait se voir considérablement réduit là où son intervention est au contraire la plus requise. Nous préférons donc nous ranger à une objectivation du contenu obligationnel fondée sur l'état d'infériorité d'une des parties à

⁴⁷⁰ « Le juge est l'artisan de la justice contractuelle et cette mission lui donne, à l'égard du contrat, un pouvoir d'intervention au sens quasiment procédural du terme comme si, de tiers, le juge devenait partie au contrat », L. CADJET, « Une justice contractuelle, l'autre ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 181.

⁴⁷¹ « (...) *la supériorité technique de la décision judiciaire n'est pas sans évoquer la notion d'équité, mentionnée à l'article 1135 du Code civil. Ce texte constitue le premier aveu, par notre système juridique, de la précellence technique de la décision du juge en matière de contrat* », C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 382, n°473.

⁴⁷² Cf. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2006, tome 460, n°544.

⁴⁷³ Tout en reconnaissant qu'« *une part de subjectivité demeure inhérente à l'appréciation judiciaire de la teneur des notions-cadres que mentionne l'article 1135* », Cf. MOULY-GUILLEMAUD, *op. cit.*, n°238.

⁴⁷⁴ « *Le caractère contractuel de ces implications non exprimées est ainsi justifié par ce lien d'implication, et conforté par la déduction de la nécessaire rationalité de cette corrélation, à laquelle concourent l'équité, l'usage et la loi* », Cf. MOULY-GUILLEMAUD, *op. cit.*, n°391.

l'échange⁴⁷⁵, comme en conviennent, tout en rejetant l'emploi de catégories juridiques appliquées aux justiciables, les partisans de la logique de protection compensatoire.

2. La mise en oeuvre complémentaire d'une protection compensatoire

283. Le rapport de domination généré par la dépendance implique parfois d'avantager distinctement l'un des protagonistes au détriment de l'autre dans une logique de protection catégorielle. L'ambition d'une protection compensatoire est complémentaire de cette approche⁴⁷⁶. La démarche est « *sous-tendue par une volonté de niveler et de porter remède à un déséquilibre objectif flagrant, que ce dernier soit avéré ou seulement à craindre* »⁴⁷⁷. Elle entreprend d'agir sur le contenu de l'engagement afin d'y détecter, et le cas échéant, d'y corriger, les déséquilibres jugés inopportuns entre les prestations respectives des parties. Le juge joue un rôle clé dans ce dispositif faisant appel à la technique du standard⁴⁷⁸, c'est à lui dans le cadre fixé par la loi, qu'il revient de dispenser la protection compensatoire⁴⁷⁹. Contrairement au forçage des conventions, les standards qui se trouvent activés ici ne visent pas, à titre principal, l'adjonction d'obligations complémentaires ou supplémentaires aux dispositions stipulées par les parties⁴⁸⁰. Leur valeur ajoutée réside plutôt dans la portée interprétative susceptible de leur être reconnue, portée que conteste avec justesse Madame Clémence Mouly-Guillemaud s'agissant, hier, de l'article 1135 du Code civil, et désormais de l'article 1194⁴⁸¹.

284. L'orientation retenue n'est pourtant pas la seule envisageable dès lors que l'on aspire à instaurer un certain équilibre entre deux individus ou entités d'inégale puissance. Monsieur Noblot met ainsi en évidence des entreprises de régulations assises sur ce qu'il nomme une

⁴⁷⁵ Position à laquelle adhèrent les tenants d'une certaine théorie du contrat autour du concept d'utilité « *comme procédé de rééquilibrage d'une relation déséquilibrée* », « *au lieu de retenir l'utilité convenue, suspecte d'être le fruit d'une négociation déséquilibrée, il est une façon simple d'avantager la partie faible : c'est de redéfinir lui-même l'utilité du contrat en tentant de s'appuyer sur son utilité objective, notamment en laissant pénétrer plus avant dans son appréciation tous les intérêts que la partie faible attend du contrat (c'est-à-dire l'utilité subjective)* », Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°490.

⁴⁷⁶ Voir C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 382, à qui le terme est emprunté.

⁴⁷⁷ C. NOBLOT, *op. cit.*, n°575.

⁴⁷⁸ C. NOBLOT, *ibidem*.

⁴⁷⁹ C. NOBLOT, *ibid.*

⁴⁸⁰ Si l'on ne souhaite pas inscrire le mouvement d'objectivation dans une logique de « *suite* » des obligations stipulées, Cf. MOULY-GUILLEMAUD, *op. cit.*, n°167 et s.

⁴⁸¹ Cf. MOULY-GUILLEMAUD, *op. cit.*, n°25 et s.

logique de protection promotionnelle, et au travers desquelles le législateur s'efforce de privilégier un contractant au détriment de l'autre⁴⁸². En pareille hypothèse, l'arbitrage et l'utilité du recours du juge se trouvent considérablement réduits, tant sur le plan de la technique⁴⁸³, que des principes⁴⁸⁴.

285. La logique de protection promotionnelle souffre néanmoins d'irréductibles faiblesses. Efficace lorsqu'elle se déploie dans une branche du droit où les qualités respectives des parties à l'échange peuvent être prédéterminées, elle demeure pourtant condamnée à ne régir que par à coup, et avec retard⁴⁸⁵, les rapports de domination institués par la pratique et prospérant à l'abri des contrats innommés⁴⁸⁶. Certains auteurs soulignent en ce sens l'indispensable substrat théorique fourni par la théorie générale du contrat aux relations de types nouveaux⁴⁸⁷. D'autres ne manquent pas de fustiger l'incomplétude des législations spéciales ou encore leur retard face aux innovations des contractants et aux créations de la pratique précédant l'adoption des dispositions propres à les régir⁴⁸⁸, ce dernier reproche visant tout particulièrement les limites de la logique de protection catégorielle. L'essor de la protection promotionnelle, dépendant des qualités conférées aux justiciables par tel ou tel droit spécial, butte sur l'impossibilité de donner *a priori* une définition de la partie faible.

286. La situation de dépendance ne peut être irréfragablement présumée à l'endroit de telle ou telle catégorie ou qualité. Dans les nombreux travaux consacrés à la partie faible il a ainsi

⁴⁸² C. NOBLOT, *op. cit.*, n°576.

⁴⁸³ « (...) l'adaptation sera l'œuvre exclusive de la loi : elle donnera lieu à des mesures générales touchant des catégories entières de contrat ; mesures d'autant plus remarquables qu'elles seront exorbitantes du droit commun puisqu'elles contrediront l'interdiction faite aux juges de réviser les contrats : l'initiative du législateur n'en paraîtra que plus hardie et révolutionnaire », J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 195.

⁴⁸⁴ « Dans la dialectique de la loi et du juge, on remarque alors que c'est ici la source législative qui doit être préférée, car la justice distributive exprime des choix de société nécessitant souvent un débat public préalable », C. NOBLOT, *ibidem*.

⁴⁸⁵ Les législations spéciales ne parviennent pas à rattraper leur « inéluctable retard face aux innovations des contractants, les créations de la pratique précédant l'adoption des dispositions propres à les régir », Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2009, tome 509, n°288.

⁴⁸⁶ Voir *supra*, n°42.

⁴⁸⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°48, relevant « cette floraison de contrats nouveaux issus de la seule pratique [redonnant] à la théorie générale du contrat tout son intérêt puisqu'ils vivent de sa seule sève » ; comp. N. DISSAUX, « La gérance-mandat : une troisième voie ? ». *D.* 2010, chron., p. 667, où l'auteur relève l'attractivité des contrats innommés pour de certains régimes spéciaux.

⁴⁸⁸ Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2009, tome 509, n°288.

été parfaitement démontré que la vulnérabilité peut n'être que passagère, sans qu'il ne soit possible de déterminer à l'avance qui, de la formation ou de l'exécution de l'acte juridique, en sera la plus affectée⁴⁸⁹. Parallèlement, les qualités de débiteur et de créancier⁴⁹⁰, d'acheteur ou de vendeur, d'entrepreneur ou de maître de l'ouvrage, de mandant ou de mandataire, de fournisseur ou de distributeur⁴⁹¹ ne sont pas de nature à traduire à elles seules des positions de puissance ou de faiblesse respectives. Le droit du travail lui-même n'échappe pas à la contradiction, le lien de subordination par lequel l'employeur dicte sa conduite au salarié ne devant pas conduire à sous-estimer les limites rencontrées par ses concepts cardinaux dans la traduction des réalités sociales. Les notions d'employeurs et de salariés évoquent certes dans la conscience commune l'idée d'une partition entre d'un côté les propriétaires de l'outil de production et, de l'autre, ceux qui ne disposent que de leur force de travail. Le constat de l'hétérogénéité des groupes d'individus visés force néanmoins à relativiser l'altérité de puissance économique suggérée par leurs statuts respectifs⁴⁹².

287. Même si les critères d'éligibilité à la qualité de « partie protégée » font montre d'une souplesse propre à élargir le champ de ses éventuels bénéficiaires⁴⁹³, la qualification ne pourrait cependant pas être étirée à l'infini ; le salarié n'est pas l'employeur et le locataire ne se confondra jamais avec le bailleur. En cela, il faut reconnaître l'existence d'une limite insurmontable à la concrétisation d'un apport technique du droit du travail dans l'optique d'un renouvellement des règles communes à tous les types d'actes juridiques. L'évocation de l'ordre public travailliste conduit en effet, bien souvent, à se représenter la relation de travail sous les traits d'un engagement réciproque, dont la substance reste largement déterminée par des sources légales et professionnelles indépendantes de la volonté des contractants⁴⁹⁴. Cette

⁴⁸⁹ M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels ». *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1996, tome 261, p. 615, spé. n°4.

⁴⁹⁰ M. FONTAINE, *ibidem*.

⁴⁹¹ Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n°388, pour qui « *il ne semble pas possible, dans nombre de contrats, de désigner abstraitement par avance la partie la plus digne de protection* ».

⁴⁹² « *Le concept juridique de salarié est encore perçu spontanément comme l'équivalent de la notion de salarié du sens commun, c'est à dire comme recouvrant une population d'ouvriers, d'employés, de petits cadres, bref la classe dominée et laborieuse, voire la classe ouvrière. Cette équivalence est évidemment mensongère : de nombreux dirigeants d'entreprise sont juridiquement des salariés, tandis que de nombreux petits employeurs (au sens juridique) appartiennent sociologiquement aux classes dominées* », A. SUPIOT, « Délégalisation, normalisation et droit du travail ». *Dr. soc.* 1984, p. 299.

⁴⁹³ Ce qui n'est cependant pas toujours le sens vers lequel tend la jurisprudence, voir *supra*, *Les écueils d'une définition étroite du consommateur*, n°192.

⁴⁹⁴ G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, p. 75, n°5 ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, tome 1 : *Les relations individuelles de travail*, PUF, Paris, 1^{ère} éd., 2011, p. 34, n°29.

pénétration de l'ordre public dans le contenu obligationnel de l'acte juridique s'appuie de surcroît sur le constat d'une inégalité des parties à la convention⁴⁹⁵, bien que l'on puisse toujours discuter le caractère unilatéralement protecteur du droit du travail⁴⁹⁶, pour en rééquilibrer les termes au bénéfice d'un salarié en état de faiblesse face à son employeur⁴⁹⁷.

288. Ce faisant, et même si nous ne songeons pas à dénoncer une telle asymétrie, le droit du travail reproduit, à l'instar de nombre de droits spéciaux encadrant un rapport de force présumé inégalitaire, une logique de protection ès qualité du contractant⁴⁹⁸. Reste que pour accéder à l'effectivité et autoriser une interprétation audacieuse des standards juridiques, la logique de protection compensatoire doit tenir compte des réticences parfaitement compréhensibles du juge à s'engager dans l'interprétation des standards. Il importe donc de souligner avec force le caractère subsidiaire de cet instrument d'objectivation prétorienne du contenu obligationnel de l'acte juridique.

B. L'activation subsidiaire du standard juridique

289. La démonstration de ce qu'une part essentielle du droit applicable à la relation de travail trouve son origine dans la jurisprudence de la chambre sociale n'est plus à faire⁴⁹⁹. Cette dimension prétorienne du droit du travail est unanimement reconnue par la doctrine⁵⁰⁰, comme par la Cour de cassation⁵⁰¹ qui « *ajoute au droit (...) se comporte comme un législateur et n'a point de substitution ; (...) fabrique une partie du droit qu'elle*

⁴⁹⁵ Voir *supra*, n°63 et s.

⁴⁹⁶ G. LYON-CAEN, *Le droit du travail : une technique réversible*, Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 1995.

⁴⁹⁷ Situation qui bien que courante ne doit pas pour autant être systématisée à l'excès ; le salarié qui dispose d'une qualification professionnelle rare et recherchée ressentira moins le poids de la dépendance s'il est sollicité par plusieurs employeurs ayant prestement besoin de ses services.

⁴⁹⁸ C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 382, spé. n°203 et s.

⁴⁹⁹ Voir *supra*, à propos de la fonction normative de la jurisprudence, *Une affirmation encouragée par le droit du travail*, n°249 et s.

⁵⁰⁰ Par exemple, J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Éd. Liaisons, Rueil-Malmaison, 23^e éd., 2014, n°67 ; A. MAZEAUD, « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la chambre sociale de la Cour de cassation ». in *Mélanges Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 575-591 ; J.-Y. FROUIN, « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail ». *JCP S* 2009, n°45, p. 14, et sa thèse *Une construction prétorienne du droit du travail : entre protection du salarié et intérêt de l'entreprise*, thèse Paris II, 2009.

⁵⁰¹ En témoignent les termes du Rapport annuel publié en avril 2011, « *la chambre sociale a poursuivi pendant l'année 2010 le travail de construction normative entrepris les années précédentes, ajoutant petit à petit, au fil des espèces soumises à son examen, des pierres à l'édifice de sa jurisprudence* ».

applique »⁵⁰². Or, dans de nombreux cas, la créativité dont fait preuve le juge du travail ne peut être comprise que si l'on a conscience qu'il bénéficie, si ce n'est de l'aval explicite du législateur, du moins de son accord implicite⁵⁰³ ; la physionomie même des dispositions du Code du travail encourage du reste cette émancipation prétorienne⁵⁰⁴. Il en ressort un important pouvoir régulateur du juge sur la substance des droits et obligations contenus dans le contrat, confirmant la pertinence de la technique du standard dans la quête d'une certaine justice contractuelle⁵⁰⁵.

290. Convaincante au plan des idées, il n'est toutefois pas certain que cette esquisse d'un « monde contractuel meilleur » puisse être reproduite à l'identique. À bien y réfléchir, exalter les vertus du standard sans plus de précisions, risquerait fort à l'inverse de limiter son usage aux seules branches du droit où le juge sera assuré d'une démarcation nette entre les catégories dignes de protection et celles dont la puissance ne requiert aucune sollicitude particulière⁵⁰⁶. L'effet serait somme toute assez paradoxal, puisque l'efficacité du standard, à supposer qu'il fasse d'abord l'objet d'un recours effectif, paraîtrait alors subordonné à son inscription dans un dispositif non plus compensatoire mais promotionnel.

291. Même relativisée⁵⁰⁷, l'exigence de sécurité juridique demeure, et avec elle la nécessité d'une certaine prévisibilité de l'intervention prétorienne sur le contenu du contrat⁵⁰⁸, ce dont le juge a parfaitement conscience. Rapporté à son office, cet impératif de sécurité juridique se

⁵⁰² M. JÉOL « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique ». in *L'image doctrinale de la Cour de Cassation*, Actes du colloque des 10 - 11 décembre 1993. La documentation française, Paris, 1994, p. 39.

⁵⁰³ Quelques auteurs estimant en ce sens « qu'il n'est pas exagéré de dire que si le législateur propose, le juge dispose dans les très nombreux cas où les textes sont imprécis », J.-E. RAY, *ibidem*.

⁵⁰⁴ « (...) les lois sociales sont souvent des lois de procédure. Et, à l'inverse, lorsqu'elles sortent de la loi-règlement, elles fixent un cadre, un principe (pertinence, proportionnalité), un canevas dans la confection est nécessairement confiée au juge », 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 *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, p. 575.

⁵⁰⁵ La réduction des marges d'appréciation et d'interprétation du juge « augmente alors considérablement la complexité du droit et laisse place à l'arbitraire, puisque dans le détail des prescriptions techniques impératives, les considérations de justice ne peuvent plus servir de guide », G. CANIVET, « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste ». in *De l'injuste au juste*, Dalloz, Paris, 1997, p. 108.

⁵⁰⁶ À l'image du dol, par exemple, que la Cour de cassation caractérise avec davantage de rigueur s'agissant du salarié que de l'employeur, voir Cass. soc. 16 février 1999, n°96-45565.

⁵⁰⁷ Voir *supra*, *La mesure du déséquilibre entériné par l'exigence de sécurité juridique*, n°173 et s.

⁵⁰⁸ « (...) le vrai problème n'est pas celui de l'intégration d'éléments subjectifs, mais celui des conditions de leur intégration de façon à ce que leur existence et leur portée aient pu être appréciées par l'autre partie. C'est donc de cette objectivation des éléments subjectifs que dépend une concrétisation du contrat conforme aux exigences de sécurité juridique », G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat ». in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2003, p. 157.

double d'une recherche de rationalité dans la solution par lui consacrée, à rebours de tout aventurisme juridique condamné de surcroît à subir les fourches caudines des Cours régulatrices. Or, les imprécisions véhiculées par le standard peuvent, de manière tout à fait compréhensible, conduire le juge à éprouver le sentiment de se trouver face à des concepts évanescents, impropres à fonder une solution rationnelle et à justifier une atteinte aux prévisions des parties⁵⁰⁹. Comparant le formalisme du droit français des contrats, à la plasticité du cadre posé par les Principes européens du droit des contrats, le Professeur Wicker relève ainsi le risque pour ces derniers de déboucher sur un droit mou⁵¹⁰.

292. Il n'est toutefois pas impossible de surmonter ces réticences prétoriennes. En effet, nous croyons que le magistrat sera plus enclin à s'appuyer sur le standard juridique si celui-ci lui apparaît comme un instrument subsidiaire dans le traitement d'une situation qu'il jugera injuste. Dit autrement, c'est parce qu'il se figurera le standard sous les traits d'une solution à n'utiliser que dans des cas singuliers, qu'il parviendra à se convaincre de sa légitimité : à situation inique, réponse audacieuse. En ce sens, et au regard des conséquences injustes produites par la réduction du libre arbitre de l'individu, nous estimons que la dépendance économique doit être rangée au nombre de ces hypothèses justifiant une intervention particulière du juge sur le contenu de l'acte juridique⁵¹¹. Voilà peut-être une rationalité susceptible de guider la Cour de cassation.

293. Ainsi en est-il, lorsque la Haute juridiction décide de se fonder sur la théorie de la cause pour dégager une notion d'économie du contrat afin de sanctionner le manquement à une obligation essentielle du contrat par la stipulation d'une clause limitative de responsabilité⁵¹², ou encore le défaut de rentabilité d'une opération commerciale *ab initio*⁵¹³, ou suite à un changement de circonstance⁵¹⁴. De même, quelques arrêts qualifient de manquement à

⁵⁰⁹ Fussent-elles les prévisions d'une seule.

⁵¹⁰ G. WICKER, *op. cit.*, p. 153.

⁵¹¹ Ce qui, disons-le encore, s'oppose à un principe général d'équilibre des conventions dont l'immensité du champ d'application potentiel, en sus de porter une atteinte excessive à la stabilité des engagements, a pour effet, d'empêcher toute audace jurisprudentielle.

⁵¹² Cass. com. 22 octobre 1996, *Bull. civ.* IV, n°261, *D.* 1997, p. 121, note A. SÉRIAUX ; *JCP* 1997, I, 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *Defrénois* 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD.

⁵¹³ Cass. civ. 1^{ère} 3 juillet 1996, *Bull. civ.*I, n°286, *RTD civ.* 1996, p. 901, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1997, p. 336, obs. D. MAZEAUD

⁵¹⁴ Cass. com. 29 juin 2010, n°09-67369, *D.* 2010, p. 2481, note D. MAZEAUD ; *D.* 2010, p. 2485, note Th. GENICON ; *JCP* 2010, 1056, note Th. FAVARIO ; *LPA* 2010, n° 256, p. 7, note A.-S. CHONÉ ; *JCP* 2010,

l'obligation de bonne foi le comportement du contractant qui contribue ou refuse de remédier à un déséquilibre économique gravement préjudiciable⁵¹⁵, en sanctionnant par exemple l'attitude particulièrement désinvolte d'une société de pétrole à l'égard de son distributeur⁵¹⁶, ou l'abus de l'exclusivité d'un opérateur téléphonique vis à vis de l'entreprise utilisatrice⁵¹⁷. En droit du travail, on songe tout particulièrement à l'obligation d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi, déduite de la bonne foi contractuelle⁵¹⁸.

294. Chacune de ces décisions a beau avoir été fondée sur un standard, respectivement la cause et la bonne foi, c'est la terrible iniquité relevée par le juge qui a constitué le point de départ de son syllogisme régressif⁵¹⁹. Pour s'en convaincre il suffit d'observer que dans le droit commun des contrats, ni la cause, ni la bonne foi n'ont jusqu'ici servi de fondement à l'érection d'un principe général d'équilibre des conventions⁵²⁰. La prudence du juge dans le recours aux instruments de contrôle mis à sa disposition par le législateur est parfaitement compréhensible. Pour autant, nous voulons croire que l'attention portée au contexte de formation de l'acte juridique pourra légitimer, aux yeux des justiciables comme des cours régulatrices, une immixtion plus affirmée du juge dans la volonté des parties.

2108, note S. LE GAC-PECH ; à rebours de cette solution voir cependant Cass. com. 18 mars 2014, n°12-29453, *Dr. et patr.* 2015, n°243, p. 63, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

⁵¹⁵ Th. REVET, « Propos introductifs ». in *Les prérogatives contractuelles*, actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC* 2011, p. 640..

⁵¹⁶ Cass. com. 3 novembre 1992, *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. MESTRE ; *JCP* 1993, II, 22164, note G. VIRASSAMY ; *Deffrénois* 1993, p. 1377, obs. J.-L. AUBERT ; Cass. com. 24 novembre 1998, *JCP* 1999, II, 10210, note Y. PICOD ; *RTD civ.* 1998, p. 98, obs. J. MESTRE.

⁵¹⁷ Cass. com. 29 novembre 1994

⁵¹⁸ Cass. soc. 25 février 1992, *Bull. civ.* V, n°122; *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. MESTRE ; *D.* 1992, somm., p. 294, obs. A. LYON-CAEN.

⁵¹⁹ Le Professeur Chénéde résume parfaitement la situation en comparant le « *concedant [exclusif] qui engage sa responsabilité s'il impose à son concessionnaire des sacrifices injustifiés au regard des profits qu'il réalise* » avec « *un client libre de mettre fin au contrat modifié [qui] aura bien du mal à convaincre les juges qu'il a été victime d'un abus* », F. CHÉNEDÉ, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles ». in *Les prérogatives contractuelles*, actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC* 2011, p. 716.

⁵²⁰ Voir Y. LEQUETTE, « *Bilan des solidarismes contractuels* ». in *Mélanges Didier*, Economica, Paris, 2008, p. 247.

Conclusion du Chapitre

295. En apparence, ni le droit commun, ni les droits spéciaux, à travers les législations consumériste et commercialiste, n'ignorent les situations de dépendance économique. Pourtant, si l'on examine attentivement les instruments mis en place afin de combattre le phénomène, on constate qu'ils manquent généralement leur cible, l'expression de leur ambition régulatrice se cantonnant le plus souvent à la mobilisation de techniques protectrices du consentement.

296. L'implantation des mécanismes correcteurs lors de la souscription de l'engagement traduit une prise en compte insuffisante des contraintes pesant sur la volonté des parties jugées vulnérables : tout se passe comme si la reconnaissance et le traitement de la dépendance et de l'inégalité des contractants faisaient cause commune. Or, bien que ces deux notions affichent d'indéniables points communs, il faut cependant se garder de les confondre à peine de postuler un libre choix qui fait défaut chez l'individu dépendant. C'est malheureusement ce qui se produit en droit de la consommation, où la promotion d'une démarche préventive entretient l'illusion d'un acte juridique dont l'iniquité tiendrait d'abord et surtout à l'incurie du profane. Les parties soumises au droit commun ne sont pas mieux loties, la violence économique faisant l'objet d'une acception trop étroite et de sanctions dont la capacité à traiter convenablement la compression du libre arbitre demeure des plus incertaines. Qu'il s'agisse de prononcer la nullité d'un acte assurant à la personne la satisfaction d'un besoin, ou, par le biais de la responsabilité civile, de réviser l'équilibre d'un engagement dont il n'est pas possible de faire l'économie, les remèdes se révèlent respectivement inefficaces et illusoire.

297. Le droit de la concurrence offre il est vrai quelques raisons d'espérer une meilleure appréhension des actes juridiques formés dans un état de dépendance économique. Mais il s'agit là de dispositions relativement récentes, et dont il convient de souligner le caractère iconoclaste, au sein d'un droit jusqu'ici davantage marqué par la sanctification du libre-échange que par le souci d'une protection des plus faibles. Il n'en demeure pas moins que les prescriptions de la loi LME affichent un potentiel régulateur tel que l'on peut déplorer qu'un dispositif aussi pertinent ne bénéficie qu'aux seuls commerçants, à l'exclusion des autres

contractants. En se focalisant sur l'économie générale des engagements sans chercher à améliorer les conditions de formation de la volonté, la loi LME confirme ainsi l'irréductibilité de la dépendance économique par les techniques protectrices du libre arbitre.

298. L'agrégation d'un ordre public prétorien à la théorie générale de l'acte juridique pourrait utilement combler les failles de ces dispositifs préventifs. Le droit du travail souligne en ce sens les formes d'une objectivation maîtrisée de l'acte juridique entre les mains du juge. À côté d'une action normative autonome incarnée par le forçage des conventions, il permet en effet de distinguer les résultats pouvant être effectivement et raisonnablement attendus d'une action normative déléguée, à travers la mise en œuvre d'une protection compensatoire. Si l'on souhaite voir le juge devenir un acteur essentiel du dispositif de correction des déséquilibres obligationnels excessifs, l'efficacité de son action reste avant tout conditionnée par son appropriation effective des instruments que lui confie le législateur, au premier rang desquels figurent les standards juridiques.

299. Or, à disposer de trop de latitude, il n'est pas rare que le juge ne fasse qu'un usage timoré du pouvoir régulateur dont il se voit investi. Le droit du travail montre que pour dépasser leurs réticences, les magistrats ont besoin de relever, à la base de leur raisonnement, l'existence d'une situation dont l'iniquité est telle qu'elle légitime un recours plus affirmé à ces standards. C'est sans entamer la pertinence des mécanismes correcteurs précédemment évoqués que nous affirmons l'importance de la subsidiarité dans leur mobilisation ; en d'autres termes, leur subordination à la caractérisation préalable d'une situation dont la régulation ne peut être efficacement opérée sur la base des techniques et des interprétations classiques.

Conclusion du Titre

300. Là où l'enseignement du droit des obligations continue d'envisager la formation des engagements volontaires sous les auspices de la liberté contractuelle, la dépendance économique telle que le droit du travail la conçoit, apporte un éclairage différent sur le contexte d'expression de la volonté dans la formation des actes juridiques. Prenant appui sur l'observation du cadre socio-économique de l'échange, elle s'affirme comme l'instrument d'une plus juste mesure de l'influence des circonstances de fait sur la prise de décision. Dans un sens classique, la dépendance économique se trouve réduite à la situation d'un individu partie à un contrat dont l'exécution lui garantit l'essentiel de ses ressources. Mais l'observation de la division du travail propre à nos sociétés contemporaines conduit à dépasser cette conception étroite des restrictions du libre arbitre.

301. En effet, si les marges de manœuvres d'un contractant à l'égard de son partenaire peuvent se trouver entravées dès lors que l'engagement qui les unit constitue, pour le premier, un moyen de survie, c'est parfois, au-delà du seul maintien de l'acte juridique, la décision même de s'engager qui se trouve commandée par la satisfaction d'un besoin. À telle enseigne que sa conclusion peut se révéler fondée sur une absence d'alternative satisfaisante, dès lors que le protagoniste dont l'existence ne dépend pas de l'acte juridique décide de profiter de la vulnérabilité de son cocontractant pour lui imposer un contenu obligationnel déséquilibré.

302. La dépendance économique ne se cantonne pas à la relation de travail et vise également les actes juridiques supportant une opération économique dont l'un des acteurs tire l'essentiel, voire l'exclusivité, de ses revenus. En intégrant la figure d'une inégalité de puissance économique, le rayonnement du modèle travailliste de dépendance, dans son acception descriptive, s'étend ainsi aux actes juridiques regroupés autour de la catégorie de « contrats de dépendance », tels les contrats d'intégration en agriculture, les contrats de concession commerciale ou encore les contrats de distribution. Le bien-fondé d'une acception élargie de la dépendance économique trouve par ailleurs confirmation dans la dialectique entre l'Objectif et le Subjectif prônée par la théorie synthétique de l'acte juridique. À l'admission d'une hétéronomie de la volonté largement démontrée par les sciences psychologiques succède, d'une part, la mise en évidence de la double nature des éléments objectifs orientant

la prise de décision finale. D'autre part, la grille d'analyse des structures de l'acte juridique instituée par la théorie synthétique de l'acte juridique fait clairement apparaître qu'à côté du rôle de la règle de droit, l'incidence des données factuelles sur le choix de s'engager mérite d'être prise en compte.

303. Loin de constituer une notion surabondante, la promotion de la dépendance économique comme concept complémentaire de la liberté contractuelle se justifie au regard de l'irréductibilité des entraves au libre arbitre *via* les techniques protectrices du consentement. L'intégration des contraintes économiques parmi les éléments constitutifs du vice de violence n'y change rien. Tout d'abord, la récurrence d'une appréciation subjective de l'abus de situation de dépendance économique en réduit considérablement le champ d'application. Ensuite, en ce qui concerne sa sanction, la nullité s'avère tout à fait inopportune dès lors que celui dont le consentement a été vicié entretient avec l'acte juridique un rapport de subsistance. Le recours à la responsabilité délictuelle, dans l'hypothèse d'un maintien de l'engagement litigieux, n'offre pas de meilleures perspectives pour la partie en situation de dépendance économique ; l'allocation de dommages-intérêts synonyme de rééquilibrage de la convention se révèle le plus souvent illusoire.

304. Les dispositifs de protection du consentement instaurés par la législation consumériste et le droit de la concurrence ne s'avèrent pas plus convaincants, alors même que nombre d'auteurs les considèrent volontiers comme une source d'inspiration au service d'une théorie générale mieux adaptée à l'altérité de puissance économique des contractants. En droit de la consommation, l'obligation d'information mise à la charge du professionnel n'améliore aucunement la situation de l'individu contraint de satisfaire un besoin ou de souscrire un acte juridique pour assurer la viabilité de son opération commerciale. La situation est encore accentuée par la définition restrictive de la qualité de consommateur. Reposant sur le modèle de concurrence pure et parfaite et son corollaire du marché autorégulateur, l'obligation d'information non seulement ne résout rien, mais participe d'une regrettable confusion entre inégalité et dépendance. En droit de la concurrence, l'absence de résultats significatifs des législations successives au service de la libre entrée et sortie du marché des acteurs économiques confirme les limites du recours aux techniques protectrices du consentement ; de surcroît, lorsque l'appréciation de la dépendance économique exclut toute approche qualitative et se focalise sur l'existence d'une pluralité de partenaires commerciaux, peu

important que les conditions d'engagements proposées par ces derniers se caractérisent avant tout par leur uniformité.

305. Conscient de ces obstacles, le droit de la concurrence, avec la loi de modernisation de l'économie, a ainsi entrepris de lutter plus efficacement contre les pratiques restrictives de concurrence : abandonnant toute référence explicite aux conditions de formation du contrat, il se concentre sur son contenu en stigmatisant les déséquilibres significatifs. Le droit du travail suggère une orientation similaire en misant sur l'édification d'un véritable ordre public prétorien. Celui-ci joue un rôle essentiel dans la discipline où sa fonction normative n'est plus à démontrer, contrairement à ce qu'enseignent certains manuels au sein desquels elle continue de faire l'objet de suspicions qui nous semblent le plus souvent injustifiées. Grâce à la reconnaissance de manifestations communes et de justifications partagées en matière de pouvoir créateur du juge, le droit du travail peut éclairer l'action normative des magistrats au-delà de la seule relation de travail.

306. La matière va même plus loin, en se saisissant de l'exigence de sécurité juridique des conventions pour défendre l'idée de sa nécessaire conciliation avec les objectifs poursuivis par l'objectivation prétorienne de l'acte juridique. Une fois acté le principe de la cohabitation entre les deux notions, le droit du travail en souligne les modes opératoires, entre forçage des conventions et logique de protection compensatoire. Dans les deux cas, l'exemple travailliste permet d'observer que la mobilisation audacieuse de ces techniques tient dans une assez large mesure à la mise en évidence préalable d'une situation frappée d'une intolérable iniquité. Confronté à un déséquilibre qu'il s'avère dans l'incapacité de corriger au moyen des procédés habituels, le juge pourra alors être enclin à recourir, subsidiairement, aux mécanismes correcteurs suggérés par le droit du travail. L'éclairage ainsi apporté par la discipline ne se limite toutefois pas au contexte de formation de l'acte juridique. Il cible également la représentation des manifestations de volonté dans la formation de l'acte juridique.

Titre 2 : L'apport du droit du travail à la représentation des manifestations de volonté dans la formation de l'acte juridique

307. À quelques notables exceptions près¹, l'acte juridique reste le plus souvent associé à la figure du contrat. Or, s'il est acquis que dans l'acte juridique, comme dans le contrat, la volonté de l'individu est directement tournée vers la production d'effets de droit, son expression souffre néanmoins d'une analyse réductrice, car trop souvent conjuguée au singulier. Il est vrai qu'une grande majorité des engagements volontaires est aujourd'hui incarnée par des relations contractuelles. On aurait tort cependant d'occulter les autres traductions que connaît une théorie générale de l'acte juridique résolument marquée par la diversité des manifestations de volonté créatrices d'effets de droit.

308. Avec l'engagement unilatéral de l'employeur et les conventions collectives, la taxinomie des sources du droit du travail faisant appel à une manifestation de volonté est particulièrement révélatrice de ce que la notion d'acte juridique ne se résume pas à la technique contractuelle². On a pu voir que la figure du libre arbitre telle que l'envisage aujourd'hui la plupart des manuels de droit des obligations devait être nuancée. Il faut à présent observer que les développements que ces mêmes ouvrages consacrent à l'échange des consentements occulte dans une assez large mesure la variété des formes que revêtent les manifestations de volonté dans l'acte juridique, et par lui. Que ce soit par l'engagement unilatéral ou, à l'intérieur même de rapports conventionnels, par les actes unilatéraux, la volonté d'un seul mérite de figurer en bonne place au cœur de l'analyse des modes d'expression de la volonté dans l'acte juridique (**Chapitre 1**). Il en est de même pour la volonté d'une collectivité à laquelle le droit du travail, *via* la convention collective, a pu permettre de s'affirmer comme un auxiliaire de la norme légale (**Chapitre 2**).

¹ Le manuel de droit des obligations de Madame Muriel Fabre-Magnan est ainsi l'un des rares ouvrages de référence à envisager explicitement dans son titre, et à côté du contrat, l'engagement unilatéral de volonté, M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit privé, Paris, 3^e éd., 2012.

² A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations du travail ». *D.* 1998, chron. p. 359.

Chapitre 1 : La volonté d'un seul dans l'acte juridique

309. La possibilité pour la volonté d'un seul de produire des effets de droit affiche une double dimension : elle se traduit à la fois *par* le biais de l'acte juridique et *à l'intérieur* de l'acte juridique. Au titre de la première, on songe classiquement à l'engagement unilatéral de volonté. Si, en matière civile, la jurisprudence de la Cour de cassation donne l'impression que le juge ne se saisit de la technique qu'en désespoir de cause, il convient d'observer que le droit du travail, à l'inverse, n'hésite pas à y voir une source normative de premier plan, bien loin de la méfiance qu'elle suscite ailleurs. Le rôle joué par l'engagement unilatéral en droit du travail incite, croyons-nous, à envisager la notion en tant que mode d'expression à part entière de la volonté d'un seul au sein de la théorie générale de l'acte juridique (**Section 1**).

La volonté d'un seul occupe également une place importante au cœur de l'acte juridique conventionnel, même si son admission affiche pour certains un caractère iconoclaste¹. Celle-ci concourt en effet à l'identification de la puissance des volontés individuelles à l'intérieur d'engagements unissant plusieurs parties sous la bannière d'une volonté commune. Sensible à l'inégalité des parties à la relation de travail, le droit du travail, même s'il n'est pas la seule branche du droit privé à y prendre part, contribue à faire admettre la manifestation de la volonté d'un seul dans l'engagement bilatéral (**Section 2**).

¹ Sur ce point, *comp.* C. WITZ, « Contrat ou acte juridique ». in *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz, Paris, 2009, p. 57, qui relève que « les codes qui reposent sur le contrat ne fournissent pas de réponse directe aux difficultés suscitées par les actes juridiques unilatéraux ».

Section 1 : La volonté d'un seul par l'engagement unilatéral

310. En dépit d'une série d'arrêts pionniers², la consécration de l'engagement unilatéral de l'employeur en droit du travail est classiquement associée à l'année 1990³. Qu'il s'agisse de proposer un fondement adéquat à la force contraignante des accords atypiques⁴, ou de rendre obligatoire le versement de certains éléments de la rémunération ne pouvant répondre à la qualification d'usage⁵, l'engagement unilatéral s'est affirmé sous les traits d'une composante normative à part entière dans la relation de travail.

L'engagement unilatéral de volonté peut être provisoirement défini comme un acte juridique unilatéral par lequel son auteur se rend débiteur d'une obligation⁶. Son avènement repose sur une objectivation des effets attachés à la manifestation de volonté initiale **(I)**. Ce particularisme de la notion en fait un complément bienvenu de la typologie des engagements volontaires en droit privé, à l'image de l'importance et de l'utilité que lui reconnaît le droit du travail **(II)**.

I. L'engagement unilatéral, une objectivation des effets attachés à la manifestation de volonté initiale

311. L'objectivation des effets attachés à la manifestation de volonté initiale se manifeste avec évidence dans la détermination du contenu obligationnel de l'engagement unilatéral **(B)**.

² Cass. soc. 4 mars 1981 (3 arrêts), *Bull. civ. V*, n°178 et 180, *D.* 1982, IR 82, obs. J. PÉLISSIER ; Cass. soc. 31 mars 1981, *Bull. civ. V*, n°287 ; Cass. soc. 11 juin 1981, *Bull. civ. V*, n°525.

³ Cass. Soc. 4 avril 1990, *Soc. des Etablissements Maguin c. Courtin et autre*, *Bull. civ. V*, n°161, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2008, n°176-178 ; J. SAVATIER, « La portée des engagements pris par l'employeur dans les conditions d'un plan social ». *Dr. soc.* 1990, p. 803-805.

⁴ Ch. FREYRIA, « Les accords d'entreprise atypiques ». *Dr. soc.* 1988, p. 43, l'auteur estime cependant que « *la thèse de l'engagement unilatéral n'a strictement rien à voir avec le problème des accords de fins de conflit* » en raison de leur caractère synallagmatique ; voir également E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.* 1994, p. 227 ; R. CHISS, V. MANIGOT, « Le sort des engagements unilatéraux de l'employeur lors des transferts d'entreprises ». *JCP S* 2010, 1007.

⁵ Cass. soc. 19 novembre 1997, *Dr. soc.* 1998, p. 90, obs. G. COUTURIER.

⁶ M.-L. IZORCHE-MATHIEU, *L'avènement de l'engagement unilatéral de volonté en droit contemporain*, thèse Aix-Marseille 3, PUAM, 1995. Le vocabulaire juridique Cornu vise quant à lui, non sans réserves, « *l'acte juridique unilatéral par lequel une personne manifeste la volonté de s'obliger envers une autre, soit à l'obligation qui en résulte pour son auteur, au moins dans le système juridique qui admet qu'un individu puisse, par une manifestation de sa seule volonté, se rendre débiteur d'une personne (de la part de laquelle on ne constate ni ne suppose aucune acceptation expresse)* », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013, p. 357.

Mais il convient auparavant d'observer que l'expression de cette objectivation imprègne également, quoique de manière latente, les justifications apportées à sa force obligatoire (A).

A. Une objectivation latente de la force obligatoire de l'engagement unilatéral

312. La force obligatoire de l'engagement unilatéral repose sur la décision de son auteur de se rendre débiteur d'une obligation à l'égard d'autrui⁷. À première vue, l'affirmation peut être interprétée comme une consécration de la toute-puissance de la volonté isolée, par laquelle l'individu est reconnu apte à s'obliger sans qu'il ne soit nécessaire de caractériser l'acceptation de son engagement par autrui (1). Toutefois, quand bien même le juge en revient toujours à la personne de l'auteur, la caractérisation de la force obligatoire de l'engagement paraît bien relever d'une logique d'objectivation (2).

1. Le subjectivisme par l'admission de la volonté isolée créatrice d'obligations

313. La reconnaissance de la capacité de l'individu isolé à s'engager par la manifestation de sa seule volonté a longtemps suscité la controverse en droit des obligations⁸. Ce n'était pas tant le caractère unilatéral de la prise de décision que sur son aptitude à générer *ex nihilo* une obligation qui se voyait contestée⁹. La belle formule du doyen Carbonnier selon lequel « *il est bien plus naturel à l'homme de vouloir tout seul que de vouloir à deux* »¹⁰, parce qu'elle ne visait pas les actes unilatéraux créateurs d'obligations¹¹, illustre parfaitement le scepticisme, si ce n'est l'hostilité¹², d'une partie de la doctrine de l'époque à l'égard de l'engagement

⁷ L'engagement unilatéral est « *la manifestation de la volonté d'une personne exprimant son intention de s'obliger vis-à-vis d'autrui* », M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit privé, Paris, 3^e éd., 2012, p. 726.

⁸ Nous osons le passé, convaincus avec d'autres que désormais « *le véritable débat ne porte pas sur l'admission de principe de cette source d'obligations, mais sur le domaine qu'il convient de lui reconnaître* », J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Les obligations. 1. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°500.

⁹ On retrouve ici la distinction entre l'acte juridique qui donne naissance à un droit et celui qui permet d'assurer sa mise en œuvre, voir *infra*, *Le pouvoir juridique par l'admission de l'acte unilatéral au sein de l'acte bilatéral*, n°349 et s.

¹⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil - Les biens - Les obligations*, PUF, Quadrige, Paris, 22^{ème} éd., 2004, p. 2038, n°18.

¹¹ L'auteur qualifiant l'engagement unilatéral de volonté d'« *exaspération métaphysique de l'autonomie de la volonté* », *ibidem*.

¹² H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 2. Obligations : théorie générale*, Montchrestien, Paris, 9^e éd., 1998, n°117, n°358 et s., pour qui l'engagement unilatéral de volonté serait une technique dangereuse et inutile

unilatéral de volonté. On considérait alors que si la volonté isolée était en mesure de se lier par elle seule, elle pouvait se délier dans les mêmes conditions, au point que l'on doutait de la réalité de l'engagement ainsi exprimé¹³. L'argument n'était toutefois pas imparable et, pour le rejeter, le Professeur Aubert a brillamment justifié la faculté de la volonté isolée de générer des obligations¹⁴ : tandis que chacun est effectivement libre de s'obliger ou non à l'égard d'autrui, une fois sa parole donnée l'individu ne peut plus la reprendre comme il l'entend. En d'autres termes, après qu'une personne a librement choisi de s'engager, elle a, du même coup, perdu sa liberté¹⁵.

314. La majorité de la doctrine s'est rangée à cette analyse et reconnaît aujourd'hui l'engagement unilatéral comme source d'obligations volontaires¹⁶, en mettant cependant davantage l'accent sur les limites de son champ d'application que sur l'utilité de la notion¹⁷. En effet, le recours à l'engagement unilatéral demeure encore marginal en droit des obligations où la technique reste envisagée à titre très subsidiaire¹⁸. Il est à craindre que passées la porte de la chambre sociale, la Cour de cassation éprouve quelques réticences à retenir, au moins pour partie, une approche objective dans la caractérisation de la volonté isolée créatrice d'obligations.

¹³ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations, tomes 1 et 2*, Sirey, Paris, 1^{ère} éd., 1962, n°356.

¹⁴ Répertoire de droit civil, Dalloz, J.-L. AUBERT, actualisation S. GAUDEMET, juin 2012 ; voir également A. RIEG, *Le rôle de la volonté étant l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1961, tome 19, n° 447 qui, à propos de l'offre, estimait que la qualification d'acte juridique ne pouvait pas lui être légitimement refusée du seul fait qu'elle « s'insère en réalité dans un mécanisme légal dont seule la mise en mouvement, mais non les effets, dépendent de la volonté de leur auteur ».

¹⁵ J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°500.

¹⁶ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 725 et s. ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, Paris, 6^e éd., 1998, n°53 et s. ; M.-L. IZORCHE-MATHIEU, *L'avènement de l'engagement unilatéral de volonté en droit contemporain*, thèse Aix-Marseille 3, PUAM, 1995.

¹⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°50 et s. ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *Les obligations. Tome 3, Le Contrat*, Economica, Traité de Droit civil, Paris, 7^e éd., 2014, n° 86 et s., spé. n°104.

¹⁸ FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°500 ; voir également F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, LGDJ, Paris, 1919, n°72, qui consentait ainsi à déclarer obligatoires « non pas toutes les promesses unilatérales, mais celles-là seulement qui paraîtront indispensables pour atteindre un résultat socialement désirable et impossible à réaliser pratiquement par une autre voie ».

2. L'objectivation dans la caractérisation de la volonté isolée créatrice d'obligations

315. Nul ne conteste la nécessité de rattacher la force obligatoire de l'engagement unilatéral à la volonté de son auteur¹⁹ : rompre avec pareille exigence conduirait non seulement à priver la notion de toute cohérence²⁰, mais encore, à la faire basculer dans la catégorie des faits juridiques. La justification de la force obligatoire de l'engagement unilatéral telle que proposée précédemment commande toutefois une appréciation objective de la volonté isolée créatrice d'obligation. Car si le choix de s'engager fait perdre à l'individu sa faculté de se rétracter, c'est moins en considération de sa propre personne que de l'importance accordée aux effets de son comportement sur les destinataires potentiels de sa décision. Pour dire les choses plus clairement, une fois la décision extériorisée, l'attention du juge se focalise non plus sur ce qu'a réellement souhaité son auteur, mais sur la possibilité qu'il puisse ou non ignorer les espérances que son attitude était susceptible de générer chez autrui. Le Professeur Izorche-Mathieu ne paraît pas dire autre chose lorsqu'elle considère que l'engagement unilatéral ne repose pas uniquement sur la volonté de celui qui s'oblige mais puise certains de ses effets dans la situation objective qui l'accompagne²¹. Un bref retour sur la démonstration de l'auteur permettra de s'en convaincre.

316. Dans sa thèse de doctorat, Madame Izorche-Mathieu se pose en effet la question de savoir à quel moment il convient de retenir l'existence d'un véritable engagement²². S'appuyant sur les décisions retenant l'existence d'un engagement unilatéral, elle observe le lien qui s'établit entre l'attitude adoptée par son auteur et les attentes que celle-ci génère chez autrui²³. Selon les mots du Professeur Hauser, « *soit pour assurer sa stabilité, soit pour étendre son pouvoir, l'acte unilatéral privé de l'élément objectif que constitue l'existence ou l'accord de l'autre dans l'acte bilatéral devra rechercher un complément à la base objective qui lui fait défaut soit dans la forme, soit dans la notification qui lui assureront ce minimum*

¹⁹ M.-L. IZORCHE-MATHIEU, *op. cit.*, n°241.

²⁰ L'exigence est « *d'autant plus essentielle dans le cas de l'engagement unilatéral que le déclarant met à sa seule charge une obligation. Les respect de sa volonté doit de ce fait être davantage protégé* », P. TRISSON-COLLARD, « La contribution de droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral ». *LPA* 2000, n°49, p. 7, n°12.

²¹ M.-L. IZORCHE-MATHIEU, *op. cit.*, n°119.

²² M.-L. IZORCHE-MATHIEU, *op. cit.*, n°139 et s.

²³ « *Si les comportements du sujet se sont accumulés de telle façon que la conclusion du contrat apparaisse comme la "suite logique" de ses décisions antérieures, l'espérance de l'interlocuteur devient de plus en plus élevée* », M.-L. IZORCHE-MATHIEU, *op. cit.*, n°133 ; voir également A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF, Droit fondamental, Paris, 2^e éd., 2014, n°9,

d'objectivisme sans lequel l'acte juridique ne peut vivre »²⁴. L'interaction qui se noue entre les mesures prises par l'employeur et la signification que leur prête le salarié répond à une logique identique²⁵. De l'annonce verbale devant les salariés à l'information communiquée aux représentants du personnel, en passant par la décision établie dans une note de service, le juge social recherche si de telles démarches suscitent ou non une espérance légitime²⁶.

317. Cependant, la caractérisation de l'engagement unilatéral ne repose pas uniquement sur la mise en évidence des attentes d'autrui. Celle-ci n'est qu'une étape du raisonnement. Si la déclaration et des précisions font de l'offrant un véritable engagement juridique, ce n'est pas tant parce qu'elles constituent des faits objectifs auxquels les tiers font confiance, que parce qu'elles interviennent comme des révélateurs de l'existence, chez le sujet, d'une conscience des conséquences probables attachées à celles-ci²⁷. Le juge se fonde alors moins sur l'espérance existant chez le futur créancier, que sur la conscience qu'avait l'auteur de susciter cette espérance : par-là, il en revient à la volonté de l'auteur²⁸.

318. Nonobstant le retour *in fine* à la volonté de l'auteur, l'argumentation qui précède repose sur une conception largement désincarnée de la psyché des protagonistes à la relation, créancier de l'engagement ou débiteur. À l'égard de chacun d'eux, c'est par la mobilisation de données extérieures à leurs intentions affichées, que le juge décidera de retenir ou non la qualification d'engagement unilatéral de volonté²⁹. Pour le créancier, il faut certes reconnaître que la première chambre civile de la Cour de cassation³⁰, en renvoyant à l'appréciation souveraine des juges la question de savoir si les documents de présentation d'un gain mirifique étaient de nature à tromper leurs destinataires, ne semble privilégier aucun mode d'interprétation³¹. Sous la plume de Madame Izorche-Mathieu la préférence du juge pour un

²⁴ J. HAUSER, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique ». thèse Paris, 1969, n°363.

²⁵ E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.* 1994, p. 227.

²⁶ J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2008, n°176-178

²⁷ M.-L. IZORCHE-MATHIEU *op. cit.*, n°143.

²⁸ M.-L. IZORCHE-MATHIEU *op. cit.*, n°269.

²⁹ « *L'appréciation de la fermeté de la volonté, exprimée dans la perspective d'un engagement unilatéral ou d'un contrat, et la décision d'y détecter la création d'une obligation relèvent du pouvoir du juge. C'est lui, et lui seul, qui, à l'issue de l'examen de la forme dans laquelle s'est coulée cette volonté, pourra décider si celle-ci présente la fermeté suffisante pour constituer un engagement unilatéral* », D. MAZEAUD, note sous Ch. mixte 6 septembre 2002, *D.* 2002, p. 2963.

³⁰ Cass. civ. 1^{ère} 28 mars 1995, *D.* 1996, p. 180, note J.-L. MOURALIS.

³¹ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, p. 183, n°11.

examen *in abstracto* ne fait en revanche aucun doute³². Le recours à une telle abstraction relègue au second plan la considération de l'état d'esprit du bénéficiaire de l'engagement.

319. Du côté du débiteur, rien n'interdit *a priori* d'adopter une démarche *in concreto* dans la recherche de la conscience des effets de ses actes envers ceux à qui ils sont destinés. Est-ce à dire que dans cette hypothèse l'objectivation de la volonté recule ? Nous ne le pensons pas. Tout d'abord, pareille exigence atteste de ce qu'une composante essentielle de la force obligatoire de l'engagement unilatéral repose sur la prise en considération d'autrui, et ce, à l'exclusion des desseins poursuivis par l'auteur. Ensuite, il faut bien convenir qu'en pratique, les conséquences attribuées à la volonté de ce dernier s'avèrent parfois assez éloignées de ses intentions initiales. La décision précitée³³, par laquelle la Cour de cassation fonde l'obligation pour un organisateur de loterie publicitaire de délivrer le lot mis en évidence dans ses prospectus sur l'existence d'un engagement unilatéral, l'illustre parfaitement³⁴.

320. En effet, si le fondement retenu reçoit notre approbation, il paraît dans le même temps difficile de prétendre que la société organisatrice avait réellement la volonté de se trouver engagée auprès de l'ensemble des destinataires des publicités³⁵. Le juge fait davantage ici une utilisation de l'apparence à titre de sanction³⁶. Délaissant cette idée de sanction pour s'appuyer sur un objectif de pérennisation des avantages versés au salarié, la force obligatoire de l'engagement unilatéral en droit du travail entretient néanmoins un rapport similaire avec la volonté de l'employeur. La gratification accordée par ce dernier au salarié peut, dans son esprit, ne présenter qu'un caractère facultatif et ponctuel, surtout lorsque l'avantage en

³² « C'est bien en fonction d'un destinataire abstrait, mais moyennement raisonnable, que seront interprétées les indications de l'offrant. Et ce dernier est supposé avoir qu'ils s'adressent à une personne moyennement raisonnable, compte tenu de la qualité de celle-ci », M.-L. IZORCHE-MATHIEU, *op. cit.*, p. n°300. L'abstraction de la figure du bénéficiaire est encore plus nette lorsque l'auteur démontre l'existence d'un engagement unilatéral alors même que celui-ci n'a pas encore été porté à la connaissance de son destinataire : « il faut ici distinguer clairement l'existence du droit et la mise en œuvre de celui-ci. Lorsque le créancier invoque l'existence du droit qui lui a été conféré par l'auteur d'engagement, il ne fait pas naître ce droit, il ne fait que le mettre en œuvre. Même si l'acceptation n'intervient jamais, ce droit existe indépendamment de la volonté du créancier. (...) si le créancier demeure libre de mettre en œuvre ou non le droit qui lui a été conféré, autrement dit, s'il est libre de l'accepter ou non, il ne joue aucun rôle dans sa naissance », *op. cit.*, n°246 et 250.

³³ Cass. civ. 1^{ère} 28 mars 1995.

³⁴ *Contra*, R. de GOUTTES, concl. sous Ch. mixte 6 septembre 2002, *Gaz. pal.* 2002, p. 1734.

³⁵ « L'expéditeur des documents a la volonté de s'obliger à l'égard des quelques destinataires que le tirage désignera mais pas l'égard de tous les destinataires », J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, p. 183, n°10 ; R. de GOUTTES, *ibidem*.

³⁶ A. LECOURT, « Les loteries publicitaires. La déception a-t-elle un prix ? ». *JCP G* 1999, I, 155, p. 1405, n°26 ; voir également J.-L. MOURALIS évoquant un acte juridique unilatéral se voyant « conférer ici une fonction de peine privée », *op. cit.*

question ne présente pas les caractères de généralité, de constance et de fixité conduisant à la qualification d'usage³⁷. Pourtant, selon ses modalités d'octroi, le juge pourra considérer que l'employeur ne pouvait ignorer la légitimité de l'espérance que son comportement antérieur a fait naître chez ses salariés, peu important par exemple le caractère variable de la prime versée³⁸. Aussi, loin de traduire avec fidélité les intentions de l'auteur, la justification de la force obligatoire de l'engagement unilatéral participe d'une certaine objectivation de sa volonté. Le phénomène est encore plus évident concernant la détermination du contenu obligationnel de l'engagement.

B. Une objectivation évidente du contenu obligationnel de l'engagement unilatéral

321. L'objectivation du contenu obligationnel de l'engagement unilatéral se traduit par une redéfinition prétorienne des obligations voulues par son auteur. Celles-ci se voient substituer, en tout ou partie, un contenu obligationnel modelé par le juge épousant le contour des attentes légitimes évoquées plus haut, dans le souci de parvenir à un résultat « *socialement souhaitable* »³⁹ : la mise de côté des intentions de l'auteur est ici évidente.

322. À supposer, par un bref détour du côté de la force obligatoire de l'engagement, que cet individu ait véritablement souhaité être engagé, ce n'est certainement pas dans les conditions définies *a posteriori* par la jurisprudence. Reprenons le cas de ces loteries publicitaires⁴⁰. On peut concevoir que la société organisatrice était prête à entrer dans une relation contractuelle avec les destinataires des documents faisant état du grand prix de plusieurs dizaines de milliers de francs. L'envoi des brochures par la société pouvait en effet être valablement perçu comme une offre de contracter, analyse qu'a d'ailleurs retenue la jurisprudence civile à plusieurs occasions, en estimant que le retour des coupons-réponses marquait l'acceptation

³⁷ J. SAVATIER ? « La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise ». *Dr. soc.* 1986, p. 890 ; voir plus largement G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2014, n°739 et s.

³⁸ Cass. soc. 18 novembre 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 190, obs. A. MAZEAUD ; P. TRISSON-COLLARD, *op. cit.*, p. 10, n°24.

³⁹ « *L'effet obligatoire de l'engagement unilatéral ne doit être admis que là où il apparaît comme socialement souhaitable de faire peser sur le déclarant une obligation immédiate et irrévocable* », J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°502.

⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère} 28 mars 1995 et Cass. civ. 2^e 28 juin 1995, *D.* 1996, p. 180, note J.-L. MOURALIS ; voir également CA Douai, 1^{ère} ch. 10 février 1993, *RTD civ.* 1995, p. 886, obs. J. MESTRE.

des destinataires des documents et scellait du même coup la formation d'un contrat⁴¹. Pourtant, raisonner de la sorte ne saurait, en toute logique, engendrer des conséquences pécuniaires identiques à celles produites par l'engagement unilatéral : s'il peut exister un contrat entre les deux protagonistes, son objet consiste en un simple accord de participation à un jeu-concours, mais nullement en la délivrance certaine du « gros lot »⁴². L'acceptation du bénéficiaire ne peut porter sur une offre qui n'a jamais existée. La seule façon de fonder juridiquement la condamnation du promoteur de la loterie à la remise du gain consiste à se référer à l'espérance légitime que sa promesse a pu faire naître chez autrui⁴³, et ce, en recourant à la technique de l'engagement unilatéral. Ainsi, il est clair que le contenu obligationnel de ce dernier n'entretient que de lointains rapports avec les desseins poursuivis par le déclarant.

323. La démonstration d'une telle objectivation de la volonté trouve également confirmation dans les cas où l'identification d'une offre de contracter n'est suivie d'aucune acceptation apparente. En pareille hypothèse, quelques auteurs ont pu tenter de justifier les effets des engagements unilatéraux de l'employeur en recourant à la notion d'acceptation tacite⁴⁴. On sait que la Cour de cassation estime que l'offre « *est présumée acceptée parce qu'elle est tout à l'avantage du destinataire, de sorte que celui-ci n'a aucun intérêt à refuser* »⁴⁵. Le raisonnement se heurte néanmoins à la même objection que celle évoquée à l'encontre de l'analyse contractualiste. Si la possibilité d'une acceptation tacite n'est pas contestée, l'objet sur lequel elle porte ne permet pas davantage de justifier les effets de droits générés sur le

⁴¹ Cass. civ. 2^e 11 février 1998, *Deffrénois* 1998, p. 1044, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1998, I, n°155, obs. M. FABRE-MAGNAN ; Cass. civ. 1^{ère} 12 juin 2001, *JCP* 2002, II, n°10104, obs. D. HOUTCIEFF ; *D.* 1999, somm., p. 109, obs. R. LIBCHABER, jugeant néanmoins que « *la Cour de cassation ne retient pas pour autant l'existence d'un contrat. Elle parle certes d'acceptation, de rencontre de volontés même, mais ce n'est que pour décrire le comportement de [l'acceptant] une fois l'obligation créée. La promesse de payer était donc bien vue comme un engagement unilatéral de volonté, créateur d'une obligation civile* ».

⁴² Ce que relève Monsieur Savaux en jugeant « *impossible de considérer qu'un contrat (...) se noue entre le participant déçu et l'organisateur de la loterie en l'absence de véritable offre de ce dernier qui n'a évidemment pas la volonté ferme de remettre un lot à chacun des destinataires de ce message* », *Deffrénois* 2001, p. 696, É. SAVAUX.

⁴³ A. SÉRIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 7, spé n°6 ; voir aussi D.-P. PEIS-HITIER, « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats ». *LPA* 25 janvier 2006, p. 8.

⁴⁴ « (...) l'employeur, ne pouvait pas ne pas savoir, que ceux avec lesquelles il traitait connaissaient sa volonté et, à tout le moins, ne pouvait que l'approuver, ne serait-ce que tacitement : la proposition ferme de l'employeur ne leur concédait-elle pas un avantage inédit ? La jurisprudence élaborée en droit commun des contrats, qui considère que l'offre faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire lie contractuellement le pollicitant même si son interlocuteur garde le silence, n'affirme au fond rien d'autre », A. SÉRIAUX, *op. cit.*, n°7.

⁴⁵ P. VOIRIN, note sous Req. 29 mars 1938, *D.* 1938, p. 5.

fondement de l'engagement unilatéral des lors que l'acceptation ne pourrait porter que sur la participation au jeu-concours.

324. La mise en évidence d'un échange des consentements aurait de surcroît l'inconvénient de réduire les comportements susceptibles de rendre leurs auteurs débiteurs d'obligations à l'égard d'autrui, comparé à l'engagement unilatéral qui n'exige pas une rencontre de volontés pour produire de tels effets. Symétriquement, celui qui se trouve obligé n'aura pas, en présence d'un engagement à exécution successive, à recueillir l'accord de son créancier pour y mettre un terme. Mais c'est déjà aborder l'une des caractéristiques de son régime qui, loin d'associer l'engagement unilatéral à une notion surabondante, contribue, à l'opposé, à en faire l'instrument d'un complètement de la typologie des engagements volontaires en droit privé.

II. Le droit du travail vecteur d'un complètement de la typologie des engagements volontaires en droit des obligations

325. Le droit civil s'est posé très tôt la question de l'admission de l'engagement unilatéral en tant que source d'obligation, bien avant que le droit du travail n'ait conquis, si ce n'est son autonomie, du moins son rang de droit spécial⁴⁶. Mais la notion n'y a guère trouvé de succès comme en témoigne la thèse de Monsieur Martin de la Moutte⁴⁷ qui, pour reprendre l'image d'un auteur, a « *en quelque sorte embaumé la dépouille* »⁴⁸. Plus récemment, des travaux doctrinaux⁴⁹, et quelques décisions relatives notamment à des loteries publicitaires⁵⁰, à la transformation d'une obligation naturelle en une obligation civile⁵¹, à une reconnaissance de paternité⁵², ou encore à l'obligation de maintien de l'offre assortie d'un délai⁵³, ont paru

⁴⁶ Voir Ph. JESTAZ, « L'engagement par volonté unilatérale ». in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, actes des Journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992, Bruylant, Bruxelles, p. 3, spé. p. 5.

⁴⁷ J. MARTIN de la MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, thèse Toulouse, 1951.

⁴⁸ Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁹ Citons une nouvelle fois l'excellente thèse de Madame IZORCHE-MATHIEU, *L'avènement de l'engagement unilatéral de volonté en droit contemporain*, thèse Aix-Marseille 3, PUAM, 1995 ; voir également les manuels déjà mentionnés réservant un bon accueil à la notion, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 725 et s. ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, Paris, 6^e éd., 1998, n°53 et s. ; J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°499 et s.

⁵⁰ Cass. civ. 1^{re} 28 mars 1995 et Cass. civ. 2^e 28 juin 1995, *D.* 1996, p. 180, note J.-L. MOURALIS ; voir également CA Douai, 1^{re} ch. 10 février 1993, *RTD civ.* 1995, p. 886, obs. J. MESTRE.

⁵¹ Par exemple Cass. civ. 1^{re} 28 novembre 2012, n°11-20674, inédit ; plus largement, N. MOLFESSIS, « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation ». *D.* 1997, chron., p. 85.

⁵² Cass. civ. 1^{re} 10 juillet 1990, *D.* 1990, p. 517, note D. HUET-WEILLER.

redonner vie à la notion. Cependant, et en dépit de cet inventaire non exhaustif, le recours à l'engagement unilatéral de volonté demeure marginal en droit civil⁵⁴, tandis qu'il occupe une place importante en droit du travail⁵⁵.

Pourtant, la notion et son régime, forgés par la jurisprudence de la chambre sociale, sont perçus par une partie de la doctrine comme une source d'obligations de droit privé débordant le droit spécial et susceptible d'inspirer un usage moins timoré en droit commun⁵⁶. Cette force de suggestion du droit du travail sur la théorie générale de l'acte juridique mérite d'être encouragée, tant il est vrai que la technique complète opportunément la typologie des engagements volontaires en droit des obligations. L'engagement unilatéral se présente comme une qualification utile en droit positif (A), et ses caractéristiques en font une technique juridique dotée d'un potentiel régulateur certain (B).

A. L'utilité avérée de l'engagement unilatéral

326. La jurisprudence relative aux loteries publicitaires est symptomatique des attermoissements prétoriens sur l'opportunité de rompre avec le caractère marginal de l'engagement unilatéral en droit des obligations⁵⁷. Le champ d'application de la notion ne se cantonne certes pas à de tels litiges, mais ceux-ci offrent néanmoins la possibilité d'un examen complet des avantages et des inconvénients qui lui sont attribués. Ainsi, l'étude des arguments avancés de part et d'autre donne à penser qu'au terme d'un bilan comparatif entre

⁵³ Cass. civ. 3^e 10 décembre 1997, *Defrénois* 1998, p. 336, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 1999 somm., p. 9, obs. Ph. BRUN ; *comp.* Cass. civ. 3^e 7 mai 2008, *RDC* 2008, p. 1109, obs. Th. GENICON.

⁵⁴ Son avenir proche ne semble pas plus brillant que son présent, l'avant-projet Catala, par exemple, n'invoque l'acte unilatéral qu'en son seul article 1101-1 al. 3, en le définissant comme « un acte accompli par une seule ou plusieurs personnes unies dans la considération d'un même intérêt en vue de produire des effets de droit dans les cas admis par la loi ou par l'usage », voir D. MAZEAUD, « Observations conclusives (colloque du 25 octobre 2005) ». *RDC* 2006, p. 117.

⁵⁵ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 728.

⁵⁶ « Influence du droit spécial sur le droit commun ? Toujours est-il que l'ascension de cette source inédite du droit des obligations est contagieuse. Sous l'impulsion d'une doctrine enthousiaste, l'engagement unilatéral auparavant "admis sous bénéfice d'inventaire" gagne ainsi du terrain en droit civil, la jurisprudence lui reconnaît indéniablement une réelle positivité », G. PIGNARRE, « Grandeur sans faiblesse de l'engagement unilatéral en droit du travail ». in *Mélanges Decottignies*, PUG, Grenoble, 2003, p. 287 ; dans le même sens voir P. TRISSON-COLLARD, « La contribution de droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral ». *LPA* 2000, n°49, p. 4 ; E. DOCKÈS, *op. cit.* ; Ch. GERMAIN, *Droit du travail et théorie de l'acte juridique*, thèse Bordeaux, 2000, n°80 et s.

⁵⁷ Pour un résumé de la controverse voir R. de GOUTTES, concl. sous Ch. mixte 6 septembre 2002, *Gaz. pal.* 2002, p. 1725-1737.

les différentes solutions retenues, l'engagement unilatéral s'avère d'une indéniable utilité⁵⁸. En témoignent l'insuffisance du recours à la responsabilité délictuelle (1), tout comme l'hétérodoxie dont fait preuve la Cour de cassation en s'appuyant, dans ces situations, sur le quasi-contrat (2).

1. L'insuffisance du recours à la responsabilité délictuelle

327. Chronologiquement, c'est d'abord sur l'ancien article 1382 du Code civil que se sont fondés les juges pour condamner l'organisation de certaines loteries publicitaires⁵⁹. Ce positionnement n'a alors pas manqué d'attirer les faveurs d'une partie de la doctrine, soit qu'elle demeure attachée à une mobilisation subsidiaire de l'engagement unilatéral de volonté⁶⁰, soit qu'elle milite pour un rejet de la notion, faute de pouvoir identifier chez la société organisatrice une volonté de s'obliger⁶¹. De manière plus positive cette fois, quelques commentateurs relèvent la pertinence du recours à une responsabilité délictuelle permettant de sanctionner la faute de la société de distribution consistant à avoir voulu tromper le destinataire du message en présentant de façon affirmative un événement éventuel⁶². Au plan indemnitaire, les magistrats ont pu alors s'appuyer sur cette conception de la faute pour lui imputer des chefs de préjudices aussi variés que ceux consistant dans la vaine croyance en l'obtention d'un prix⁶³, une atteinte à la vie privée⁶⁴, une moindre vigilance dans la gestion du budget⁶⁵ ou encore dans la réalisation de projets onéreux par anticipation du gain à venir⁶⁶.

⁵⁸ Nous ne reviendrons pas ici sur les tentatives, infructueuses, d'expliquer les effets de l'engagement unilatéral de volonté par les techniques issues du régime général des obligations, tels le mandat, la gestion d'affaire ou encore la stipulation pour autrui, voir P. RISSON-COLLARD, *op. cit.*, p. 6, n°9 et s. ; Cass. civ. 1^{ère} 5 mai 1986, *RTD civ.* 1987, p. 102, obs. J. MESTRE.

⁵⁹ Cass. civ. 2^e 3 mars 1988, n° 86-17550 ; Cass. civ. 2^e 7 juin 1990, n° 89-12916 ; Cass. civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, n° 97-18852.

⁶⁰ « (...) l'engagement unilatéral de volonté ne doit être admis que lorsque la dette ne peut être rattachée à aucune autre source d'obligation. Or, en cette matière, les principes de la responsabilité délictuelle suffisent à fonder une obligation de l'organisateur de la loterie », É. SAVAUX, obs. sous Cass. civ. 2^e 26 octobre 2000, *Deffrénois* 2001, p. 693.

⁶¹ R. de GOUTTES, *op. cit.*, p. 1734, argument également mobilisé à l'encontre d'une analyse contractuelle du rapport d'obligation né entre la société organisatrice et le destinataire des publicités.

⁶² A. LECOURT, « Les loteries publicitaires. La déception a-t-elle un prix ? ». *JCP G* 1999, I, 155, p. 1403, n°15.

⁶³ CA Paris 27 octobre 1995, *D.* 1995, p. 251.

⁶⁴ CA Bordeaux 2 mars 1989, *INC* 1989, n°635.

⁶⁵ TGI Lyon 19 septembre 1991, *RCC* 1991, n°248, obs. G. RAYMOND.

⁶⁶ TGI Lyon 23 avril 1993, *Gaz. pal.* 1993, somm., p. 527.

328. Malgré leur réalisme⁶⁷, les décisions des juridictions du fond masquent difficilement l'irréductible insuffisance du recours à la responsabilité délictuelle. Il ne faut en effet pas perdre de vue que la réparation qui en découle se cantonne au dommage effectivement subi par la victime : tout le dommage mais rien que le dommage⁶⁸. Cette limite de la responsabilité délictuelle est admise, y compris chez les auteurs affichant leur préférence pour ce fondement et dont les arguments, comme l'avis⁶⁹, n'empêchent pas la Cour de cassation de se retrancher derrière l'appréciation souveraine des juges du fond pour entériner des condamnations souvent symboliques et fort peu dissuasives⁷⁰. Afin de contourner l'obstacle et tenter de hisser le montant des dommages-intérêts au rang de la valeur du gain escompté, les partisans du fondement délictuel n'hésitent pas à brandir la figure d'une responsabilité civile instrument de peine privée⁷¹. Le propos a beau être séduisant au plan des idées, il s'avère au final assez peu respectueux du principe de réparation intégrale du préjudice⁷². Surtout, et même si on peut le regretter, il fait fi du refus en droit positif, de reconnaître au juge la possibilité de condamner une personne physique ou morale à des dommages-intérêts punitifs⁷³. Sur ce point, on observera d'ailleurs que le droit du travail adopte des solutions qui,

⁶⁷ D'aucuns pourraient, non sans raison, y déceler une indulgence certaine dans l'appréciation du lien de causalité entre le fait générateur et la variété des préjudices allégués.

⁶⁸ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°899 et 900 ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, Paris, 14^e éd., 2014, n°1805 et s. ; H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 2. Obligations : théorie générale*, Montchrestien, Paris, 9^e éd., 1998, n°117, n°622.

⁶⁹ R. de GOUTTES, *op. cit.*, p. 1731, exhortant la haute juridiction à « *exiger que les juges du fond prennent mieux en compte la réparation effective du préjudice que [les associations de consommateurs] invoquent, sans plus se borner à allouer une indemnité symbolique ou quasi symbolique dans tous les cas où ces associations agissent en justice pour la défense de l'intérêt collectif des consommateurs* »

⁷⁰ Voir Ch. mixte 6 septembre 2002, Association U.F.C.-Que choisir et autre c. Soc. Maison française de distribution S.A. et autre, où la Cour de cassation approuve la Cour d'appel de Paris d'avoir limité à un franc de dommages-intérêts la condamnation de la société organisatrice de loteries publicitaires.

⁷¹ É. SAVAUX, *op. cit.*, « *il est acquis que la responsabilité civile n'a pas qu'un rôle indemnitaire ; elle joue aussi comme une peine privée. Dès lors, rien n'interdit au juge de tenir compte des comportements de l'organisateur de la loterie dans l'évaluation des dommages-intérêts, même si l'on hésite à admettre qu'il puisse les fixer à un montant égal à la valeur du lot* » ; A. LECOURT, *op. cit.*, n°30 et s. ; pour une approche globale de la question voir S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1995, tome 250.

⁷² « *Tenus de respecter la loi d'airain de la réparation intégrale du préjudice, les juges accordent, en effet, fréquemment et fatalement des dommages-intérêts dont le montant est inférieur à la valeur du lot illusoire, en raison de la faible consistance du préjudice subi* », D. MAZEAUD, note sous Ch. mixte 6 septembre 2002, *D.* 2002, p. 2965, n°7 ; dans le même sens R. LIBCHABER, obs. sous Cass. civ. 1^{ère} 12 juin 2001 *D.* 1999, somm., p. 109.

⁷³ A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 14^e éd. 2014, n°420 ; *contra* R. MESA, « *La consécration d'une responsabilité punitive : une solution au problème des fautes lucratives ?* ». *Gaz. pal.* 2009, n°324-325, p. 15. À noter également le positionnement de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription en faveur d'une sanction de la faute manifestement délibérée, et notamment de la faute lucrative, grâce à des dommages-intérêts punitifs. L'article 1371 du projet Catala dispose ainsi que « *l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut*

sans le dire, conduisent indirectement à prononcer des condamnations à des dommages-intérêts punitifs⁷⁴.

329. Au total, le recours à la responsabilité civile s'avère donc décevant pour qui voudrait appréhender efficacement les comportements générateurs d'espérances légitimes, là où l'engagement unilatéral, parce qu'il demeure étranger à une logique de réparation, permet à l'inverse de contraindre à la remise du lot attendu⁷⁵. Ces limites du fondement délictuel ne sont peut-être pas étrangères à son abandon par la Cour de cassation au profit de la mobilisation du quasi-contrat. Mais là encore, loin d'emporter l'adhésion, l'hétérodoxie d'un tel basculement ne fait que confirmer l'utilité de l'engagement unilatéral en droit des obligations.

2. L'hétérodoxe mobilisation du quasi-contrat

330. L'article 1300 du Code civil définit les quasi-contrats comme « les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui. »⁷⁶. Que des auteurs prestigieux aient pu y percevoir une notion inutile et irrationnelle vouée à disparaître⁷⁷ ou « un monstre légendaire à bannir de notre vocabulaire juridique »⁷⁸, n'a nullement empêché la bonne fortune qu'a connue le quasi-contrat à travers la technique de la gestion d'affaire⁷⁹ ou le mécanisme de répétition de l'indu⁸⁰. À l'opposé de ces opinions doctrinales, la

être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ».

⁷⁴ Par exemple, l'article L. 1235-3 du Code du travail prévoit que le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, qui compte une ancienneté d'au moins deux ans dans une entreprise de plus de cinquante salariés, a droit à une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. La fixation d'un montant minimum de dommages-intérêts ne tient donc pas compte de la réalité du préjudice effectivement subi par le salarié. Elle participe du même coup à donner à l'indemnité une nature punitive.

⁷⁵ Même si, nous y reviendrons, l'engagement unilatéral ne doit pas être uniquement perçu comme un instrument de sanction.

⁷⁶ Voir F. CHÉNEDÉ, « Les "quasi-contrats" – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 60.

⁷⁷ H. VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat, étude historique et critique*, thèse Bordeaux, 1912, n°75, p. 314, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n°649.

⁷⁸ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, tome II, 1933, n°10.

⁷⁹ C. civ. art. 1372 et s.

⁸⁰ C. civ. art. 1376 et s.

jurisprudence a même entrepris d'en découvrir un nouveau type en la figure de l'enrichissement sans cause⁸¹.

331. Tirant profit de la généralité de la définition posée à l'ancien article 1371 du Code civil, désormais article 1300, la Cour de cassation est venue confirmer par un arrêt de chambre mixte le caractère non-exhaustif de la liste légale des quasi-contrats en y fondant l'obligation, pour l'organisateur d'une loterie publicitaire, de délivrer le gain présenté comme acquis⁸². La solution a pour elle d'indéniables avantages en comparaison avec les fondements du contrat formé par acceptation tacite⁸³ ou de la portée de la responsabilité délictuelle⁸⁴. Pour commencer, en quittant le terrain de l'acte juridique pour celui du fait juridique, il n'est désormais plus nécessaire de caractériser la volonté de la société organisatrice de s'engager envers autrui. Ensuite, la mobilisation du quasi-contrat et de son régime contraignent l'auteur de la promesse à délivrer la somme annoncée⁸⁵. Enfin, tel que le souligne un commentateur, le raisonnement quasi-contractuel permettrait de tenir compte du degré de bonne ou de mauvaise foi du tiers destinataire⁸⁶, à l'instar de la prise en compte du comportement de l'appauvri pour déterminer son bon droit à accéder à l'action *de in rem verso*⁸⁷.

332. Aussi incontestables soient-ils, ces atouts ne parviennent cependant pas à effacer l'impression d'un forçage de la qualification par la Cour de cassation. De la gestion d'affaire, à la répétition de l'indu, en passant par l'enrichissement sans cause, le dénominateur commun de ces quasi-contrats réside en effet dans l'équité. Comme l'explique le Professeur Denis Mazeaud, « *il ne serait pas équitable d'entériner le déséquilibre patrimonial procédant d'un avantage indu, ce qui explique que la loi impose une obligation de compenser l'avantage*

⁸¹ Cass. req. 15 juin 1892, H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2000, n°154.

⁸² Ch. mixte 6 septembre 2002, n°98-22981, au visa de l'article 1371, la Cour de cassation énonce en termes particulièrement clairs que « *l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer* ».

⁸³ Cass. civ. 2^e 11 février 1998, *Degrénois* 1998, p. 1044, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1998, I, n°155, obs. M. FABRE-MAGNAN ; Cass. civ. 1^{ère} 12 juin 2001, *JCP* 2002, II, n°10104, obs. D. HOUTCIEFF ; *D.* 1999, somm., p. 109, obs. R. LIBCHABER.

⁸⁴ Cass. civ. 2^e 3 mars 1988, n° 86-17550 ; Cass. civ. 2^e 7 juin 1990, n° 89-12916 ; Cass. civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, n° 97-18852.

⁸⁵ D. MAZEAUD, note sous Ch. mixte 6 septembre 2002, *D.* 2002, p. 2965, n°8.

⁸⁶ R. de GOUTTES, concl. sous Ch. mixte 6 septembre 2002, *Gaz. pal.* 2002, p. 1733.

⁸⁷ L'action *de in rem verso* ne peut être exercée lorsque l'appauvrissement résulte d'une faute du demandeur, Cass. com. 16 juillet 1985, *RTD civ.* 1986, p. 110, obs. J. MESTRE ; Cass. civ. 1^{ère} 24 mai 2005, *Bull. civ. I*, n°224. La commission de simples imprudences ou de négligences ne prive toutefois pas l'appauvri de son recours, Cass. civ. 1^{ère} 11 mars 1997, *Bull. civ. I*, n°88.

injustement reçu d'autrui »⁸⁸. Or, en matière de loteries publicitaires, aucun mouvement de patrimoine n'est à déplorer⁸⁹ : à moins de caractériser l'existence d'une faute lucrative, personne ne s'est enrichi ni appauvri. Quant à la légitime espérance d'un gain, elle ne saurait être perçue comme une atteinte patrimoniale. La mobilisation du quasi-contrat dans le cas des loteries publicitaires s'avère donc largement incompatible avec l'esprit de l'ancien article 1371 du Code civil. Le coup porté à l'homogénéité de la notion s'avère d'autant plus regrettable que le recours à l'engagement unilatéral aurait pu entraîner des conséquences pécuniaires identiques⁹⁰. C'est ce que confirme la démonstration de son potentiel régulateur.

B. Le potentiel régulateur certain de l'engagement unilatéral

333. Le potentiel régulateur de l'engagement unilatéral s'exprime tout d'abord à travers l'adaptation de la notion à la prise en compte des espérances légitimes suscitées par certains comportements volontaires (1). Ensuite, dans une perspective d'enrichissement de la théorie générale de l'acte juridique, le régime que lui associe le droit du travail au rythme des décisions de la chambre sociale témoigne d'une opportune prise en compte du caractère unilatéral de la naissance de l'engagement (2).

1. Une notion appropriée à la prise en compte des espérances légitimes

334. La reconnaissance dont fait aujourd'hui l'objet l'engagement unilatéral tend à maintenir une admission parcimonieuse de la notion en droit des obligations. Ainsi, tout en constatant la variété et le caractère non limitatif des décisions dans lesquelles l'engagement unilatéral se trouve mobilisé pour justifier la qualité d'obligé, la doctrine s'empresse aussitôt de souligner la prudence qui devra guider chaque tentative d'extension de son domaine⁹¹. Nonobstant les

⁸⁸ D. MAZEAUD, note sous Ch. mixte 6 septembre 2002, *D.* 2002, p. 2966, n°10.

⁸⁹ « *La qualification de quasi-contrat reste d'autant plus impossible que le critère matériel du mouvement économique nécessaire à tout quasi-contrat fait défaut (...)* », dans une hypothèse toutefois distincte des loteries publicitaires, C. ASFAR, « Vers un élargissement de la catégorie des quasi-contrats, ou une nouvelle interprétation de l'article 1371 du Code civil ». *Dr. et patr.* 2002, p. 28.

⁹⁰ S'il est probable qu'il ne songeait pas à l'engagement unilatéral, on trouve un écho certain à cette opinion dans l'analyse que faisait Gaudemet du quasi-contrat : « *en raison de ce vague de la notion on en a abusé. On a eu tendance à expliquer par les quasi-contrats ce que l'on était embarrassé d'expliquer autrement* », E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1957, p. 295, cité par D. MAZEAUD, *op. cit.*

⁹¹ J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Les obligations. I. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°502, au titre de cette prudence le recours à

ressources du droit du travail ou du droit comparé encourageant la rupture avec tant de réserves⁹², l'éclairage porté sur l'engagement unilatéral ne vise aucunement à bouleverser les sources du droit des obligations. Elle incite simplement à envisager avec précautions, sur la base du droit positif, les hypothèses dans lesquelles le recours à l'engagement unilatéral mériterait davantage de considération. Qu'il s'agisse de signer son retour, d'asseoir son utilité ou de faire une entrée plus affirmée en droit des obligations, chacune de ces orientations poursuit l'objectif d'une prise en compte plus efficace des espérances d'autrui suscitées par le comportement du déclarant.

335. Au titre du retour, nous avons suffisamment insisté en matière de loteries publicitaires sur les faiblesses des qualifications successivement retenues⁹³ pour, *in fine*, exhorter la Cour de cassation à les abandonner et à revenir à la qualification d'engagement unilatéral comme elle avait pu le faire en certaines occasions⁹⁴. Toutefois, loin de se limiter à regagner le terrain précédemment perdu, ce ralliement pourrait être ici synonyme d'un renouveau de la notion et de son expansion au-delà des seuls jeux-concours⁹⁵. La mobilisation de l'engagement unilatéral permettrait en effet d'obliger ceux dont l'attitude suscite vis-à-vis d'autrui attentes légitimes. C'est en tous cas l'impression qui se dégage à la lecture de deux arrêts récents ayant retenu l'existence d'engagements unilatéraux, l'un à propos d'un engagement d'apport en capital⁹⁶, l'autre en présence d'un gérant de SCI qui s'était personnellement engagé à effectuer des travaux de mise en conformité⁹⁷. Pourraient également être sanctionnés, par

l'engagement unilatéral devant respecter les conditions de subsidiarité, d'utilité et d'identification, chez le déclarant, d'une volonté certaine et réfléchie.

⁹² S'il y conserve son caractère subsidiaire, l'engagement unilatéral paraît occuper une position plus enviable en droit des obligations belge, L. SIMONT, « L'engagement unilatéral ». in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences : actes des Journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992*, Bruylant, Bruxelles, p. 17 ; abandonnant toute prudence l'article 1 : 103 du projet de cadre commun de référence pour le droit européen des contrats va jusqu'à admettre qu'« *a valid unilateral promise or undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance* », voir G. WICKER (dir.), *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe : quelles perspectives pour quel équilibre ?*, Litec, Colloques et débats, Paris, 2008.

⁹³ Voir *supra*, *L'utilité avérée de l'engagement unilatéral*, n°327 et s.

⁹⁴ Cass. civ. 1^{re} 28 mars 1995 et Cass. civ. 2^e 28 juin 1995, *D.* 1996, p. 180, note J.-L. MOURALIS ; voir également CA Douai, 1^{ère} ch. 10 février 1993, *RTD civ.* 1995, p. 886, obs. J. MESTRE.

⁹⁵ Tout aussi prudents que les précédents, d'autres auteurs estiment que la jurisprudence ne devrait « reconnaître l'existence d'un engagement unilatéral de volonté que lorsque l'objet de celui-ci est clairement déterminé de telle sorte que son bénéficiaire a pu légitimement croire en l'efficacité de la promesse », F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°54.

⁹⁶ Cass. civ. 3^e 1^{er} avril 2013, n°11-20674, inédit, *RDC* 2013, p. 505, note Th. GENICON.

⁹⁷ Cass. civ. 3^e 1^{er} juillet 2013, n°11-21314, inédit, *RDC* 2013, p. 865, note Th. GENICON.

exemple, les manquements aux chartes éthiques ou aux codes de bonne conduite pour lesquels nombre d'acteurs économiques affichent aujourd'hui leur préférence⁹⁸

336. Dans une perspective de conservation du territoire acquis cette fois, il importe d'insister sur l'utilité de l'engagement unilatéral dans la justification de l'obligation du maintien de l'offre assortie d'un délai⁹⁹. En 1997, la Cour de cassation n'avait pas hésité à s'appuyer sur l'engagement unilatéral pour rejeter la caducité d'une offre dont l'auteur venait de décéder¹⁰⁰. La troisième chambre civile jugea ainsi que l'offre demeurait valable dès lors que le pollicitant s'était engagé à la maintenir jusqu'à une date postérieure à laquelle le bénéficiaire avait effectivement manifesté son acceptation. Plus, récemment, la haute juridiction est venue consacrer de manière encore plus nette ce fondement en énonçant que « *si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque* »¹⁰¹.

337. La solution mérite d'être défendue. Tout d'abord, elle met clairement en évidence l'existence d'un engagement du pollicitant qui exprime sa volonté de s'engager¹⁰². Que l'on considère que toutes les offres en sont par nature porteuses¹⁰³, ou qu'il faille établir un

⁹⁸ Voir par exemple B. TABAKA, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet : vers une généralisation des chartes d'engagements ? ». *RLDI* 2009, n°47, p. 102, observant que « *dans le secteur de l'internet, les engagements, protocoles d'accord, chartes ou codes de bonne conduite [ont] le mérite de permettre la construction souple d'un "droit mou" destiné à régir une ou plusieurs problématiques en tenant compte de la spécificité du métier et l'impossibilité de traiter de manière unique un problème complexe* » ; dans le même sens, et sur le terrain de la responsabilité sociétale des entreprises, I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable ». *JCP E* 2006, n°5, 1214.

⁹⁹ Tout en reconnaissant que le nouvel article 1116 du Code civil vide la question d'une grande partie de son intérêt en disposant que l'offre « *ne peut être révoquée avant l'expiration du délai expressément prévu, ou, à défaut, avant l'expiration d'un délai raisonnable* » ; sur ce point, voir N. MOLFESSIS, « La formation du contrat – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 10, pour qui « *la modification du droit des contrats aurait dû inciter le codificateur à élaborer un régime juridique de l'acte unilatéral et à reconnaître dans maintes hypothèses, l'existence de l'engagement unilatéral de volonté* ».

¹⁰⁰ Cass. civ. 3^e 10 décembre 1997, *Defrénois* 1998, p. 336, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 1999 somm., p. 9, obs. Ph. BRUN.

¹⁰¹ Cass. civ. 3^e 7 mai 2008, n°07-11690, *RDC* 2008, p. 1109, obs. Th. GENICON ; *RDC* 2008, p. 13, obs. L. LEVENEUR.

¹⁰² Voir toutefois à propos d'une promesse d'embauche Cass. soc. 15 décembre 2010, n°08-42951, *RDT* 2011, p. 108, obs. G. AUZERO ; *RDC* 2011, p. 804, note Th. GENICON.

¹⁰³ G. WICKER, *Les fictions juridiques - Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 253, n°119.

traitement différencié selon leurs formulations respectives¹⁰⁴, dans les deux cas le terrain obligationnel s'annonce plus que favorable à la mobilisation de l'engagement unilatéral¹⁰⁵. La technique évite ensuite de recourir à une explication fondée sur le quasi-contrat et dont des auteurs ont parfaitement démontré le caractère excessivement artificiel¹⁰⁶. Enfin, la mise en évidence des qualités affichées par l'engagement unilatéral ne doit pas masquer les dangers de sa remise en cause, y compris dans les situations où comme en matière d'offre, son avenir pourrait paraître à l'abri de la contestation. La suspicion qu'il continue de nourrir en droit français se traduit en effet par l'absence de toute référence à la notion, ni dans le chapitre préliminaire de l'avant-projet Catala dédié aux sources des obligations¹⁰⁷, ni dans la version de 2015 du projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie, ni dans l'ordonnance du 10 février 2016.

338. À rebours de cette réticence, la tentation est grande de sortir l'engagement unilatéral de la torpeur dans laquelle d'aucuns semblent vouloir le cantonner. Nous demeurons en effet convaincus des atouts et de l'accessibilité pratique aux éléments de qualification de l'engagement unilatéral. Le potentiel régulateur de la notion trouverait utilement à se déployer à travers sa consécration expresse par le Code civil, dans une nouvelle disposition aux termes de laquelle : « *l'engagement unilatéral oblige celui dont la déclaration de volonté a suscité chez autrui des espérances légitimes qu'il ne pouvait ignorer* »¹⁰⁸. L'opportunité d'une telle extension de la notion trouve par ailleurs un relais certain dans la justesse du régime susceptible de lui être attaché, sur le modèle de celui adopté par le droit du travail.

¹⁰⁴ J.-L. AUBERT, *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1970, tome 109.

¹⁰⁵ *Comp.* G. WICKER, « L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif ». *RDC* 2012, p. 649, spé. n°5, considérant que « *le consentement du promettant est son consentement au contrat définitif* ».

¹⁰⁶ Ph. JESTAZ, « L'engagement par volonté unilatérale ». *in Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, actes des Journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992, Bruylant, Bruxelles, p. 14. L'auteur s'oppose à Demolombe qui expliquait l'irrévocabilité de l'offre par un avant-contrat, manifestant l'acceptation du destinataire non pas du contenu de l'offre mais de son principe même : « *or cet avant-contrat repose le plus souvent sur une acceptation purement tacite du destinataire, ce qui sent l'artifice. Et l'artifice grandit encore lorsque l'offrant a omis de fixer un délai, car alors c'est le juge qui en fixera un, raisonnable et conforme aux usages ; néanmoins les prétendues parties à l'avant-contrat seront censées l'avoir tacitement accepté !* ».

¹⁰⁷ Comme le déplore Monsieur Denis Mazeaud à propos de cette « *source mal aimée des juristes français* », D. MAZEAUD, « Observations conclusives ». *RDC* 2006, p. 186, n°14.

¹⁰⁸ Cette proposition supposerait que l'actuel Titre trois du Code civil traitant « *des contrats ou des obligations conventionnelles en général* », soit remplacé par un Titre consacré aux obligations volontaires en général.

2. Un régime adapté à la naissance unilatérale de l'engagement

339. L'avènement de l'engagement unilatéral en droit du travail, tout comme l'édification progressive de son régime, sont à mettre au crédit de l'œuvre créatrice de la chambre sociale. Dans l'optique de promotion de la notion comme complément de la typologie des engagements volontaires en droit des obligations, nous insisterons sur ces deux principaux paramètres : la transmission de l'engagement unilatéral et sa dénonciation. Chacun d'eux sera l'occasion d'observer la force d'inspiration du modèle travailliste.

340. La jurisprudence travailliste s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur de la transmissibilité des engagements unilatéraux dans les situations de transfert d'entreprise¹⁰⁹. Ceux-ci sont alors transférés au nouvel employeur¹¹⁰, solution tout à fait concevable pour les engagements unilatéraux à exécution successive de droit commun¹¹¹. Reste que le positionnement de la chambre sociale en faveur d'une approche sélective des salariés pouvant bénéficier d'un tel transfert n'est pas entièrement satisfaisant. La Cour de cassation estime en effet que seuls les salariés dont le contrat de travail était en cours au jour du transfert peuvent prétendre au maintien des avantages issus de l'engagement unilatéral¹¹². La solution n'a pas manqué de susciter la critique d'une partie de la doctrine dénonçant, à juste titre, son incohérence au regard du refus, par la même chambre sociale¹¹³, d'incorporer l'engagement unilatéral dans le contrat de travail individuel¹¹⁴. Face aux troubles suscités par cette attraction

¹⁰⁹ L'article L. 1224-1 du Code du travail dispose en ce sens que « *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* » ; voir les développements A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, n°970 et s.

¹¹⁰ Cass. soc. 4 février 1997, (2 arrêts) n°95-41468 et n°95-41471, *Dr. soc.* 1997, p. 416, obs. G. COUTURIER ; Cass. soc. 12 mars 2008, n°06-45147, *RDT* 2008, p. 387, obs. A. FABRE.

¹¹¹ Pour reprendre les termes de Madame Izorche-Mathieu, « *la dette résultant d'un engagement unilatéral se transmet d'une masse de biens à une autre masse de biens indépendamment de la volonté actuelle de quiconque, et peut-être même malgré cette volonté* », M.-L. IZORCHE-MATHIEU, *L'avènement de l'engagement unilatéral de volonté en droit contemporain*, thèse Aix-Marseille 3, PUAM, 1995, n°668.

¹¹² Cass. soc. 7 décembre 2005, n°04-44594, *Dr. soc.* 2006, p. 232, obs. J. SAVATIER.

¹¹³ Cass. soc. 3 décembre 1996, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2008, n°172.

¹¹⁴ « *Cette solution n'est pas cohérente avec le fait que l'engagement unilatéral participe du statut collectif applicable dans l'entreprise. Dès lors qu'il ne s'incorpore pas au contrat de travail, son effet normatif ne devrait pas dépendre de la date de conclusion des contrats individuels* », G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, p. 736, n°713.

contractuelle¹¹⁵, certains auteurs proposent donc de retenir une analyse statutaire en appliquant les règles propres au transfert des accords collectifs et en considérant que le changement d'employeur entraîne *ipso facto* sa dénonciation¹¹⁶. La jurisprudence n'a pour l'heure pas procédé au revirement réclamé par certains ; si toutefois elle le faisait, ce changement de paradigme en droit du travail, envisagé ici comme une source d'inspiration de la théorie générale de l'acte juridique, viendrait à coup sûr contester l'affirmation d'une transmissibilité de l'engagement unilatéral et élargir du même coup les circonstances conduisant à sa dénonciation.

341. La dénonciation de l'engagement unilatéral se présente comme une pièce essentielle du régime esquissé par la haute juridiction. Sa régularité est soumise à trois conditions cumulatives¹¹⁷. À l'instar des accords collectifs, la dénonciation de l'engagement unilatéral doit tout d'abord être précédée d'un préavis dont la durée n'est pas fixée par la loi¹¹⁸. Le juge apprécie son caractère suffisant à l'aune du délai nécessaire pour que puisse s'engager une négociation sur les possibilités de reprise, par la voie conventionnelle, des avantages contenus dans l'engagement unilatéral¹¹⁹. La jurisprudence impose ensuite à l'employeur de porter la dénonciation à la connaissance des institutions représentatives du personnel¹²⁰. Il doit enfin en informer individuellement chaque salarié¹²¹. Le régime de la dénonciation instauré par la chambre sociale procède d'un équilibre satisfaisant entre la flexibilité de la norme recherchée par l'employeur d'une part, et le besoin de prévisibilité dans l'évolution des conditions de travail des salariés d'autre part. Partant, rien ne s'oppose à ce que les règles applicables à sa dénonciation en droit du travail soient déclinées au sein de la théorie générale de l'acte juridique, contribuant ainsi à parfaire le mouvement d'émancipation de l'engagement unilatéral en droit des obligations.

¹¹⁵ Evoquons ici cet arrêt de 2004 sanctionnant la violation des obligations contenues dans un engagement unilatéral sur le fondement de l'article 1147 du Code civil applicable aux engagements contractuels, Cass. soc. 25 novembre 2003, *D.* 2004, p. 2395, obs. I. OMARJEE.

¹¹⁶ Cass. soc. 7 décembre 2005, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2005, n°194, obs. Ch. RADÉ, reconnaissant que « *la solution serait toutefois sévère pour les salariés puisque aucune période de survie n'existerait, ni aucun principe de maintien des avantages individuels acquis. Mais n'appartiendrait-il pas alors au Parlement d'intervenir et de reconnaître la validité de ces sources de droit et d'en construire le régime ?* ».

¹¹⁷ Nous laisserons de côté l'hypothèse d'un engagement unilatéral remplacé par une convention collective. Encore que l'avènement de celui-ci en droit des obligations, couplé à la promotion des conventions collectives comme mode d'expression d'une norme négociée, rend théoriquement possible un tel cas de figure.

¹¹⁸ Contrairement aux conventions collectives pour lesquelles il est porté à trois mois, C. trav. art. L. 2261-10.

¹¹⁹ Cass. soc. 12 février 1997, *Bull. civ. V*, n°62, *RJS* 1997, p. 238, n°349.

¹²⁰ Cass. soc. 16 novembre 2005, *Bull. civ. V*, n°329, *Dr. soc.* 2006, p. 223, obs. J. SAVATIER.

¹²¹ Cass. soc. 13 octobre 2010, *Bull. civ. V*, n°234, *RJS* 2010, p. 881, n°1001.

342. La dénonciation constitue dans le même temps un remarquable exemple de prise en considération du caractère unilatéral de l'engagement. En effet, le recours à l'engagement unilatéral ne doit pas être uniquement conçu comme un instrument de sanction à l'égard d'individus dont le comportement serait marqué par la désinvolture ou l'intention malicieuse. Il est vrai que la régulation des loteries publicitaires, l'affirmation du maintien de l'offre assortie d'un délai ou encore la transformation d'une obligation naturelle en une obligation civile, fournissent de notables exemples de l'utilité de l'engagement unilatéral afin de contraindre celui qui s'estimerait un peu trop facilement libre de tout devoir. Pour autant, on aurait tort d'oublier que la notion est aussi l'un des fondements privilégiés pour qui voudrait sincèrement s'engager par sa seule volonté¹²². Or, contrairement au droit des obligations qui ne paraît encore se fonder sur l'engagement unilatéral qu'en désespoir de cause, c'est-à-dire lorsqu'il ne trouve aucun autre moyen pour rendre un individu débiteur d'une prestation¹²³, le droit du travail accorde quant à lui une pleine reconnaissance à ces engagements unilatéraux proclamés¹²⁴. La jurisprudence en retient d'ailleurs de nombreuses illustrations dans ses décisions qualifiant d'engagements unilatéraux des manifestations de volonté aussi hétéroclites que celles contenues dans des circulaires¹²⁵, des notes internes¹²⁶, des décisions du conseil d'administration¹²⁷ ou des recommandations patronales¹²⁸.

343. Ce qu'il importe de relever, c'est que dans chacune des hypothèses où l'engagement unilatéral connaît une vie prolongée par son exécution successive, la dénonciation se présente sous les traits d'une déclinaison du parallélisme des formes chère au droit des contrats. Elle offre en effet à l'auteur la faculté de mettre un terme à l'engagement qu'il a fait naître par sa seule volonté, tout en ménageant les attentes des bénéficiaires de l'acte en assortissant la dénonciation d'un délai de préavis¹²⁹. Loin d'amoindrir la valeur de la volonté d'un seul, la dénonciation nous paraît être à l'inverse un gage de son expression effective dans le cadre de

¹²² On est tenté de dire « voudrait vraiment ».

¹²³ On retrouve ici le principe de subsidiarité évoqué plus haut.

¹²⁴ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 731, n°706.

¹²⁵ Cass. soc. 13 février 1993, n°93-42309.

¹²⁶ Cass. soc. 5 mars 1987, n°85-43331.

¹²⁷ Cass. soc. 17 mars 1993, n°89-40027.

¹²⁸ Cass. soc. 31 mars 1981, *Bull. civ. V*, n°287 ; Cass. soc. 29 juin 1999, *Bull. civ. V*, n°308 ; J. DUPLAT, « Sur la portée des recommandations patronales ». *Dr. soc.* 1999, p. 795.

¹²⁹ Nous reviendrons dans notre seconde partie sur les vertus du préavis en matière de rupture des actes juridiques, singulièrement pour ceux d'entre eux qui répondent à la satisfaction d'un besoin.

l'engagement éponyme. D'une part, tel que l'a précisé la chambre sociale, la dénonciation n'a pas vocation à être prononcée en présence d'un engagement unilatéral à exécution instantanée¹³⁰ ou à durée déterminée¹³¹, ce qui reviendrait à lui ôter toute force obligatoire. D'autre part, si pour sortir du rapport d'obligation à exécution successive qu'il a voulu seul l'individu devait recueillir l'accord préalable d'autrui, il faudrait alors sérieusement s'interroger sur ce qu'il adviendrait des engagements unilatéraux proclamés¹³². L'édification d'un mode de rupture trop contraignant ne serait alors pas sans faire naître de vives inquiétudes quant à l'attrait suscité par une technique dont on a pu par ailleurs apprécier tout l'intérêt. Justifiant ici un mode d'extinction particulier de l'acte juridique, le caractère unilatéral de la manifestation de volonté mérite également d'être pris en compte corrélativement à l'étude des engagements bilatéraux.

¹³⁰ Cass. soc. 16 décembre 1998, *Bull. civ.* V, n°553.

¹³¹ Cass. soc. 4 avril 1990, *Bull. civ.* V, n°161, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2008, n°176.

¹³² Outre la question de la spécificité de la rupture de l'engagement unilatéral par rapport à celle des conventions.

Section 2 : La volonté d'un seul dans l'engagement bilatéral

344. L'expression de la volonté d'un seul dans l'engagement bilatéral s'identifie aux phénomènes de pouvoir qui pénètrent les rapports contractuels de droit privé¹³³. Le pouvoir, rappelle le Professeur Lokiec, trouve son expression dans la prise de décision¹³⁴. Son identification au sein de l'engagement bilatéral contribue à diversifier les modes d'expression de la volonté dans un cadre d'analyse trop souvent marqué par la figure de l'accord mutuel (**Sous-section 1**). La nuance apportée à cette dernière nous permettra alors d'envisager l'apport du droit du travail au contrôle de l'exercice du pouvoir dans l'engagement bilatéral (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : L'identification du pouvoir dans l'engagement bilatéral

345. La reconnaissance du pouvoir est parfois occultée par la récurrence d'une représentation de l'engagement bilatéral dans laquelle les parties seraient placées sur un pied d'égalité¹³⁵. L'hostilité de l'analyse classique à l'égard de cette forme d'unilatéralisme est particulièrement vigoureuse en matière contractuelle. Le Professeur Fabre-Magnan souligne ainsi que le contrat de droit commun n'a jamais été affirmé comme un lieu de pouvoir, et encore moins de pouvoir discrétionnaire. À l'inverse, les contractants se trouvaient nécessairement engagés dans une relation d'égalité¹³⁶.

¹³³ Le propos vaut également pour l'engagement multilatéral, mais nous emploierons l'adjectif bilatéral pour mieux l'opposer à la logique unilatérale du pouvoir. De même, nous utiliserons indifféremment les termes de contrat et d'engagement bilatéral.

¹³⁴ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 2004, tome 408, n°311, « il se caractérise par des choix. Celui qui est lié ou qui voit quelqu'un décider à sa place ne prend pas une décision et n'exerce pas un pouvoir ».

¹³⁵ En effet, « si le droit de la concurrence consacre des dispositions propres à cette situation de dépendance économique, il n'en va pas de même du droit civil qui les soumet au droit commun. Le postulat d'égalité qui préside principe à toute relation contractuelle joue pour ces contrats comme pour les autres », F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 92, n°75 ; voir encore A. SÉRIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Economica, 1999, p. 14, n°10, selon lequel le droit commun des obligations « postule des rapports de gré à gré entre personnes responsables de leur propre comportement ».

¹³⁶ « le contrat n'a jamais été affirmé comme un lieu de pouvoir, et encore moins de pouvoir discrétionnaire : bien au contraire, en droit civil, les contractants étaient nécessairement dans une relation d'égalité même si, en fait, il fallait parfois déployer tout un arsenal pour maintenir ou rétablir entre les parties un équilibre qui n'était pas acquis naturellement », M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 329.

346. Pour comprendre ces réserves, il faut probablement partir de l'idée, qui, opposant droit privé et droit public, considère que le premier se fonde sur un principe d'égalité entre les parties, là où le second, régissant une relation entre une personne privée et l'Etat ou ses émanations, repose sur une situation inégalitaire¹³⁷. Suivant ce postulat, le pouvoir, tel que nous l'avons précédemment défini, ne pourrait prospérer au pays du droit privé et de l'égalité juridique des parties¹³⁸. Les manifestations d'autorité qu'il véhicule s'opposeraient aux valeurs portées par un droit des obligations qui voit au contraire dans la convention l'instrument naturel de l'accomplissement de la liberté, de l'égalité et, peut-être moins nettement aujourd'hui, de la fraternité¹³⁹.

C'est peu dire qu'une telle conception du contrat doit être nuancée. Il convient alors de souligner les manifestations du pouvoir dans l'engagement bilatéral, que ce soit au travers de l'exercice d'un pouvoir juridique (I) ou de l'existence d'un pouvoir factuel (II)

I. L'exercice d'un pouvoir juridique dans l'engagement bilatéral

347. L'exercice du pouvoir juridique tient autant à l'admission de l'acte unilatéral au sein de l'acte bilatéral (A), qu'à la stipulation de prérogatives contractuelles (B).

A. Le pouvoir juridique par l'admission de l'acte unilatéral au sein de l'acte bilatéral

348. L'acte unilatéral s'entend de l'acte « par lequel un effet de droit est produit par une seule personne ou par plusieurs personnes, partageant des compétences concurrentes sur une même situation juridique, sans le consentement, le cas échéant, de son destinataire »¹⁴⁰. Son admission au sein de l'acte bilatéral repose sur la distinction entre la naissance d'un droit et sa mise en œuvre (1). L'exemple du droit du travail permet d'encourager ce discernement au service d'une représentation plus réaliste des rapports d'autorité dans l'acte juridique (2).

¹³⁷ J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime ». *RTD civ.* 1982, p. 255 ; l'auteur expose toutefois l'idée pour mieux en dénoncer les limites.

¹³⁸ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, tome 1, LGDJ, Paris, 1982, p. 414, cité par Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, n°5.

¹³⁹ L. AYNÈS, « Rapport introductif ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 4. Là encore, l'énoncé d'une telle conception du droit des obligations n'est que le prélude à sa critique.

¹⁴⁰ Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008, n°166.

1. Une admission fondée sur la distinction entre la naissance d'un droit et sa mise en œuvre

349. L'acte juridique unilatéral est souvent présenté comme le mode d'expression privilégié du pouvoir en droit privé. Ainsi, selon le professeur Gaillard, le pouvoir qui permet à son titulaire de décider pour autrui se traduit toujours par la conclusion d'un acte unilatéral¹⁴¹. Associé à la figure du pouvoir, l'admission de l'acte unilatéral au sein d'une relation marquée par une prétendue égalité des parties rencontre d'évidents freins idéologiques. S'ajoute à cette barrière la mise en avant d'obstacles techniques à la reconnaissance de l'acte unilatéral au sein de l'acte conventionnel.

350. Que les auteurs leurs reconnaissent¹⁴², ou non¹⁴³, le pouvoir de générer des obligations, les actes unilatéraux sont généralement opposés aux actes bilatéraux, autrement dit aux contrats qui seuls procèdent de l'échange de consentements. Il existe bien sûr des contrats qualifiés d'unilatéraux, mais ceux-ci ne sont pas de nature à exprimer une quelconque idée de pouvoir. D'une part, la détermination unilatérale ne crée d'obligation qu'à la charge du stipulant¹⁴⁴. D'autre part, et surtout, la rencontre des volontés est toujours exigée *ad validitatem*, de sorte que si une seule partie est obligée dans le cadre d'un contrat unilatéral, une donation par exemple, c'est parce que le débiteur et le créancier de l'obligation y ont consenti en toute liberté. En définitive, la place accordée dans ces rapports à la volonté unilatérale est atrophiée par l'omnipotence de la technique contractuelle¹⁴⁵.

¹⁴¹ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Études et Recherches, Paris, 1985, n°223 : « ainsi peut-on admettre que le pouvoir qui permet à son titulaire de décider pour autrui se traduit toujours par la conclusion d'un acte unilatéral. En cela, la décision du titulaire du pouvoir est bien une manifestation unilatérale de volonté destinée à produire un effet de droit, en l'occurrence contraignant pour autrui et correspond donc à l'une des variétés d'actes unilatéraux ».

¹⁴² M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. I. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit privé, Paris, 3^e éd., 2012, pp. 699 et s. ; J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Les obligations. I. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°500 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°50 et s., spé. n°54.

¹⁴³ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations, tomes 1 et 2*, Sirey, Paris, 1^{re} éd., 1962, n°356 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, Paris, 13^e éd., 2014, n°58.

¹⁴⁴ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, Paris, 3^e éd., 1993, p. 14, n°15 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil - Les biens - Les obligations*, PUF, Quadrige, Paris, 22^e éd., 2004, p. 1942, n° 930.

¹⁴⁵ Ch. GERMAIN, *Droit du travail et théorie de l'acte juridique*, thèse Bordeaux, 2000, n°110.

351. Cette position doit être fortement nuancée, comme l'a fait Monsieur Rafael Encinas De Munagorri dans sa thèse de doctorat¹⁴⁶. L'apport majeur de la démonstration initiée par l'auteur réside dans sa distinction entre la naissance d'un droit et sa mise en œuvre. L'incompatibilité précédemment évoquée repose en effet sur une tendance certaine à restreindre les actes juridiques aux seuls actes créateurs d'obligations¹⁴⁷. Or, « *si l'on garde présent à l'esprit la distinction entre un droit et sa mise en œuvre, il devient clair que les actes issus d'un rapport contractuel ne relèvent pas toujours de la seule technique de la convention. C'est pourquoi il convient de soutenir le paradoxe selon lequel l'acte unilatéral peut se présenter comme une technique ayant sa place en matière contractuelle* »¹⁴⁸.

352. Nous partageons pleinement cette analyse. La définition de l'acte juridique porte en elle les germes de la dissociation entre la naissance d'un droit et la production d'effets juridiques en application de celui-ci. Retraçant les travaux de la Commission de réforme du Code civil, le Professeur Hauser rappelle ainsi l'existence d'un avant-projet de théorie générale de l'acte juridique, appréhendant ce dernier comme « *une manifestation d'une ou plusieurs volontés qui a pour effet de créer, modifier, ou éteindre un droit* »¹⁴⁹. Monsieur Encinas de Munagorri souligne immédiatement la discordance entre cette définition et celle proposée par Marty et Raynaud, chez qui l'expression « *en vue de...* » est préférée à la formule « *a pour effet de...* »¹⁵⁰.

353. Si la différence de vocable peut sembler byzantine, ses conséquences demeurent néanmoins importantes¹⁵¹. À s'en tenir à la première proposition, l'acte juridique se bornerait à produire des effets de droit, de sorte que leur mise en œuvre suivrait immédiatement l'échange des consentements. Or, les effets de droit peuvent parfois être différés de cette dernière opération. En acceptant de distinguer les manifestations de volonté qui ont « pour objet » de créer des effets de droit, de celles qui ont « pour effet » de mettre en œuvre ces

¹⁴⁶ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1996, tome 254.

¹⁴⁷ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n°5.

¹⁴⁸ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n°6.

¹⁴⁹ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*. thèse Paris, 1969, p. 45.

¹⁵⁰ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, les obligations*. tome 2, vol. 1, Sirey, Paris, 2^e éd., 1988, cités par J. HAUSER, *ibidem*.

¹⁵¹ Le professeur Hauser précise ainsi que « *le lien entre la volonté et les conséquences de l'acte semble mieux souligné par cette expression. On peut penser que la différence dépasse la simple question de vocabulaire* », *ibid.*

mêmes droits, on peut alors concevoir plus aisément qu'un acte juridique unilatéral vienne concrétiser le droit né d'un acte bilatéral¹⁵².

354. Monsieur Yannick Pagnerre ne semble d'ailleurs pas suggérer autre chose lorsqu'il considère que l'acte unilatéral opère comme une sorte de décret qui est adressé à l'ordre juridique privé et assure la prédominance d'une volonté sur les autres¹⁵³. La figure du décret est particulièrement éclairante puisqu'elle permet, par analogie avec le droit administratif, de voir dans l'acte unilatéral l'instrument d'une mise en application du droit contenu dans le contrat ; loin de s'exclure, ces deux visages de l'acte juridique peuvent au contraire être amenés à se compléter l'un et l'autre¹⁵⁴. En ce sens, le Professeur Aynes distingue très nettement les actes unilatéraux autonomes de ceux qui interviennent dans un contexte contractuel pour rompre le contrat, le poursuivre ou déterminer son régime¹⁵⁵. La démonstration de cette coexistence de l'unilatéralisme et du bilatéralisme participe assurément de l'identification du pouvoir institutionnalisé au sein du contrat. En effet, c'est l'acte juridique unilatéral qui traduit le mieux la nature même du pouvoir, à travers la faculté de son titulaire d'empiéter par sa seule initiative sur le terrain juridique d'autrui¹⁵⁶. La cohabitation de la technique contractuelle avec la reconnaissance de pouvoirs à l'employeur fait naturellement du droit du travail une discipline susceptible d'encourager l'identification de l'acte unilatéral au sein de l'acte bilatéral.

¹⁵² « Invoquer la commune intention des parties vient annihiler l'existence de tout acte unilatéral au sein d'un contrat. Même si l'extinction unilatérale d'un engagement a sa source dans la clause d'un contrat, l'exercice de cette faculté conventionnelle de rupture reste unilatéral », Y. PAGNERRE, *op. cit.*, n°156.

¹⁵³ Y. PAGNERRE, *op. cit.* n°127.

¹⁵⁴ Comparant le contrat de travail à « un contrat cadre fixant les grandes lignes de la relation de travail et renvoyant, pour leur mise en œuvre dans l'entreprise, au pouvoir de direction de l'employeur », le Professeur Radé reprend cette image du décret lorsqu'il considère que « l'employeur qui fixe, puis modifie les conditions de travail ne modifie en rien l'objet du contrat ; bien au contraire, il se contente de l'exécuter tout comme le décret d'application ne fait que préciser les dispositions présentes dans la loi qu'il applique », Ch. RADÉ, « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique ». *Dr. soc.* 1999, p. 3, n°2.

¹⁵⁵ L. AYNÈS, « Rapport introductif ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 5, n°7 et 8.

¹⁵⁶ I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec - Bibliothèque de droit de l'entreprise, n°52, Paris, 2001, n°141.

2. Une admission du pouvoir juridique encouragée par le droit du travail

355. Le licenciement¹⁵⁷ et la prise d'acte¹⁵⁸ du salarié sont probablement les exemples les plus évidents d'une articulation entre contrat et acte unilatéral. En témoigne l'introduction récente d'un mode de rupture dérogatoire qualifié *expressis verbis* de « rupture conventionnelle », pour mieux la distinguer de la décision de mettre un terme à la relation de travail. L'unilatéralisme qui se manifeste ici n'est en aucune façon spécifique aux rapports entre employeur et salarié ; il découle, pour reprendre les mots du Conseil constitutionnel, « de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 [qui] justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants »¹⁵⁹. En somme, l'acte unilatéral est moins vu comme une exception au conventionnalisme de la technique contractuelle que comme un garant de l'interdiction des engagements perpétuels¹⁶⁰.

356. Mais c'est encore en matière disciplinaire que le droit du travail s'affranchit le plus de la logique contractuelle¹⁶¹. L'acte unilatéral s'y présente en effet comme l'instrument d'un pouvoir auquel le salarié accepte d'être soumis et par lequel l'employeur, à travers le règlement intérieur d'entreprise¹⁶², va édicter la loi du groupement¹⁶³. Au reste, le pouvoir

¹⁵⁷ Les propos du Doyen Waquet à ce sujet sont significatifs, « *le licenciement désigne normalement l'acte juridique par lequel l'employeur exerce son droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée* », Ph. WAQUET, La rupture de fait du contrat de travail à durée indéterminée, *SSL* 2006, n° 1246, p. 9.

¹⁵⁸ Certains auteurs repèrent, non sans raison, que l'exercice d'un pouvoir n'est cependant pas exclusivement réservé à l'employeur. Ainsi, à propos de la prise d'acte du salarié de la rupture de son contrat de travail, « *naguère réduite (...) à un fait, ou, au mieux, à une initiative, la volonté du salarié s'est vue accorder ce qui lui était, auparavant, refusé : un pouvoir* », F. GÉA, « Réflexions sur la volonté du salarié de rompre son contrat ». in *La volonté du salarié*, T. Sachs (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2012, p. 149.

¹⁵⁹ J.-P. GRIDEL, « La rupture unilatérale aux risques et périls ». *RLDC* 2007, p. 41, rappelant que « *la résiliation unilatérale du contrat de durée indéterminée [est] toujours ouverte à l'une ou l'autre partie sur la simple volonté de l'une d'elle de mettre fin à la relation (...)* ».

¹⁶⁰ A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 14^e éd. 2014, n°312.

¹⁶¹ « *Le fait que le contrat de travail puisse donner naissance à un lien de subordination puissant jusqu'à justifier une relation de type disciplinaire contre les contractants montre à l'évidence bien plus que du contractuel dans ce contrat* », P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail : modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Dalloz, 2004, p. 212.

¹⁶² La loi du 4 août 1982, via l'article L. 1321-1, range ainsi la discipline dans le domaine exclusif du règlement intérieur, lequel constitue par ailleurs un acte réglementaire de droit privé, Cass. soc. 25 septembre 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 25, note J. SAVATIER.

disciplinaire en droit du travail s'exerce indépendamment de tout support contractuel¹⁶⁴. Il n'y a certes pas de pouvoir de l'employeur envisageable sans contrat de travail¹⁶⁵, mais ce dernier fournit tout au plus un cadre d'expression à une prérogative qui puise ailleurs ses fondements¹⁶⁶. La Cour de cassation reconnaît ainsi depuis longtemps l'autonomie du pouvoir disciplinaire par rapport au contrat. Dès 1945, elle estimait que les sanctions infligées par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire étaient justifiées par sa qualité de chef d'entreprise¹⁶⁷, la faute contractuelle devant ainsi être clairement distinguée de la faute disciplinaire¹⁶⁸.

357. Loin de susciter la méfiance, l'émancipation travailliste vis-à-vis de l'approche bilatérale mérite au contraire d'être regardée comme facteur de reconnaissance, et de contrôle, des logiques de pouvoir à l'intérieur des droits voisins¹⁶⁹. Lorsque la conclusion d'un acte juridique matérialise l'entrée d'une personne physique à l'intérieur d'un groupement privé doté de ses propres règles d'organisation, comme par exemple une association, une société, une copropriété ou encore une coopérative, l'analyse fondée sur le pouvoir permet de mieux réguler les phénomènes d'autorité¹⁷⁰.

¹⁶³ « Le prétendu "contrat" porte, en vérité, sur le seul principe d'une entrée dans le groupement, non dans la détermination de ces lois internes. Si la source des obligations des membres doit être recherchée dans les statuts, ceux-ci, s'imposent comme une sorte de loi du groupement et ne sont pas véritablement soumis à une "contractualisation" (...) le groupement se voit ainsi reconnaître une sphère de liberté normative qu'il aménage en vertu de ses propres finalités », R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n°156.

¹⁶⁴ « On ne voit pas dès lors très bien comment on pourrait réintroduire en ce domaine la théorie de la révision du contrat », J. MOULY, « Les modifications disciplinaires du contrat de travail. Chronique d'humeur à propos d'un revirement ». *D.* 1999, chron., p. 360, n°5.

¹⁶⁵ À tout le moins vis à vis des salariés, l'employeur pouvant par exemple interdire l'accès aux locaux de l'entreprise à des tiers. Mais il agit moins ici en qualité d'employeur que de propriétaire ou de gérant des biens affectés à l'activité de l'entreprise.

¹⁶⁶ Ainsi pour Laroque, « les règles régissant l'ensemble des travailleurs d'une entreprise sont nécessairement communes, et exclusive d'une discussion dans chaque cas individuel. Elles s'apparentent aux règlements émanant d'une autorité publique », P. LAROQUE, « Contentieux social et juridiction sociale ». *Dr. soc.* 1954, p. 274.

¹⁶⁷ J. MOULY, *op. cit.*, p. 360, n°4 ; voir également Cass. soc. 16 juin 1945, *Dr. soc.* 1946, p. 427, note P. DURAND.

¹⁶⁸ « Une faute ne présente un caractère disciplinaire que lorsque le comportement du salarié constitue une violation des règles d'organisation générale entreprise ou un acte d'insubordination à un ordre particulier donné par le chef d'entreprise ou son représentant. La négligence salariée dans l'exécution de son travail est une faute contractuelle sans constituer nécessairement une violation des règles de discipline », J. PÉLISSIER, « Le licenciement disciplinaire ». *Dr. soc.* 1992, p. 753.

¹⁶⁹ Cette reconnaissance de l'unilatéralisme et de ses manifestations « met fin au mythe de l'égalité. Elle permet surtout la mise en place d'un encadrement et de contrôles efficaces de ces phénomènes de pouvoir », X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, Paris, 2006, tome 248, n°398.

¹⁷⁰ Voir *infra*, *L'apport du droit du travail au contrôle du pouvoir dans l'engagement bilatéral*, n°395 et s.

358. Il ne faut cependant pas exagérer les mérites du droit du travail. Celui-ci n'est pas exempt de reproches s'agissant de références aussi inopportunes que sporadiques à la volonté bilatérale¹⁷¹. La jurisprudence relative aux rétrogradations disciplinaires en est la parfaite illustration. À l'issue d'un entretien préalable au cours duquel des griefs constitutifs de fautes disciplinaires lui avaient été signifiés, la salariée d'un hôtel-restaurant s'était vue rétrogradée à un emploi de niveau inférieur à celui qu'elle occupait précédemment. Considérant qu'une telle décision emportait une modification de son contrat de travail, la salariée contestait la sanction et était finalement licenciée. Dans un arrêt du 16 juin 1998, la Cour de cassation jugea « *qu'une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée ; que, cependant, en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, en lieu et place de la sanction refusée* »¹⁷². Cette décision, aux termes de laquelle les hauts magistrats ont de toute évidence choisi de faire prévaloir la logique contractuelle là où régnait traditionnellement une logique de pouvoir¹⁷³ a fait l'objet de vives critiques auxquelles nous souscrivons totalement.

359. Expression de l'unilatéralité, le pouvoir disciplinaire est un acte de puissance pris par l'employeur dans l'intérêt de l'entreprise¹⁷⁴. Par essence, il n'a donc pas à être soumis à l'acceptation du salarié¹⁷⁵, d'autant que la validité de l'acte unilatéral qui exprime ce pouvoir échappe à la logique bilatérale¹⁷⁶. Pour l'heure, la Cour de cassation se refuse toujours à tirer les conséquences de l'existence d'un pouvoir institutionnalisé. La manifestation de ce dernier

¹⁷¹ Car « *la recherche d'une réduction de l'acte unilatéral au contrat s'opère par un même dénominateur commun : la commune intention des parties au contrat* », R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n°29.

¹⁷² Cass. soc. 16 juin 1998, *Bull. civ.* V, n°320 ; Ch. RADÉ, « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique ». *Dr. soc.* 1999, p. 3 ; A. MAZEAUD, « Contractuel, mais disciplinaire ». *Dr. soc.* 2003, p. 164 ; J. MOULY, « Les modifications disciplinaires du contrat de travail. Chronique d'humeur à propos d'un revirement ». *D.* 1999, chron., p. 360, n°5.

¹⁷³ J. MOULY, *op. cit.*, p. 359, n°2.

¹⁷⁴ « *Sanction de l'inexécution d'une obligation, l'acte disciplinaire est un acte unilatéral. D'une part, il puise ses justifications au regard de l'intérêt d'un groupe social considéré, d'autre part, il constitue une sanction de la personne du débiteur* », R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n°161.

¹⁷⁵ « *Serait tout à fait aberrante, en revanche, l'explication visant à réduire la sanction disciplinaire à un acte contractuel, comme si la personne sanctionnée par l'agissement fautif y avait consenti* », R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n°31.

¹⁷⁶ « *dans l'acte unilatéral le consentement du bénéficiaire n'intervient pas au stade de la validité de l'acte, puisque la volonté de son auteur suffit à sa formation, mais seulement au stade de son exécution : l'héritier peut refuser la libéralité, tout comme le salarié peut refuser l'application de la sanction. Il n'en demeure pas moins que le testament, comme la sanction disciplinaire, demeurent valables, en dépit du refus du bénéficiaire ou du salarié* », Ch. RADÉ, *op. cit.*, p. 5, n°6 ; à rebours de cette analyse, voir A. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 165, pour qui « *le pouvoir disciplinaire se heurte à ce bastion intouchable qu'est le contrat ; il doit ployer au même titre que le pouvoir de direction* ».

apparaît heureusement moins problématique s'agissant de la stipulation de prérogatives contractuelles, aussi bien en droit du travail que dans les autres branches du droit privé.

B. Le pouvoir juridique par la stipulation de prérogatives contractuelles

360. La notion de prérogative contractuelle a fait l'objet d'une consécration remarquée, à la fois par la chambre commerciale¹⁷⁷, et dans la jurisprudence de la troisième chambre civile¹⁷⁸. Suivant une formule identique aux deux arrêts, portant respectivement sur une clause de garantie de passif et une clause d'agrément, la Cour de cassation avait alors jugé que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* ».

361. La signification de la référence aux prérogatives contractuelles doit cependant être bien comprise. En effet, tel que le souligne le Professeur Fenouillet, la notion de prérogative est traversée par deux courants idéologiques¹⁷⁹. Analysant la solution précitée, l'auteur observe en premier lieu que « *la prérogative s'inscrit (...) dans un contexte idéologique de résistance au solidarisme contractuel* »¹⁸⁰. En somme, « *la prérogative renvoie à une philosophie libérale qui conçoit le contrat comme l'instrument d'une opération économique où la sécurité juridique doit l'emporter sur la considération de bonne foi* »¹⁸¹. Néanmoins, et en second lieu, la prérogative peut également être située « *dans le contexte de l'unilatéralisme contractuel* »¹⁸², la mise en exergue du phénomène constituant alors le préalable indispensable à sa régulation.

362. Dans le sens de ce rattachement à l'unilatéralisme, une partie de la doctrine propose alors de définir les prérogatives contractuelles comme les pouvoirs d'essence unilatérale

¹⁷⁷ Cass. com. 10 juillet 2007, *Bull. civ.* IV, n°188, *D.* 2007, p. 1955, note X. DELPECH ; *RDC* 2007, p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2007, p. 773, obs. B. FAGES.

¹⁷⁸ Cass. civ. 3^e 9 décembre 2009, *Bull. civ.* III, n°275, *RDC* 2010, p. 561, note Y.-M. LAITHIER ; *RTD civ.* 2010, p. 105, obs. B. FAGES.

¹⁷⁹ D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ». in *Les prérogatives contractuelles*, actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC* 2011, p. 646.

¹⁸⁰ D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 650.

¹⁸¹ D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 652.

¹⁸² D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 650.

accordés à une partie, par une clause du contrat ou éventuellement par la loi, et dont l'usage permet d'influer sur le contrat au stade de sa formation (clause de dédit et droit de repentir), de son contenu (clause de fixation unilatérale du prix, clause permettant de modifier unilatéralement l'objet du contrat), de sa dissolution (clause résolutoire de plein droit, clause résiliation unilatérale) ou de sa cession (clause d'agrément du cessionnaire)¹⁸³. C'est sur la base de cette définition que nous appréhenderons les prérogatives contractuelles, selon qu'elles renvoient à la stipulation de clauses de sujétion (1) ou de variation (2).

1. Prérogatives contractuelles et clauses de sujétion

363. Le dépassement d'une analyse fondée sur la nature de l'acte juridique au profit de l'examen de son contenu obligationnel permet de déceler le pouvoir au sein du contrat. De nombreux contrats brillent aujourd'hui par la stipulation de clauses que l'on aurait pu croire réservées aux relations de droit public, en raison de l'avantage ou de la domination qu'elles confèrent unilatéralement à l'une des parties¹⁸⁴. Dès l'instant où ces clauses investissent le champ des rapports juridiques privés, l'exorbitance qui les qualifiait jusqu'ici perd peu à peu de sa vigueur et en s'effaçant, ouvre la porte à l'admission des phénomènes d'autorité en droit des obligations.

364. Le domaine de ces clauses se caractérise par une grande diversité¹⁸⁵. Plutôt que nous livrer à un inventaire exhaustif, il semble plus pertinent de n'en sélectionner que quelques-unes parmi celles qui permettent, par leur objet ou la contrainte qu'elles font peser sur l'un des contractants, de retenir une approche comparative entre le droit du travail et les autres branches du droit privé¹⁸⁶. Au titre de l'identité d'objet, on songe naturellement aux clauses d'exclusivité, de non-concurrence et de dédit-formation. La clause d'exclusivité interdit au salarié pendant l'exécution du contrat de travail toute activité professionnelle extérieure, y

¹⁸³ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°440.

¹⁸⁴ Ainsi, pour le Professeur Venezia, « *il apparaît donc qu'aussi bien l'acte unilatéral que la clause "exorbitante" se rencontre dans la sphère des relations privées ; non point dans des proportions infimes mais dans des proportions appréciables et dont il y a tout lieu de penser qu'elles iront en s'accroissant si l'on prend en considération le développement des relations à base d'autorité en droit privé* », J.-C. VENEZIA, « Puissance publique, puissance privée ». in *Mélanges Eisenmann*, Sirey, Paris, 1975, p. 375.

¹⁸⁵ Voir J. RAYNARD, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement ». in *Les prérogatives contractuelles*, actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC* 2011, p. 695.

¹⁸⁶ Dans l'optique de l'apport du droit du travail au contrôle de leur validité que nous étudierons ultérieurement, voir *infra*, *L'exigence de proportionnalité dans la validité des clauses de sujétion*, n°416 et s.

compris d'éventuelles activités non concurrentes de celles de l'employeur¹⁸⁷. La clause de non-concurrence prohibe l'exercice d'une activité professionnelle concurrente à compter de la rupture du contrat de travail. Enfin, avec la clause de dédit-formation le salarié s'engage, en contrepartie d'une formation financée par son employeur, à rester à son service pendant une certaine durée, sauf à lui rembourser, totalement ou partiellement, le coût de la formation par le versement d'une indemnité forfaitaire de dédit.

365. Les objets respectifs de ces trois clauses ne sont pas spécifiques à la relation de travail. La clause d'exclusivité peut ainsi viser une licence de brevet ou imposer au franchisé de s'approvisionner uniquement auprès de son franchiseur¹⁸⁸. De même, la stipulation d'une clause de non-concurrence peut intervenir afin de régir, par exemple, l'après contrat de franchise¹⁸⁹ ou de distribution¹⁹⁰. Quant à la clause de dédit à titre onéreux¹⁹¹, elle confère à l'une des parties le droit de se dégager de ses obligations contractuelles moyennant le versement d'une somme d'argent forfaitaire¹⁹². À l'instar de la clause de dédit-formation, elle accorde à son bénéficiaire une indemnité forfaitaire de résiliation, comme par exemple pour les arrhes conservées par l'hôtelier en cas de dédit du client¹⁹³ ou lorsqu'elle est prévue dans le cadre d'une promesse synallagmatique de vente de fonds de commerce¹⁹⁴. Avec chacune de ces clauses, qui constituent une sorte de bonus pour le créancier¹⁹⁵, le pouvoir du stipulant s'exprime par la sujétion unilatérale qu'il impose à son cocontractant : il s'agit là d'une véritable prérogative, entendue comme tout pouvoir ou autorité qu'une personne a de plus qu'un autre, et qui les distingue de ceux qui ne l'ont pas¹⁹⁶.

¹⁸⁷ A. BARÈGE, J.-Cl. Travail, Fasc. 17-12 : Formation et clauses, octobre 2014, n°67.

¹⁸⁸ La clause d'approvisionnement exclusif n'est cependant licite que si elle est « *indispensable pour préserver l'identité et la réputation du réseau* », Cass. com. 10 janvier 1995, n° 92-17892 ; sur les conditions de validité de la clause d'approvisionnement voir Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. Contrats - Distribution, Fasc. 1045 : Franchisage - Indépendance et domination dans le franchisage, novembre 2013, n°148 et s.

¹⁸⁹ Par exemple Cass. com. 9 octobre 2007, n° 05-14118, *JCP* 2007, II, 10211, obs. N. DISSAUX.

¹⁹⁰ J.-J. BURST et D. FERRIER, « Appartenance de la clientèle et clause de non-concurrence ». *Cah. dr. entr.* 1983, n° 1, p. 21 ; voir aussi H. BENSOUSSAN, « La clientèle du franchisé, facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement ». *D.* 2001, p. 2498.

¹⁹¹ La faculté de renonciation au contrat formé peut en effet être accordée à titre gratuit, par exemple Cass. com., 30 octobre 2000, n°98-11224.

¹⁹² É. LOQUIN, J.-Cl. Contrats - Distribution, Fasc. 135 : Clauses dissuasives des litiges, février 2008, n°61 ; sur la notion de dédit voir L. BOYER, « La clause de dédit ». in *Mélanges Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 41.

¹⁹³ Par exemple, CJCE 18 juillet 2007, n°C-277/05, *JCP* 2007, II, 10185, note J. ORTSCHIEDT.

¹⁹⁴ CA Paris, 16^e ch. 17 mars 2000, n°1998/01983.

¹⁹⁵ J. RAYNARD, *op. cit.*, p. 702.

¹⁹⁶ Selon la définition du Littré.

366. Face à ces situations, les tenants de l'analyse conventionnaliste, hostiles à l'admission du pouvoir dans le contrat ne s'avouent pourtant pas vaincus. Monsieur Philippe Jestaz résume parfaitement leurs arguments : *« quand une clause du contrat autorise une partie à imposer un certain effet de droit à son partenaire, l'analyse la plus répandue ne retient que la source – évidemment contractuelle – de ce mécanisme pour en négliger l'application, à coup sûr unilatérale. Et quand la loi accorde par exemple un droit unilatéral de dédit, les idéologues du contrat ne se tiennent pas pour battus, car selon eux, les parties, qui sont censées connaître la loi comme nous tous, auraient consenti en contractant à cette possibilité de repentir, laquelle procéderait donc d'une clause implicite »*¹⁹⁷.

367. Il est permis, avec l'auteur, de ne pas partager cette analyse qui fait décidément peu de cas du rapport de force préexistant à la formation de l'acte juridique et qui, en présence d'un état de dépendance économique, peut même aller jusqu'à en imposer la conclusion. Si l'on reprend la première des hypothèses avancées au soutien de la thèse « conventionnaliste », les parties au contrat peuvent en effet convenir qu'en cas d'inexécution l'une sanctionnera unilatéralement l'autre si cette dernière ne respecte pas ses obligations. Cette forme de punition, qualifiée de sanction unilatérale conventionnelle se distingue d'une sanction unilatérale individuelle par laquelle l'une des parties sanctionne de son propre chef, l'inexécution du contrat par l'autre¹⁹⁸. Toutefois, l'auteur de cette typologie prend bien soin de préciser que l'opposition entre ces deux formes de sanction ne doit pas être exagérée *« en raison de très nombreux contrats d'adhésions qui font que la [première] d'entre elles n'est bien souvent conventionnelle que par la forme »*¹⁹⁹. La stipulation de clauses de variation n'est pas davantage à l'abri de cette absence de négociation.

2. Prérogatives contractuelles et clauses de variation

368. De la fixation du prix par le fournisseur à la détermination du lieu de travail par l'employeur, les clauses de variation accordent à leur bénéficiaire le pouvoir de modifier unilatéralement un ou plusieurs éléments du contenu contractuel. À ce titre, elles relèvent de

¹⁹⁷ Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 89.

¹⁹⁸ Ch. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Economica, 1999, p. 71, n°1.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

la catégorie des prérogatives contractuelles²⁰⁰. Ces clauses ne doivent pas être confondues avec les clauses dites d'adaptation²⁰¹, par lesquelles les parties s'engagent à tenter d'adapter le contenu obligationnel du contrat. En pareil cas, l'opération s'inscrit dans une dynamique résolument bilatérale et ne constitue qu'une simple obligation de moyens²⁰².

Les clauses de variation doivent également, selon nous, être distinguées des clauses de sujétions étudiées plus haut. En effet, là où ces dernières confèrent à l'un des contractants une prérogative juridique dont l'objet est exactement identifié²⁰³, comme par exemple une clause d'exclusivité ou de non-concurrence, les effets du pouvoir attribué par les clauses de variation n'ont pas à être fixés avec précision au moment de leur stipulation. La clause de détermination unilatérale du prix ne permet pas, par exemple, de prédire le tarif qui sera retenu ; de même, le salarié soumis à une clause de mobilité ne peut connaître à l'avance le lieu de son affectation, et ce, malgré l'obligation pour l'employeur de préciser l'espace couvert par la clause²⁰⁴.

Une autre différence entre les clauses de sujétion et les clauses de variation tient cette fois aux conditions de leurs mises en oeuvre respectives. Tandis que les premières peuvent immédiatement produire des effets, les secondes doivent être activées par une manifestation de volonté de leur titulaire. Ainsi, contrairement à l'exclusivité commerciale qui s'impose dès le lancement de l'activité sans qu'aucun des protagonistes n'ait à la proclamer, il reviendra au fournisseur de fixer le prix ou à l'employeur de signifier au salarié le changement de son lieu de travail. Au plan juridique, la prise de décision prendra alors la forme d'un acte unilatéral,

²⁰⁰ Dans sa thèse de doctorat, Madame Gratton fait ainsi précéder la définition de la clause de variation de l'intitulé suivant : « *A. Le rattachement des clauses de variation du contrat de travail à la catégorie des prérogatives contractuelles unilatérale* », L. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2011, tome 104, n°39

²⁰¹ A. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats ». *RTD civ.* 1983, p. 1 ; Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation ». in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 141.

²⁰² « *Sur le fondement de telles clauses, les parties sont certainement obligées, sous peine d'engager leur responsabilité, d'entamer des discussions en vue d'adapter le contrat. Chacune d'elle demeure donc libre de rejeter les propositions faites par l'autre* », J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°404.

²⁰³ Au sens courant du terme « prérogative », définie par le Littré comme « *tout pouvoir ou autorité qu'une personne a de plus qu'un autre, et qui les distingue de ceux qui ne l'ont pas* ».

²⁰⁴ Cass. soc. 7 juin 2006, *Bull. civ.* V, n°209, *RJS* 2006, n°683, les limites spatiales doivent certes être indiquées par l'employeur mais celles-ci ne permettent pas au salarié de prévoir le lieu de sa future affectation ; d'autant que la Cour de cassation considère que la clause de mobilité qui vise « *le territoire français* » est suffisamment précise, Cass. soc. 9 juillet 2014, n°13-11906.

ce qui confirme là encore la nécessité d'admettre la coexistence de deux logiques distinctes dans un même acte juridique²⁰⁵. L'identification de l'unilatéralisme dans l'engagement bilatéral par le truchement des clauses de variation implique alors de déterminer leur champ d'application. Celui-ci apparaît relativement cantonné en droit du travail (a). En dehors de la discipline, il demeure le plus souvent associé à la clause de fixation unilatérale du prix, en particulier dans les contrats commerciaux (b).

a. Le cantonnement des clauses de variations en droit du travail

369. En droit du travail, la clause de variation est celle par laquelle le salarié consent par avance à la modification de l'un des éléments du rapport de travail²⁰⁶. La discipline admet ainsi l'introduction de clauses destinées à asseoir une certaine flexibilité dans les conditions d'accomplissement de la prestation du salarié²⁰⁷ : par le biais de la clause de mobilité ou de la modulation du temps de travail, par exemple, l'employeur peut ainsi intervenir sur certains paramètres de la prestation réalisée par le salarié en fonction des besoins de l'entreprise, au regard des nécessités dictées par son activité économique²⁰⁸.

Le champ d'application des clauses de variation apparaît relativement réduit dans le contrat de travail. Ce cantonnement s'explique par le fait que la qualification de clause de variation ne nous semble pouvoir être retenue que pour deux types de clauses²⁰⁹ : les clauses de mobilité et les clauses de variation du temps de travail (α). À l'inverse, la qualification doit être rejetée s'agissant de la clause de rémunération variable (β).

²⁰⁵ « Nombre de contrats commerciaux de type nouveau (...) consacrant une illégalité des parties en présence, permettent à l'une d'elles d'exercer à l'égard de l'autre un véritable droit de direction se caractérisant par l'édition d'actes unilatéraux (...) », J.-C. VENEZIA « Puissance publique, puissance privée ». in *Mélanges Eisenmann*, Sirey, Paris, 1975, p. 371.

²⁰⁶ L. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2011, tome 104, n°39 ; la définition sied également au droit civil lorsque l'on entreprend de remplacer la référence aux éléments du rapport de travail par la mention de l'objet du contrat.

²⁰⁷ P. LOKIEC, « Flexibilité et contrat de travail ». *JCP G* 2013, 224

²⁰⁸ À défaut d'une telle admission, « le contrat de travail souffrirait d'un mal comparable à cette terrible maladie dite "de l'homme de pierre" où chaque muscle se durcit inéluctablement jusqu'à empêcher toute mobilité », Ch. RADÉ, « La figure du contrat dans le rapport de travail ». *Dr. soc.* 2001, p. 806.

²⁰⁹ Sur les trois types de clauses – de mobilité, de variation du temps de travail et de rémunération variable – que récence Madame Gratton dans sa thèse, *op. cit.* ; *comp.* P. LOKIEC, *Droit du travail, tome 1 : Les relations individuelles de travail*, PUF, Paris, 1^{ère} éd., 2011, n°229 et s., associant aux clauses de variations les clauses de rémunération variable et les clauses de mobilité.

α. L'adoption de la qualification pour la clause de mobilité et la clause de modulation du temps de travail

370. Le lieu de travail ne constitue pas par définition un élément essentiel du contrat dont l'altération nécessite systématiquement l'accord du salarié²¹⁰. Depuis 2003, la Cour de cassation considère en effet que « *la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information, à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son contrat de travail dans ce lieu* »²¹¹. La faculté de l'employeur de changer unilatéralement le lieu d'exécution du contrat de travail connaît toutefois des limites ; celui-ci doit être fixé dans le même secteur géographique²¹². À défaut, le changement des conditions de travail sera exclu au bénéfice du régime de la modification du contrat, modification à laquelle le salarié pourra cette fois s'opposer²¹³.

371. La stipulation d'une clause de mobilité autorise cependant l'employeur à arrêter un lieu de travail situé en dehors du secteur géographique, dans le respect néanmoins des limites spatiales définies par la clause²¹⁴. L'avantage est pour lui évident puisqu'il n'aura pas à recueillir l'accord préalable du salarié pour opérer ce qui, en l'absence de clause, relèverait d'une modification contractuelle²¹⁵. Nonobstant le contrôle exercé par les juges du travail sur la validité de la clause²¹⁶, ou les modalités de sa mise en œuvre²¹⁷, la clause de mobilité

²¹⁰ A. COEURET, B. GAURIAU, M. MINÉ, *Droit du travail*, Dalloz, Sirey, Paris, 3^e éd., 2013, n°440 ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°600 et s.

²¹¹ Cass. soc. 3 juin 2003, *Bull. civ. V*, n°185, *Dr. soc.* 2003, p. 884, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc. 21 janvier 2004, n°02-12712 ; Cass. soc. 20 février 2007, n°05-45513.

²¹² Cass. soc. 20 octobre 1998, *Bull. civ. V*, n°431 ; Cass. soc. 16 décembre 1998, *RJS* 1999, n°157.

²¹³ Cass. soc. 4 janvier 2000, *RJS* 2000, n°152.

²¹⁴ Exceptionnellement, la Cour de cassation autorise un dépassement du secteur géographique défini par la clause de mobilité lorsque celui-ci est justifié par l'intérêt de l'entreprise et répond à des circonstances exceptionnelles, Cass. soc. 3 février 2010, n°08-41412, A. GARDIN, « Le changement temporaire du lieu de travail du salarié ». *SSL* 2010, n°1460, p. 4 ; *Dr. ouvr.* 2010, p. 359, note B. LARDY-PÉLISSIER

²¹⁵ « (...) relever que le salarié "consent par avance" à la modification de son contrat induit l'idée d'une anticipation, plus largement d'une position prospective des parties vis-à-vis de cette modification », L. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2011, tome 104, n°42.

²¹⁶ La clause de mobilité doit par exemple comporter une définition précise de sa zone d'application, Cass. soc. 7 juin 2006, *Bull. civ. V*, n°209, *RJS* 2006, n°683.

²¹⁷ Tenu d'exécuter le contrat de travail de bonne foi, l'employeur ne peut imposer à un salarié dans une situation familiale critique un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés, Cass. soc. 18 mai 1999, *Bull. civ. V*, n°2019 ; de même l'employeur peut se voir reprocher d'avoir agi avec précipitation en notifiant une mutation sans faire bénéficier le salarié ni du délai contractuel de réflexion de huit jours, ni d'un délai de prévenance suffisant, Cass. soc. 18 septembre 2002, *Bull. civ. n°273*, *RJS* 2002, n°1352 ; la clause instaurant une mobilité sur l'ensemble du territoire français ne peut en outre imposer au salarié de fixer sa résidence dans un département précis, Cass. soc. 15 mai 2007, *D.* 2007, AJ 1600.

accorde à son bénéficiaire une véritable prérogative contractuelle lui permettant de faire varier unilatéralement le contenu obligationnel du contrat, à l'instar de la clause de modulation du temps de travail.

372. Prévues aux articles L. 3122-2 et suivants du Code du travail²¹⁸, la modulation confère à l'employeur la faculté de faire varier la durée hebdomadaire du travail sur tout ou partie de l'année, à condition que cette durée n'excède pas sur un an une moyenne de 35 heures par semaine ou un total 1600 heures²¹⁹. La mise en place d'un tel dispositif doit résulter d'une convention, d'un accord collectif étendu ou d'un accord collectif d'entreprise ou d'établissement n'ayant pas fait l'objet d'opposition de la part des organisations syndicales non signataires. Concrètement, l'accord définit une limite de durée de travail hebdomadaire haute correspondant aux périodes d'intense activité²²⁰ et une limite basse²²¹. Les heures de travail accomplies entre la 35^e et la limite haute ne sont pas considérées comme des heures supplémentaires ; la majoration attachée aux heures supplémentaires ne bénéficiera donc qu'aux seules heures effectuées au-delà de cette limite ou d'un volume de 1600 heures à l'issu d'un décompte annuel²²². En termes de coût du travail, cette flexibilité accorde donc à l'employeur un avantage non négligeable en introduisant dans le calcul de la durée de travail des mécanismes de compensation propres à retarder le seuil de paiement des heures supplémentaires.

373. Si le régime de la modulation reste dans une assez large mesure défini par le législateur, sa mise en place par la voie d'un accord collectif permet toutefois d'adapter ses principaux éléments aux impératifs de production des entreprises²²³. La modulation leur offre la possibilité de mieux appréhender les fluctuations d'activité auxquelles elles sont confrontées. À l'instar de la clause de mobilité, la clause de modulation du temps de travail contenue dans un accord collectif confère à l'employeur la faculté de faire varier unilatéralement un

²¹⁸ L'article 8 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 a considérablement simplifié les règles d'aménagement du temps de travail remplaçant les trois systèmes de modulation du temps de travail antérieurs par un dispositif unifié.

²¹⁹ Au-delà, c'est le régime des heures supplémentaires qui s'applique, C. trav. art. L. 3122-4.

²²⁰ Celle-ci doit toutefois respecter les durées maximales de travail hebdomadaire – 44 heures sur 12 semaines consécutives, sauf dérogations – et minimales de repos – 24 heures consécutives auxquelles s'ajoutent les 11 heures de repos quotidien, sauf dérogation.

²²¹ Qui peut évidemment être inférieure à la durée légale.

²²² Déduction faite des heures supplémentaires déjà rémunérées en cas de dépassement de la limite haute.

²²³ Le juge contrôle d'ailleurs que le recours à la modulation est justifié par les données économiques et sociales mentionnées dans l'accord collectif, CE 28 mars 2001, n°22-1608, *RJS* 2001, n°752.

paramètre essentiel de la prestation de travail, et ce, contrairement à la clause instituant une rémunération variable.

β. Le rejet de la qualification pour la clause de rémunération variable

374. La rémunération du salarié peut dépendre de deux principales sources, du statut collectif et de son contrat de travail. En cas de modification du premier, la situation individuelle du salarié se trouvera affectée sans que celui-ci soit en capacité de s'y opposer²²⁴. Par exemple, si le montant du salaire est assis sur les minima conventionnels, sa progression sera automatiquement indexée sur l'évolution de ces derniers. La solution est logique dans la mesure où les conditions d'altération de la rémunération obéissent au régime de l'acte juridique sur lequel l'avantage se greffe. Lorsqu'en revanche les éléments de rémunération possèdent une nature contractuelle, l'employeur ne peut en modifier la substance sans recueillir au préalable l'accord du salarié²²⁵. Le caractère contractuel de la rémunération n'empêche toutefois pas que celle-ci puisse connaître des variations en dehors de toute modification consentie par le salarié. Ainsi le droit du travail admet-il le principe d'une rémunération variable, non sans en subordonner la validité à des conditions dont il convient de relever l'incompatibilité avec les critères de qualification propres aux clauses de variation observés jusqu'ici²²⁶. En témoigne l'étude des deux hypothèses susceptibles de donner lieu à une variation de la rémunération, la fixation d'objectifs économiques, d'une part, et la stipulation d'une clause de rémunération variable d'autre part.

375. S'agissant de la première situation, on notera tout d'abord que si l'employeur peut fixer unilatéralement les objectifs à atteindre, ses marges de manœuvre sont relativement limitées. Le juge contrôle ainsi le caractère réalisable des objectifs assignés au salarié²²⁷. Ensuite, et

²²⁴ La Cour de cassation a ainsi pu juger que lorsque « *la structure de la rémunération résulte non du contrat de travail mais d'un accord collectif auquel, à la suite d'une fusion, s'est substitué un nouvel accord en application de l'article L. 132-8 du Code du travail, le changement de structure salariale qui en résulte s'impose aux salariés sans que ceux-ci puissent se prévaloir d'une modification de leurs contrats de travail* », Cass. soc. 27 juin 2001, n°99-41135, *Dr. soc.* 2000, p. 831, obs. Ch. RADÉ.

²²⁵ Cass. soc. 19 mai 1998, *Bull. civ.* V, n°265.

²²⁶ « (...) *il est désormais acquis que l'employeur ne peut pas réduire unilatéralement le salaire, par aucun biais, pour une faute commise par le salarié. Il doit en aller de même, a fortiori, en l'absence de faute* ». E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc.* 1999, p. 150.

²²⁷ Cass. Soc. 2 mars 2011, *Bull. civ.* V, n°55, *RJS* 2011, n°393, « *attendu que lorsque les objectifs sont définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, celui-ci peut les modifier dès lors qu'ils sont réalisables et qu'ils ont été portés à la connaissance du salarié en début d'exercice* ».

surtout, rappelons qu'une fois les objectifs arrêtés, la variation de la rémunération pouvant en découler ne saurait dépendre de la volonté de l'employeur : la réalisation des objectifs par le salarié entraîne automatiquement le bénéfice de l'avantage correspondant. De plus, lorsque l'existence d'un gain associé à la réalisation d'objectifs est stipulée par le contrat de travail, l'employeur ne peut se retrancher derrière l'absence de leur fixation pour échapper à l'éventualité de devoir verser au salarié une rémunération supplémentaire²²⁸. Il ne lui est pas davantage permis de modifier sans l'accord du salarié la nature des objectifs²²⁹, ou les modalités de calcul du chiffre d'affaires réalisé, dès lors que ces données sont mentionnées dans le contrat de travail²³⁰. Même s'il reste soumis à un aléa, l'avantage n'en demeure pas moins un élément du contrat qui ne saurait être supprimé sans l'accord du salarié. Une fois le contrat conclu, l'employeur n'a plus le pouvoir de décider s'il entend ou non faire varier un élément essentiel du contrat de travail, en l'espèce la rémunération. Le caractère unilatéral de la détermination des objectifs ne peut donc être analysé comme une prérogative contractuelle.

376. Dans le même sens, et contrairement à l'impression dégagée par sa dénomination, la clause dite « de rémunération variable » est difficilement rattachable à la catégorie des clauses de variation. Ainsi que nous l'avons constaté, la qualification de la clause de variation est subordonnée à deux conditions cumulatives : premièrement un accord anticipé à une modification de l'élément visé par la clause ; deuxièmement, dans la logique adoptée par la catégorie des prérogatives contractuelles, une modification laissée à l'initiative de la partie au bénéfice de qui elle est stipulée. On peut alors faire valoir que si la clause de rémunération variable s'inscrit dans une logique d'anticipation, l'employeur n'est pas libre de décider unilatéralement de lui faire ou non produire ses effets. L'une des conditions de ladite clause exige, à l'opposé, que la variation soit fondée sur des éléments objectifs indépendants de la

²²⁸Cass. Soc. 13 juillet 2004, *Bull. civ. V*, n°208, « attendu, cependant, que, lorsque le droit à une rémunération variable résulte du contrat de travail et à défaut d'un accord entre l'employeur et le salarié sur le montant de cette rémunération, il incombe au juge de la déterminer en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes, de sorte que, si l'objectif de résultats dont le contrat de travail fait dépendre la rémunération variable n'a pas été déterminé, il appartient au juge de le fixer par référence aux années antérieures »

²²⁹Cass. Soc. 28 octobre 2008, n°07-40372, « qu'en statuant comme elle a fait, alors qu'il ressortait de ses propres constatations que la société L. avait, le 29 janvier 2003, modifié, sans l'accord du salarié, la nature des objectifs qu'il devait atteindre, lesquels déterminaient la part variable de sa rémunération en ajoutant aux objectifs de vente initialement prévus des objectifs d'ouvertures de comptes et de réactivation de comptes, de sorte qu'il en résultait que l'employeur avait modifié unilatéralement le contrat de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

²³⁰Cass. Soc. 8 janvier 2002, *Bull. civ. V*, n°3, *RJS* 2002, n°364.

volonté de l'employeur²³¹. Dès lors que ces éléments objectifs sont constatés, la rémunération doit être versée : l'automatisme chasse l'unilatéralisme. Aussi, et à la différence des clauses de mobilité ou de modulation du temps de travail, la clause de rémunération variable s'apparente davantage à une condition, au sens civiliste du terme²³², qu'à une véritable clause de variation²³³. Cela restreint sensiblement, sans toutefois les anéantir, les opportunités de diffusion des techniques travaillistes au soutien d'un contrôle des clauses de variation dans les contrats commerciaux.

b. La clause de fixation unilatérale du prix dans les contrats commerciaux

377. La jurisprudence Alcatel de 1995, relative à l'indétermination du prix²³⁴, a été considérée comme la réponse à une certaine incompatibilité qui existe entre les relations de longue durée et l'exigence d'un prix figé définitivement lors de la formation du contrat²³⁵. L'ancien article 1591 du Code civil requerrait en effet que le prix de vente soit « *déterminé et désigné par les parties* » à peine de nullité. La jurisprudence a entrepris d'assouplir cette prescription en se référant à un prix simplement déterminable. Elle exigeait toutefois que la détermination ultérieure du prix ne soit pas laissée à l'arbitraire de l'une ou l'autre des

²³¹ Cass. soc. 2 juillet 2002, *Bull. civ. V*, n°229, « *une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération du salarié dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque de l'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels* » ; dans le même sens Cass. soc. 20 avril 2005, n°03-43696.

²³² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation : la preuve, les effets de l'obligation, la responsabilité contractuelle, transmission, transformation, extinction des obligations*, Sirey, Paris, 8^e éd. 2013, n°277 et s., « *la condition est un évènement futur et incertain dont dépend l'existence de l'obligation* ».

²³³ « (...) *les éléments de variation se rapportant aux résultats dégagés par l'entreprise ou le salarié lui-même sont suffisamment aléatoires pour être frappés de l'incertitude nécessaire à la qualification de condition* », L. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2011, tome 104, n°246

²³⁴ Ass. plén. 1^{er} décembre 1995, *Bull. civ. I*, n°7 ; M. JÉOL, concl. Ass. plén. 1^{er} décembre 1995, *JCP G* 1996, II, 22565 ; J. GHESTIN, note sous Ass. plén. 1^{er} décembre 1995. *JCP G* 1996, II, 22565 ; A. BRUNET, A. GHOZI, « *La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat* ». *D.* 1998, chron., p. 1.

²³⁵ A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°553, et n°555, « *revenir au principe édicté par l'article 1129 du Code civil selon lequel la détermination du prix constitue un élément de validité de la convention compromet fortement les capacités du contrat à s'adapter aux influences du temps liées à la longue durée* » ; sur le modèle de l'article 6.105 des Principes européens Monsieur Denis Mazeaud propose en outre d'enrichir le Code civil d'une nouvelle disposition aux termes de laquelle « *un contrat est valable lorsque la détermination unilatérale de son prix, ou de tout autre de ces éléments essentiels ou accessoires, n'est pas le fruit de la volonté arbitraire du contractant qui l'a fixé* », D. MAZEAUD, « *La matière du contrat* ». in *Les concepts contractuels français à leur des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2003, p. 99 ; contra J. HUET, « *Critique de la jurisprudence l'assemblée plénière sur l'indétermination du prix* », in *Mélanges Sayag*, Litec, Paris, 1997, p. 324.

parties²³⁶. Ainsi, en matière commerciale, la Cour de cassation considérait que la référence au tarif en vigueur au jour de la livraison suffisait à remplir la condition de déterminabilité du prix²³⁷.

378. En 1971, les hauts magistrats décidèrent d'abandonner la solution retenue jusqu'ici pour se livrer à ce que certains qualifient encore aujourd'hui de chasse à la nullité pour indétermination du prix²³⁸. Au visa de l'article 1591 du Code civil, la chambre commerciale annula ainsi les contrats cadres dans lesquels le prix n'était ni déterminé, ni déterminable. Elle considérait qu'en se référant directement ou implicitement aux tarifs du fournisseur, le prix ne dépendait pas de la volonté du distributeur²³⁹. Cette position devait par la suite être maintenue sur un fondement distinct²⁴⁰, la haute juridiction trouvant en l'article 1129 du Code civil un support plus adéquat à sa nouvelle religion²⁴¹.

379. Malgré l'objectif affiché de protection de la partie faible, la menace qui pesait sur la quasi-totalité des contrats de distribution ne manqua pas d'être dénoncée par la doctrine. Des auteurs suggérèrent alors de reconnaître à l'une des parties le pouvoir de fixer unilatéralement le prix, à charge pour celle-ci d'user de sa prérogative conformément à l'obligation d'exécuter les contrats de bonne foi²⁴². Leurs propositions furent reprises par deux arrêts du 29 novembre 1994, dans lesquels la première chambre civile de la Cour de cassation affirma que la référence à un tarif remplissait la condition de détermination du prix, reconnaissant par la même occasion au juge le pouvoir de sanctionner le fournisseur qui abuserait « *de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime, et ainsi [méconnaître] son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi* »²⁴³.

²³⁶ Req. 7 janvier 1925, *D.* 1925.

²³⁷ Cass. com. 5 novembre 1971, *D.* 1972, p. 353, note J. GHESTIN.

²³⁸ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°288 et s.

²³⁹ Cass. com. 12 février 1974, *JCP G* 1975, II, 17915, note J. BORE.

²⁴⁰ Cass. com. 11 octobre 1978, *RTD civ.* 1980, p. 364, obs. Y. LOUSSOUARN.

²⁴¹ Une partie de la doctrine lui reprochait « *à la fois de faire de la détermination du prix et condition d'existence du contrat et d'appliquer l'article 1591 du Code civil à une convention "cadre" qui n'était pas assimilable à une vente puisqu'elle ne créait, en définitive, que des obligations de faire ou de ne pas faire...* », M. JÉOL, concl. Ass. plén. 1^{er} décembre 1995, *JCP G* 1996, II, 22565.

²⁴² J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, LGDJ - Lextenso, Traité de droit civil, Issy-les-Moulineaux 4^{ème} éd., 2013, n°714 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « L'indétermination du prix », *RTD civ.* 1992, p. 269.

²⁴³ Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 1994, *Bull. civ.* I, n° 348 ; *D.* 1995, p. 122, note L. AYNÈS ; *RTD civ.* 1995, p. 358, obs. J. MESTRE.

380. Allant plus loin dans la consécration de l'unilatéralisme, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, par deux arrêts du 1^{er} décembre 1995, estima que « *lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf disposition légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* »²⁴⁴. L'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, reprend cette position puisqu'elle reconnaît la faculté pour une partie de fixer unilatéralement le prix dans les contrats-cadres et les contrats à exécution successive²⁴⁵, ainsi que dans les contrats de prestation de service²⁴⁶. Du reste, cette admission de l'unilatéralité n'est peut-être pas étrangère à la prise en considération des phénomènes de pouvoir d'essence factuel dans l'engagement bilatéral.

II. L'existence d'un pouvoir factuel dans l'engagement bilatéral

381. Le pouvoir ne prend pas toujours la forme de prérogatives juridiques ; il peut aussi résider dans des rapports de forces tenant au contexte de l'échange²⁴⁷. C'est en ce sens que la reconnaissance du pouvoir factuel se révèle particulièrement nécessaire (A). Nous tenterons alors d'en cerner les modes d'expression (B).

A. La nécessaire reconnaissance du pouvoir factuel

382. La réflexion menée par le Professeur Lokiec dans sa thèse de doctorat s'appuie sur le constat suivant : « le pouvoir en droit privé souffre (...) d'une analyse réductrice, qui

²⁴⁴ Ass. plén. 1^{er} décembre 1995, *Bull. civ.* I, n°7 ; M. JÉOL, concl. Ass. plén. 1^{er} décembre 1995, *JCP G* 1996, II, 22565 ; J. GHESTIN, note sous Ass. plén. 1^{er} décembre 1995. *JCP G* 1996, II, 22565 ; A. BRUNET, A. GHOZI, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat ». *D.* 1998, chron., p. 1.

²⁴⁵ L'article 1164 al. 1 dispose que « *dans les contrats cadre il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation* ».

²⁴⁶ Aux termes de l'article 1165 « *dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour celui-ci d'en justifier le montant. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts* ». Notons toutefois que le projet de réforme présentée par la Chancellerie en 2015 prévoyait qu'à défaut d'accord, le débiteur pouvait « *saisir le juge afin qu'il fixe le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties* ».

²⁴⁷ Voir J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis droit, Paris, 2^e éd., 2013, I. *L'inscription du contrat comme un rapport de pouvoir : la reconnaissance des inégalités de fait des parties*, p. 438 et s.

l'assimile à l'édition d'actes juridiques unilatéraux. À suivre cette conception, il faudrait admettre qu'il n'existe de pouvoir en droit privé que là où l'ordre juridique confère à l'une des parties une telle faculté »²⁴⁸. Nous partageons pleinement cette opinion. S'il ne faut certes pas perdre de vue l'apport essentiel des travaux de Monsieur Emmanuel Gaillard dans la mise en évidence des phénomènes de pouvoir au sein du droit privé²⁴⁹, il importe néanmoins de souligner l'étroitesse du périmètre au sein duquel ces derniers ont été circonscrits.

383. Ainsi, pour l'auteur, « alors que le droit subjectif se définit comme la prérogative juridique reconnue à son bénéficiaire dans son intérêt propre, le pouvoir se caractérise, au contraire, par le fait qu'il est confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »²⁵⁰. On peut comprendre que le Professeur Gaillard ait pris le parti d'une telle séparation, là où Josserand fondait sa théorie de l'abus de droit sur une distinction entre les droits dits égoïstes et les droits à finalité sociale²⁵¹. Seulement, outre le fait que la nouvelle division présente de fortes similitudes avec l'ancienne²⁵², elle a pour inconvénient majeur de suggérer une sorte d'incompatibilité de nature entre le pouvoir et les droits subjectifs.

384. Pourtant, même si la mise en œuvre de ces derniers ne se traduit pas toujours par un acte juridique unilatéral, la prise en compte des phénomènes de puissance qu'elle exprime ne doit pas être minorée en droit des obligations. Il faut ainsi constater, avec le Professeur Mazeaud, que la liberté de déterminer le contenu du contrat paraît plus que jamais marquée du sceau de l'unilatéralisme²⁵³. Dans de nombreuses hypothèses, l'échange des consentements qui marque

²⁴⁸ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, 2004, tome 408, n°16.

²⁴⁹ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, thèse Paris, Economica, Études et Recherches, Paris, 1985.

²⁵⁰ E. GAILLARD, *op. cit.*, n°20.

²⁵¹ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, Paris, 1927 ; *comp.* M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil : 2. Obligations, contrats, sûretés réelles*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1952, n°871 ; voir également G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e édition, 1949 ; H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits ». *RTD civ.* 1928, p. 365 ; A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés ». *RTD civ.* 1944, p. 1.

²⁵² D'un point de vue notionnel, il est ainsi tenant de considérer que le pouvoir, alors défini comme un droit « confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien », n'est guère éloigné de ces droits à finalité sociale devant, pour reprendre les mots de Capitant, « demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leurs titulaires commettent un détournement, un abus de droit », H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 366 ; « (...) si l'on songe à la théorie finaliste de l'abus de droit élaborée par Josserand, cette acception du pouvoir ne suffit pas tout à fait à convaincre que celui-ci s'oppose au droit subjectif en contemplation de la finalité à laquelle le droit le destine », L. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2011, tome 104, n°35.

²⁵³ D. MAZEAUD, « La protection par le droit commun ». in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Economica, 1999, p. 47, n°21. ; voir également Ph. JESTAZ, « Rapport de

la conclusion du contrat ne fait alors que sceller en Droit un rapport de force déséquilibré dans les faits²⁵⁴. Or, il importe peu pour le faible de savoir si la partie en position de domination exerce son ascendant par l'édition d'actes unilatéraux ou en usant de ses droits subjectifs²⁵⁵ ; ceux-ci permettent au fort d'imposer ses vues au même titre que le pouvoir institutionnalisé²⁵⁶. C'est pourquoi il convient de dépasser les réserves de certains²⁵⁷, et de plaider pour une reconnaissance d'un pouvoir factuel venu « *d'en bas, auquel le juriste ne s'intéresse guère du fait de son caractère extra juridique* »²⁵⁸ ; d'autant qu'il est possible d'identifier quelques-uns des modes d'expression du pouvoir factuel.

B. L'expression du pouvoir factuel

385. Deux types de situations peuvent être symptomatiques de l'expression du pouvoir factuel. La première réside dans l'absence de réciprocité affectant l'exercice d'un droit pourtant attribué à l'ensemble des contractants (1). La seconde tient à l'identification d'un déséquilibre significatif dans le contrat (2).

1. Le pouvoir factuel révélé par l'absence de réciprocité dans l'unilatéralisme

synthèse ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Economica, 1999, p. 87, pour qui « *de nombreux contractants dictent leur loi à leurs partenaires, de sorte que le contrat ainsi conclu n'exprime de facto qu'une volonté unilatérale* ».

²⁵⁴ « *Plutôt que de chercher une égalité entre le "faible" et le "fort", d'autant plus vaine que ce n'est pas le droit mais essentiellement le fait qui crée l'asymétrie, ne vaut-il pas mieux admettre la situation de pouvoir et adopter comme point de départ un postulat d'inégalité ?* », P. LOKIEC, « La décision et le droit privé ». *D.* 2008, p. 2293.

²⁵⁵ « *La faculté d'imposer sa volonté à autrui peut pourtant provenir non seulement du droit mais également d'une situation de fait comme une puissance économique, une violence physique ou un savoir. Le pouvoir de fait d'un contractant envers son cocontractant joue notamment un rôle central dans la formation du contrat en tant que pouvoir de négocier. Il explique la figure du contrat d'adhésion* », P. LOKIEC, *op. cit.*, n°18.

²⁵⁶ À cet égard, il est significatif de voir sous la plume de Monsieur Yannick Pagnerre une définition du droit subjectif visant « *l'attribution à une personne d'un pouvoir d'imposer, d'exiger ou d'interdire à une autre personne, considéré comme utile à son titulaire, appréhendé à la fois comme un individu et comme un acteur de la vie sociale* », Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008, n°427. Monsieur Boizard en rend parfaitement compte lorsqu'il observe que « *lorsque la puissance économique d'une entreprise lui donne la faculté d'agir de manière indépendante sur le marché et d'imposer à son cocontractant des conditions injustifiées, c'est un pouvoir de fait qui en est à l'origine et non une prérogative juridique* », M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique en droit ». *LPA* 2004, n°120, p. 5, n°17.

²⁵⁷ Parmi les cinq sources des pouvoirs privés qu'il identifie, Monsieur Farjat signale en premier lieu l'existence des « *rappports de force* », anticipant dans le même temps l'hostilité d'une certaine partie de la doctrine à l'égard de ce concept : « *"C'est du fait", diront les juristes qui sont attachés à la fiction de l'égalité formelle. Et pourtant le droit a dû reconnaître les abus de position dominante ou les abus de majorité, voire de minorités* », G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, Paris, 2004, p. 69.

²⁵⁸ P. LOKIEC, *ibidem*.

386. Le droit du travail a très vite pris conscience de l'asymétrie qui pouvait se cacher dans l'usage effectif d'un droit attribué uniformément à chacune des parties²⁵⁹. Qu'il s'agisse de la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée ou de la stipulation du contenu obligationnel des actes juridiques, le législateur et les juges du travail ont mesuré le danger que pouvait constituer une vision égalitaire de l'exercice de ces prérogatives²⁶⁰. Sachant discerner l'unilatéralité sous les habits de la réciprocité, ils ont peu à peu instauré des correctifs à ces inégalités de puissance économique, en contradiction avec le principe de non-ingérence dans la loi des parties véhiculé par une certaine lecture du Code civil²⁶¹.

387. Prenons l'exemple de la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée. L'unilatéralité qui s'y manifeste ne se résume pas uniquement à la possibilité dont dispose chacune des parties de mettre un terme à la relation contractuelle par sa seule décision. À moins de s'enfermer dans une représentation abstraite du contrat hermétique à toute considération factuelle, il ne s'agit pas ici de ce que l'on pourrait qualifier en toutes circonstances d'unilatéralité bilatéralisée²⁶², autrement dit d'une prérogative que chaque partie à l'engagement peut exercer à égalité. Pour qui trouve dans l'acte juridique le moyen de satisfaire les besoins incompressibles de son être ou de sa famille, ou de faire fonctionner son industrie, la résiliation unilatérale est le plus souvent synonyme d'autopunition²⁶³. Lorsqu'en

²⁵⁹ « Cette liberté de résilier, estime Camerlynck, est donc placée sous le signe de l'égalité, de la réciprocité (...). L'égalité, nous l'avons souligné, est à la base du système civiliste traditionnel en matière de rupture du contrat de travail. Chaque "contractant", anonymement considéré, bénéficie du droit identique, de "résiliation unilatérale" ». G.-H. CAMERLYNCK, « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement ». *D.* 1958, I, 1425.

²⁶⁰ Dès 1907, Demogue mettait en garde ceux qui ne voyaient pas « cette idée que dans la convention, une des parties, sans être aujourd'hui juridiquement mieux traitée que l'autre, a cependant un rôle de chef, ayant le droit de prévoir les éventualités et d'y faire pouvoir, gardant, en un mot, le droit d'administrer sa chose », R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale ». *RTD civ.* 1907, p. 266.

²⁶¹ Le Professeur Fabre-Magnan vient opportunément rappeler que « le droit commun des contrats ne prend guère en considération les situations d'inégalité entre les parties. Pourtant, là encore, entre le fort et le faible, il n'est pas étonnant que l'unilatéralisme prenne, de fait, une place importante (...). Quoi qu'il en soit, c'est encore du droit social (en particulier du droit du travail qui est précisément le droit des situations subordonnées) que le droit civil devrait s'inspirer », M. FABRE-MAGNAN, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations ». *SSL* 28 octobre 2002, n° 1095, p. 32.

²⁶² M.-A. FRISON,-ROCHE, « Unilatéralité et consentement ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Economica, 1999, p. 25, « s'il y a une bilatéralité dans l'unilatéralité, la résiliation unilatérale est concevable. Mais tel n'est pas forcément le cas ».

²⁶³ En ce sens, Monsieur Philippe Jestaz « reconnaît la personne digne de protection à cet indice que la loi lui permet de sortir indemne du contrat, ou bien de ne pas le quitter si la sortie doit lui causer un tort important. Ce qui concerne le salarié, le locataire et le consommateur », Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 96. Voir également Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008, n°833, pour qui « s'agissant de l'extinction unilatérale des engagements, (...) une partie est "présumée" plus faible lorsque le préjudice qu'elle subit est quantitativement plus important que celui qu'endurerait l'autre partie en cas d'extinction unilatérale de l'engagement ».

revanche la survie de l'engagement ne présente pas ce degré de nécessité, qu'il peut donc être annihilé ou remplacé par un autre, le pouvoir de résiliation demeure intact : voilà l'unilatéralisme qui prospère sous le masque de la réciprocité²⁶⁴ !

388. On ne s'étonnera donc pas qu'une plus large reconnaissance des phénomènes de pouvoir participe d'une meilleure appréhension des actes juridiques conclus dans un état de dépendance économique. Ainsi, en matière de rupture du contrat, le droit du travail a élaboré deux régimes distincts selon que la décision de mettre un terme à l'engagement émane de l'employeur ou du salarié. Dans la première hypothèse, ce seront les règles propres au licenciement qui seront appliquées ; dans la seconde, la législation relative à la démission. L'objectif consiste à soumettre à de plus rudes conditions la mise en œuvre de la rupture entreprise par l'employeur que celle décidée par le salarié. La dissociation du régime de la rupture du contrat de travail repose sur le constat unanimement partagé que, dans une société traversée par la division du travail et un fort taux de chômage, et à de rares exceptions près, « *il n'y a aucune commune mesure entre la "gêne" causée à l'employeur par le départ des ouvriers et le "drame" que constitue pour ce dernier de la perte de son emploi* »²⁶⁵. Cette figure du pouvoir factuel doit être complétée par celle tenant à l'identification d'un déséquilibre contractuel significatif.

2. L'expression du pouvoir factuel par le déséquilibre contractuel significatif

²⁶⁴ Ph. DÉLEBECQUE, « L'anéantissement unilatéral du contrat ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 64, n°8 : « *la réciprocité dans la révocation unilatérale peut être écartée simplement en raison du rapport de force existante entre les parties* ».

²⁶⁵ Rapports Coutant n° 3687 et 5149, cité par G.-H. CAMERLYNCK, *op. cit.*, « *Le licenciement discrétionnaire par le chef d'entreprise, en vertu d'une apparente et trompeuse symétrie, soulève dans ordre moral, économique et sociale, d'évidents problèmes. Comme le soulignait récemment à l'Assemblée Nationale, à l'occasion de la réforme du délai congé, le rapporteur de la Commission du travail, "il n'y a aucune commune mesure entre la « gêne » causée à l'employeur par le départ ouvriers et le « drame » que constitue pour ce dernier de la perte de son emploi" ; « la rupture du contrat de travail est spéciale parce que le contrat de travail présente une valeur particulière pour le salarié : ce dernier est la source d'un salaire, c'est-à-dire des revenus principaux d'une personne, d'un ménage, voire d'une famille ; de sorte que le risque de rupture du contrat sera bien souvent perçu comme une menace pour le salarié, son ménage ou sa famille* », Ar. MARTINON, « Le contrat de travail, laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? ». *LPA* 2012, n°238, p. 16, n°6 ; du même auteur et dans le même sens « Le salaire ». in *Les notions fondamentales du droit du travail*, B. Teyslié (dir.), éd. Panthéon-Assas, Paris, 2009, p. 161 et s.

389. Il est possible de déceler dans le déséquilibre contractuel significatif l'expression d'un pouvoir factuel. Pourtant, à lire certains auteurs, cette association serait compromise par la difficulté, sinon l'impossibilité, de cerner la notion de déséquilibre significatif²⁶⁶. L'argument serait recevable si l'on parvenait dans le même temps à déceler au sein du droit privé une allergie généralisée à cette idée d'équilibre des prestations. Or, tel n'est pas le cas, le droit contemporain des contrats se signalant par une prise en compte accrue de l'économie des engagements, notamment dans les droits de la concurrence et de la consommation. Ainsi, l'article L. 446-6 I. 2 du Code de commerce condamne au paiement de dommages-intérêts « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* » qui soumet ou tente de soumettre « *un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». De son côté, l'article L. 420-2 du Code de la consommation considère que « *dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

390. L'exemple des droits spéciaux montre que la référence à un déséquilibre significatif se démarque nettement d'une vision prospective et idéalisée du droit des obligations dans laquelle certains entendraient la cantonner²⁶⁷ : elle fait à n'en point douter partie de notre droit positif ! Le Conseil constitutionnel l'a clairement affirmé dans une récente décision du 13 janvier 2011 portant sur une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause la conformité de l'article L. 446-6 du Code de commerce à la Constitution²⁶⁸. L'un des griefs avancés par les requérants visait l'atteinte au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1798. Était ici visée la peine d'amende sanctionnant le « *déséquilibre significatif* » précité. Le Conseil constitutionnel avait rejeté l'argument, considérant « *qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà assez précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des*

²⁶⁶ Voir Ph. DÉLEBECQUE, « Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat ». *LPA* 2000, n°90, p. 22, pour qui « *il est difficile, voire impossible, de cerner cette notion de déséquilibre significatif* ».

²⁶⁷ Voir L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 336, n°104 et s., où l'auteur consacre tout un chapitre à la mise en évidence du concept d'équilibre contractuel dans l'ordre juridique renouvelé ; Voir également C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats ». *RTD civ.* 1997, p. 357.

²⁶⁸ Décision n°2010-85 QPC du 13 janvier 2011 ; Y. PICOD, « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel ». *D.* 2011, p. 415 ; A. DADOUN, « Faut-il avoir peur du “déséquilibre significatif” dans les relations commerciales ? ». *LPA* 2011, p. 17.

conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire ».

391. Depuis, l'exigence dont fait montre le droit de la concurrence ne semble pas avoir mis en péril les activités économiques et la stabilité des conventions. Il est donc permis, avec Madame Laurence Fin-Langer, de considérer que *« le contenu du contrat est composé harmonieusement et donc équilibré lorsque d'une part sur le plan quantitatif un constat de réciprocité ou de commutativité a pu être observé et d'autre part sur le plan qualitatif, il apparaît une équivalence ou même une proportionnalité entre l'ensemble de ces droits, obligations et prestations »*²⁶⁹.

392. L'objet de notre propos n'est pas de plaider pour un équilibre contractuel étendu à l'ensemble des engagements volontaires à travers un principe de proportionnalité généralisé²⁷⁰. Nous pensons simplement que la substance de l'engagement doit conduire à s'interroger sur la configuration sociale et économique qui a pu présider à l'échange des consentements, car tous les déséquilibres ne requièrent pas la même sollicitude²⁷¹. Seuls ceux qui révèlent une disparité de puissance pesant sur les parties qui la subissent, et à plus forte raison sur les personnes enserrées dans une dépendance économique traduisent ce pouvoir factuel et sont dignes d'être pris en compte par la théorie générale de l'acte juridique²⁷².

393. À l'exception des situations visées par les législations spéciales précitées²⁷³, l'individu qui dispose d'une information complète sur les caractéristiques du bien ou du service qu'il

²⁶⁹ L. FIN-LANGER, *op. cit.*, n°776.

²⁷⁰ En ce sens S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, tome 335 ; pour une approche beaucoup plus mesurée, voir D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat ». *LPA* 1998, n°177, p.12.

²⁷¹ Celui qui acquiert à prix d'or et en toute liberté la dernière version d'un appareil de communication téléphonique fabriqué à bas coûts et qui se repend de sa décision ne nous paraît pas digne de la même sollicitude que l'agriculteur intégré qui modernise ses infrastructures afin de répondre aux exigences de l'intégrateur.

²⁷² S'il préfère se référer à l'état de dépendance la notion, plus large, d'inégalité des parties, le Professeur Chazal adopte un point de vue identique dans sa stimulante thèse consacrée à la puissance économique en droit des obligations : *« qu'il soit global ou partiel, le déséquilibre constaté entre les prestations contractuelles réciproques pose le problème de l'existence du rapport de cause à effet entre ce déséquilibre et le déséquilibre manifeste existant entre les puissances économiques respectives des contractants. Le lien de causalité doit être une condition sine qua non de l'existence d'un abus de puissance économique, afin d'éviter les risques d'insécurité contractuelle qui seraient engendrés, si tout contrat comportant un déséquilibre manifeste, qu'elle qu'en soit l'origine, pouvait être remis en cause »*, J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble, 1996, n°671.

²⁷³ C. cons. art. L. 420-2 et C. com. art. L. 446-6 I. 2.

acquiert en dehors de toute contrainte économique ou d'inégalité de puissance ne saurait se prévaloir d'un déséquilibre significatif afin d'obtenir une révision du contrat²⁷⁴. L'utilité individuelle qui résulterait d'une faculté aussi largement accordée ne nous semble pas contrebalancer l'atteinte portée à la sécurité des conventions²⁷⁵. La reconnaissance du pouvoir factuel, aussi bien dans son principe qu'à travers ses modalités, poursuit un objectif sensiblement différent : elle doit encourager le législateur à donner ici au juge les outils lui permettant de s'immiscer dans la loi des parties, pour mieux contrôler les phénomènes de pouvoir dans les engagements de droit privé²⁷⁶.

²⁷⁴ Dès lors que le libre arbitre de l'agent juridique demeure intact, il faut considérer que le déséquilibre contractuel engendré par sa volonté constitue « *la rançon de la liberté* », G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e édition, 1994, n°63. Ce à quoi on pourrait toutefois répondre que cette même règle morale aurait tout autant vocation à interdire non pas le déséquilibre en lui-même, mais ses excès manifestes, indépendamment de la situation des parties à l'accord et dans le seul souci d'un droit des contrats au service d'une meilleure répartition des profits engendrés par l'échange. Cela étant, l'objectif d'une admission de la notion de dépendance économique nous engage à ménager les susceptibilités, et à limiter au strict nécessaire les affronts à la liberté contractuelle que beaucoup, tout en concédant quelques exceptions, continuent cependant de considérer comme le point de rencontre d'une certaine vision du droit privé et de leur idéal social.

²⁷⁵ F. CHÉNEDÉ « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme ». *D.* 2015, p. 1226 ; sur les difficultés de mise en œuvre d'un contrôle de l'équilibre des prestations, voir C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Nouvelles Bibliothèque de thèses, 2002, tome 19, n°11 et s.

²⁷⁶ Voir *supra*, Le renfort d'un ordre public prétorien stimulé par le droit du travail, n°233 et s.

Sous-section 2 : L'apport du droit du travail au contrôle du pouvoir dans l'engagement bilatéral

394. Nous nous attacherons ici uniquement au contrôle du pouvoir juridique. En effet, contrairement à ce dernier, l'expression du pouvoir factuel peut difficilement être réduite à l'édition d'un acte unilatéral ou à la stipulation d'une clause contenant une prérogative contractuelle. Son association au constat d'un déséquilibre contractuel, tout comme sa perception à travers l'absence de réciprocité dans l'unilatéralisme, sont certes possible, mais il faut reconnaître qu'il est difficile d'en proposer une identification *a priori* opérationnelle en droit positif. La régulation du pouvoir factuel implique davantage, à notre sens, de reconnaître au juges d'importantes marges d'appréciation dans le cadre de ce que nous avons pu associer à un ordre public prétorien²⁷⁷, comme par exemple lors de l'activation d'un standard juridique²⁷⁸.

395. En matière de contrôle du pouvoir juridique dans l'engagement bilatéral, l'apport du droit du travail se manifeste à deux niveaux. Il semble en effet que les juges du travail ne fassent pas toujours preuve de la même ambition régulatrice selon les situations soumises à leur arbitrage. Dans certaines hypothèses, le pouvoir est soumis à une exigence de proportionnalité (I), tandis que, dans d'autres, c'est l'absence d'abus dans son exercice qui est vérifiée (II)²⁷⁹. Nonobstant la technique utilisée, il apparaît que le contrôle déployé par le droit du travail affiche somme toute une portée généralement supérieure à celle observée dans les autres branches du droit privé. Pour cette raison, le droit du travail peut, croyons-nous, inspirer par sa pratique un contrôle renforcé des phénomènes de pouvoir dans l'engagement bilatéral.

²⁷⁷ Voir *supra*, *Le renfort d'un ordre public prétorien stimulé par le droit du travail*, n°233 et s.

²⁷⁸ C'est l'esprit du droit du travail marqué par une soumission de la volonté à l'ordre public. Le Professeur Radé ne manque d'ailleurs par d'y voir « *un droit moderne des contrats déséquilibrés servant de modèle à tous ceux qui cherchent dans d'autres conventions, à assurer une meilleure protection de la partie faible* », Ch. RADÉ, « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ? ». in *Le solidarisme contractuel - Mythe ou réalité ?*, L. Grynbaum (dir.), Economica, Paris 2004, p. 93.

²⁷⁹ Ce découpage répond à un objectif pédagogique, l'exigence de proportionnalité et la théorie de l'abus de droit s'articulent plus qu'ils ne s'opposent, « *l'articulation comporte un intérêt évident dès lors que la proportionnalité ne peut embrasser certains comportements constitutifs d'un abus de droit. L'éviction de la théorie de l'abus de droit reviendrait à laisser sans réparation le préjudice causé par une décision prise dans des conditions abusives mais qui seraient proportionnées au but recherché* », I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, tome 52, Paris, 2001, n°314.

I. La soumission du pouvoir à une exigence de proportionnalité

396. L'identification de phénomènes de pouvoir dans le contrat appelle en retour l'instauration de moyens de contrôle ; parmi eux le principe de proportionnalité peut jouer un rôle essentiel²⁸⁰. Les fonctions et le domaine qu'il convient de lui assigner en droit privé ne font pas l'objet d'une unité de vue. Là où des auteurs perçoivent dans la notion un moyen objectif de parvenir à un équilibre relatif des prestations²⁸¹, beaucoup se méfient d'un principe qui ouvrirait sur une révision générale et permanente des contrats, vecteur d'instabilité²⁸². L'admission d'une exigence de proportionnalité associée à la régulation du pouvoir semble en revanche bénéficier d'un plus grand consensus²⁸³. Or, c'est bien en ce sens que le droit du travail mobilise le principe afin de vérifier que l'exercice du pouvoir ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts de l'individu qui s'y trouve soumis²⁸⁴.

397. Il n'est d'ailleurs pas impossible que la discipline s'inspire en cela du droit administratif avec lequel elle partage une vision des engagements marqués par le pouvoir d'un des protagonistes²⁸⁵. Avant d'envisager la mise en application de l'exigence de proportionnalité

²⁸⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport conclusif (Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé) ». *LPA* 1998, p. 69, voyant dans le refus des phénomènes de pouvoir en droit privé « une explication de la résistance doctrinale au principe de proportionnalité en droit des contrats ».

²⁸¹ « Prescrire la proportionnalité d'une clause ou d'un contrat, c'est satisfaire l'exigence d'"un équilibre relatif". Aussi tout notre effort de conceptualisation consistera-t-il quand la compréhension de "cet" équilibre et de "cette" relation. La proportionnalité permet d'instaurer un équilibre qui ne mène pas à une équivalence stricte mais plutôt à une recherche du raisonnable, autrement dit à la découverte de justes proportions. Tout en restant proche de sa philosophie d'un mécanisme d'équité, il s'en éloigne par son objectivité », S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, tome 335, 2000, p. 6.

²⁸² N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat ». *LPA* 1998, n°117, p. 21 ; à la question de savoir s'il existe un principe de proportionnalité au stade de la formation du contrat, le Professeur Denis Mazeaud répond par la négative, « non pas que l'on se satisfasse de voir des contrats profondément déséquilibrés se former, s'exécuter et s'éteindre comme si de rien n'était, mais parce que notre droit positif recèle déjà de concepts qui suffisent à lutter contre ce fléau », D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat ». *LPA* 1998, n°117, p. 12.

²⁸³ « Ce n'est que dans une perception différente du contrat, conçu comme un outil de domination et donc de déséquilibre, perçu à travers l'échange économique qu'il permet et donc en prise avec les fluctuations que son environnement lui fera subir, que la proportionnalité devra être assurée par l'élimination de la volonté et son remplacement par des critères objectifs », N. MOLFESSIS, *op. cit.*, p. 21.

²⁸⁴ « Le problème de la proportionnalité n'est pas véritablement celui de son caractère techniquement adapté. L'essentiel repose sur la question de savoir jusqu'où on entend régir les relations entre particuliers, quelle est la marge d'autonomie que la règle de droit entend laisser à leur libre appréciation. Le défi que doit relever aujourd'hui la proportionnalité est celui de sa légitimité qui passe par la détermination de ses limites », I. CORNESSE, *op. cit.*, n°592.

²⁸⁵ X. LAGARDE, « La nature juridique de la cause du licenciement ». *JCP* 2000, I, p. 1654, n°14, « il se pourrait que la mise en œuvre en droit social d'un contrôle de proportionnalité soit caractéristique, non pas de sa publicisation progressive, mais de ce que [le droit du travail] a entre autres pour objet de régler une question

en droit du travail (B), dans l'optique de sa diffusion à d'autres types de rapports juridiques de droit privé, il convient d'en préciser le sens (A).

A. La signification de l'exigence de proportionnalité

398. Selon les auteurs, la proportionnalité renvoie tour à tour un équilibre raisonnable²⁸⁶, une juste mesure²⁸⁷ ou encore une harmonisation des intérêts²⁸⁸. Dans l'optique d'un encadrement des phénomènes de pouvoir, la notion ne doit pas être entendue dans son acception mathématique centrée autour de l'équilibre des prestations²⁸⁹. Elle constitue davantage, aux termes de la définition proposée par le Professeur Behar-Touchais, « *un principe de juste mesure, qui met en œuvre une proportionnalité finalisée, et non pas seulement mathématique, par rapport aux objectifs légitimes poursuivis, ou à ceux que l'on devrait poursuivre, et qui impose tantôt une proportionnalité stricte, tantôt une proportionnalité relative, consistant en la sanction des seuls excès manifestes* »²⁹⁰.

399. Le contrôle de proportionnalité se démarque ainsi de la théorie dite du « bilan coût/avantage » incarnée par l'arrêt *Ville nouvelle Est* rendu par le Conseil d'État le 28 mai 1971²⁹¹. Tel que l'expose le Professeur Fromont, par la technique du bilan, le juge ne recherche pas de l'existence d'une certaine proportionnalité entre les atteintes portées aux droits des individus et le but poursuivi. Il s'assure davantage de l'existence d'un réel intérêt public, lequel doit résulter du solde positif produit par la comparaison entre tous les

commune au droit public et au droit privé. Cette question serait celle du pouvoir qui, pour être assurément au cœur du droit public, n'en est pas moins présente en droit privé ».

²⁸⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil - Introduction - Les personnes - La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Quadrige, Paris, 27^e éd., 2004, n°53.

²⁸⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif (Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé) ». *LPA* 1998, n°117, p. 7.

²⁸⁸ I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, 2001, tome 52, n°3 ; voir aussi B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations de travail*, Dalloz, Nouvelles Bibliothèque de thèse, Paris, 2009.

²⁸⁹ I. CORNESSE, *op. cit.*, n°25, faisant justement observer que des auteurs distinguent entre les termes proportionné et proportionnel, « *le premier s'entend "du caractère pondéré" de la décision, il impose une exigence de mesure de la décision au regard du tout, c'est-à-dire une exigence de mesure au regard de la fin poursuivie. Le second relève d'une confrontation des termes du contrat entre eux, il impose une exigence d'équilibre des prestations. La trilogie "situation-décision-finalité" cède alors la place à une approche binaire de la proportionnalité* ».

²⁹⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, *op. cit.*, p. 7.

²⁹¹ CE 28 mai 1971 *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville nouvelle Est"*, *Rec. Lebon* p. 409 ; M. LONG, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, B. GENEVOIS, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 19^e éd., 2013, n°73.

inconvenients présentés par la mesure (atteintes à des droits, atteintes à des intérêts publics autres que celui visé par la mesure, coût financier) et l'avantage obtenu par la promotion de l'intérêt public visé par la mesure²⁹². En somme, la théorie du bilan met en oeuvre un simple contrôle de l'intérêt public²⁹³, tout en ne sanctionnant que l'erreur manifeste d'appréciation²⁹⁴.

400. Concrètement, l'exigence de proportionnalité repose plus volontiers sur le triptyque suivant : « *il doit s'établir un rapport de justes proportions entre la situation, la finalité et la décision* »²⁹⁵. La décision doit ainsi être proportionnée à la finalité en fonction des éléments donnés par la situation. Pour chaque situation l'ampleur de la décision prise doit être déterminée en fonction de sa finalité. C'est à partir de la confrontation des moyens à la fin que se révèle la disproportion. La situation intervient comme élément transversal. La prise en compte des circonstances devient alors essentielle²⁹⁶. L'exercice du pouvoir trouve rapidement ses limites lorsqu'il porte atteinte à un droit ou une liberté fondamentale, comme par exemple avec la stipulation d'une clause de non-concurrence qui a pour effet de limiter la liberté du travail du salarié²⁹⁷. C'est très précisément ce à quoi veille l'article L. 1121-1 du Code du travail.

401. La pertinence de l'article L. 1121-1 tient au fait qu'en exigeant que les mesures liberticides soient « *justifiées par la nature de la tâche à accomplir* », le contrôle de proportionnalité se double de ce que l'on peut appeler un contrôle de justification²⁹⁸. En effet, non seulement la restriction « *aux droits des personnes et aux libertés individuelles et*

²⁹² M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité ». *AJDA* 1995, p. 164.

²⁹³ M. FROMONT, *ibidem*.

²⁹⁴ CE 28 mars 1997, *Malafosse et autres*, *RDP* 1997, p. 1432, note J. WALINE.

²⁹⁵ G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité ». in *Mélanges Waline*, LGDJ, Paris, 1974, p. 298, « *une sanction doit être rapprochée à la fois de la faute qui la justifie et des objectifs de la répression disciplinaire ; de même, la gravité d'une mesure de police qui porte atteinte à la liberté fondamentale s'apprécie par rapport à la situation à laquelle il s'agit de faire face et à l'importance relative reconnue aux nécessités du maintien de l'ordre. C'est donc à l'ensemble situation-décision-finalité que s'applique le principe de proportionnalité* ».

²⁹⁶ I. CORNESSE, *op. cit.*, n°15.

²⁹⁷ « *le recours à la proportionnalité ne peut légitimer, la restriction à un droit ou à une liberté fondamentale, que lorsque celle-ci ne réalise qu'une limitation partielle et non totale de ces droits et libertés* », I. CORNESSE, *op. cit.*, n°182 ; voir par exemple, Cass. soc. 18 décembre 1997, n°95-43409, rappelant qu' « *une clause de non-concurrence peut valablement interdire toute activité dans une entreprise concurrente, dès l'instant qu'elle est nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et qu'elle n'empêche pas le salarié de retrouver un autre emploi, compte tenu de sa formation et de son expérience professionnelle* ».

²⁹⁸ « *Le contrôle des décisions comporte deux étapes. La première consiste à s'assurer que les motifs justifient la prise de décision afin de préserver l'intérêt de l'entreprise, intérêt dont il conviendra en outre dans chaque cas d'examiner la légitimité et l'objectivité. La seconde étape du contrôle applique à vérifier que le contenu de l'acte pris correspond à la réalisation de ce but* », I. CORNESSE, *op. cit.*, n°206.

collectives » ne doit pas excéder le niveau requis pour satisfaire sa finalité, mais le juge vérifie que la mesure litigieuse est justifiée, autrement dit, si elle « *peut se prévaloir d'un motif légitime* »²⁹⁹. La clause de résidence, par exemple, ne peut légitimement restreindre le libre choix du domicile que si ce dernier compromet les intérêts de l'entreprise. Ainsi, la Cour de cassation a jugé nulle la clause de résidence d'un couple de gardiens d'immeubles dès lors que « *les salariés pouvaient exécuter les tâches qui leur étaient confiées, tout en résidant à l'extérieur des lieux de travail* »³⁰⁰.

402. Cependant, le fait que la mesure liberticide intervienne pour éviter un trouble n'est pas suffisant³⁰¹. La restriction n'est en effet justifiée que dans la mesure où elle présente un degré suffisant de nécessité. Par exemple, le Conseil d'État estime que l'ouverture et la fouille des armoires individuelles des salariés de l'entreprise situées dans les vestiaires n'est possible, « *que si ce contrôle est justifié par les nécessités de l'hygiène ou de la sécurité* »³⁰². Parfois, la jurisprudence va plus loin et exige que l'entrave aux libertés du salarié soit indispensable³⁰³. Ainsi, la validité de la clause d'exclusivité, ou de la clause de non-concurrence³⁰⁴, est subordonnée à la preuve que celle-ci est « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché* »³⁰⁵.

403. En définitive, cette évaluation de la justification de la décision constitue un filtre supplémentaire, et bienvenu, qui s'adjoint au contrôle de proportionnalité. Une mesure administrative peut ainsi être proportionnée et pourtant inefficace³⁰⁶. Pour être bien comprise, la proportionnalité doit être replacée dans un ensemble plus vaste composé de notions

²⁹⁹ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°660.

³⁰⁰ Cass. soc. 13 avril 2005, *Bull. civ. V*, n°134, *Dr. soc.* 2005, obs. J. SAVATIER.

³⁰¹ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *ibidem*.

³⁰² CE 8 juillet 1988, *Société Comptoir Lyon Alemand*, *D.* 1990, somm. 134, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT.

³⁰³ Les deux termes ne revêtent pas tout à fait la même signification. Selon le Littré, l'indispensable est ce « *dont on ne peut se dispenser, se passer* », tandis que le nécessaire « *se dit de ce qui est considéré comme logiquement, naturellement lié à* » l'opération envisagée.

³⁰⁴ Cass. soc. 10 juillet 2002, *Bull. civ. V* n°239, « *une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* », *D.* 2002, somm. p. 2491, note Y. SERRA ; *JCP E* 2002, 1511, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

³⁰⁵ Cass. soc. 11 juillet 2000, *Bull. civ. 2000, V*, n° 276 et 277, *RJS* 2000, n° 1155 ; *Dr. soc.* 2000, p. 1141, obs. J. MOULY.

³⁰⁶ M. GUIBAL, « De la proportionnalité ». *AJDA* 1978, p. 478.

voisines³⁰⁷. En ce sens, le Professeur Guibal lui accole les notions de nécessité de celles de rationalité et de moralité. Selon lui, la nécessité concernerait le principe de l'action, la proportionnalité en concernerait les modalités³⁰⁸. L'affirmation est tout aussi pertinente en droit privé : lorsque on exige une proportionnalité stricte, absolue, parce qu'elle vient arbitrer un conflit entre valeurs fondamentales ou intérêts divergents, la nécessité nous paraît être une composante de la proportionnalité³⁰⁹. Le Professeur Behar-Touchais rappelle ici que la clause du règlement intérieur imposant une fouille des salariés, attentatoire à leur vie privée, ne sera valable, entre autres conditions, que si la fouille était une mesure nécessaire³¹⁰. Mais c'est déjà aborder la question de la mise en application de l'exigence de proportionnalité.

B. La mise en application de l'exigence de proportionnalité

404. La mise en application de l'exigence de proportionnalité, telle que la suggère le droit du travail, permet de mieux appréhender l'exercice du pouvoir juridique. Elle renforce ainsi le contrôle de l'exercice du pouvoir disciplinaire (1), tout comme celui de la validité des clauses de sujétion (2).

1. L'exigence de proportionnalité dans l'exercice du pouvoir disciplinaire

405. L'encadrement de l'exercice du pouvoir disciplinaire par le principe de proportionnalité se manifeste à deux égards, à la fois au titre du contrôle du contenu du règlement intérieur (a) et lors de la prise d'une sanction disciplinaire (b). Dans ces deux hypothèses³¹¹, l'apport du droit du travail se signale par la mobilisation d'une exigence de proportionnalité au service de

³⁰⁷ M. GUIBAL, *ibidem*.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif (Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé) ». *LPA* 1998, n°117, p. 7.

³¹⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, *ibidem* ; remarquons toutefois, avec Madame Le Gach-Pech, que « *ce contrôle de la nécessité a cependant une portée limitée. Il signifie que la gravité de la sanction doit pouvoir se justifier par un manquement effectif mais n'impose pas son adaptation. Autrement dit, le juge n'est pas en principe tenu de moduler la sanction en fonction de la gravité du manquement* », S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, tome 335, n°25.

³¹¹ Qui recouvrent les deux types situations dans lesquelles le Professeur Lokiec envisage un contrôle du pouvoir de l'employeur, P. LOKIEC, *Droit du travail, tome 1 : Les relations individuelles de travail*, PUF, Paris, 1^{re} éd., 2011, n°177 et s.

la régulation d'un pouvoir disciplinaire. Or, celui-ci, nous allons le voir, ne se manifeste pas seulement dans le cadre de la relation de travail³¹².

a. L'exigence de proportionnalité au service du contrôle de la légalité du règlement intérieur

406. La conclusion du contrat de travail marque l'entrée du salarié dans un groupement privé. Ce dernier est dominé par l'autorité de l'employeur qui fixe, pour partie³¹³, les règles de vie dans l'entreprise³¹⁴. De la nécessité d'adopter un règlement intérieur dans les entreprises ou établissements employant habituellement au moins vingt salariés³¹⁵, à la présence d'un contenu obligatoire³¹⁶, en passant par la prescription d'une procédure d'élaboration concertée³¹⁷, le pouvoir de l'employeur s'exerce sous haute surveillance³¹⁸. Cela n'empêche pas cependant que l'édiction du règlement intérieur, véritable « *acte réglementaire de droit privé* »³¹⁹, puisse être regardée comme l'expression d'un pouvoir disciplinaire. En effet, bien que la notion de discipline demeure parfois imprécise³²⁰, la majorité de la doctrine s'accorde néanmoins pour y associer les dispositions visant à régir le comportement des salariés afin de faire respecter le bon ordre dans l'établissement, les règles qui concernent le contrôle et la surveillance des salariés ou encore la liste des sanctions encourues³²¹. Sur ces questions, l'employeur est *a priori* libre du choix des règles³²² ; son pouvoir réside alors dans la capacité

³¹²Voir déjà au début du siècle dernier, J. BERTHE de la GRESSAYE, A. LEGAL, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938,

³¹³Dès lors qu'aux termes des articles L. 1321-1 et suivants du Code du travail, une grande partie du contenu du règlement intérieur est imposée par le législateur.

³¹⁴« *Les règles régissant l'ensemble des travailleurs d'une entreprise sont nécessairement communes et exclusives d'une discussion dans chaque cas individuel. Elles s'apparentent aux règlements émanant d'une autorité publique* », P. LAROQUE, « Contentieux social et juridiction sociale », *Dr. soc.* 1954, p. 274.

³¹⁵C. trav. art. L. 1311-2.

³¹⁶Parmi lesquelles, les règles relatives à l'hygiène et à la sécurité, aux droits de la défense des salariés ou encore aux harcèlements moral et sexuels, pour ne prendre que ces exemples parmi les prescriptions de l'article L. 1332-1 du Code du travail.

³¹⁷C. trav. art. L. 1321-4 et s.

³¹⁸Sur ce point voir P. LOKIEC, *op. cit.*, n°180 et s. ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°726 et s.

³¹⁹Cass. soc. 25 septembre 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 25, note J. SAVATIER.

³²⁰Par exemple J.-M. BÉRAUD, « La discipline dans l'entreprise ». in *Mélanges Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 1989, p. 161 ; voir également G. AUZERO, E. DOCKÈS, *op. cit.*, n°728 posant la question de la qualification et de la place dans le règlement intérieur « *des instruments de type déontologique – chartes d'éthique, codes de conduite, disposition instituant un système d'alerte sur certaines pratiques détectées par les salariées – aujourd'hui introduits par nombre de directions* ».

³²¹G. AUZERO, E. DOCKÈS, *ibidem*.

³²²P. LOKIEC, *op. cit.*, n°182.

d'initiative et les marges de manœuvres qui sont les siennes, au moment d'arrêter les dispositions censées garantir la discipline nécessaire au bon fonctionnement de l'entreprise³²³.

407. Toutefois, ce pouvoir ne s'exerce que dans les limites fixées par le législateur. La légalité du règlement intérieur fait ainsi l'objet d'un double contrôle, à la fois par le juge administratif et par le juge judiciaire. En vertu de l'article L. 1322-1 du Code du travail, le juge administratif peut ordonner le retrait des clauses qu'il estime étrangères au domaine du règlement intérieur, ou illégales³²⁴, ou bien exiger la modification des dispositions contraires aux articles L. 1321-1 et L. 1321-6 du Code du travail. Le juge judiciaire contrôle également la légalité du règlement intérieur en vérifiant, conformément à l'article L. 1321-3 2° du Code du travail, qu'il ne comporte pas de « *dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* »³²⁵. Sur ce fondement, doivent par exemple satisfaire à une exigence de proportionnalité les dispositions du règlement intérieur qui autorisent un contrôle de l'alcoolémie des salariés³²⁶, ou qui portent atteinte à leur liberté d'aller et venir³²⁷.

408. Le potentiel régulateur de l'article L. 1321-3 2° du Code du travail est tel, que l'on peut légitimement envisager l'introduction d'instruments de contrôle équivalents dans les autres branches du droit où s'exprime, à l'identique, un pouvoir disciplinaire. En effet, comme le constate le Professeur Supiot, « *le paradoxe est qu'aujourd'hui la protection de la vie privée du citoyen semble beaucoup mieux assurée dans l'entreprise que dans la cité (...). On s'achemine peut être vers une démarche inverse, où il faudrait diffuser dans la cité des*

³²³ Selon Hauriou, « *le droit disciplinaire est constitué par l'ensemble des actes juridiques et des règles émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose* », M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Dalloz, Paris, 2010, p. 128. Cette définition est particulièrement révélatrice des pouvoirs accordés à l'organe chargé de maintenir la discipline dans le groupement donné.

³²⁴ Par exemple, CE 9 décembre 1994, n°119233, *RJS* 1995, n°129, où le Conseil d'État estime que l'interdiction faite à des caissières d'accepter le passage de clients membres de leur famille porte atteinte aux droits des personnes.

³²⁵ Sur la conciliation à opérer voir notamment Ph. WAQUET, « Libertés et contrat de travail ». *RJS* 2009, p. 347.

³²⁶ Cass. soc. 22 mai 2002, *Bull. civ.* V, n°176, *RJS* 2002, n°1233, en l'espèce la clause avait été déclarée licite, « *dès lors, d'une part, que les modalités de ce contrôle en permettent la contestation, d'autre part, qu'eu égard à la nature du travail confié à ce salarié, un tel état d'ébriété est de nature à exposer les personnes ou les biens à un danger, de sorte qu'il peut constituer une faute grave* ».

³²⁷ Cass. soc. 1^{er} juin 1994, n°91-40695, *RJS* 1994, n°514, la Cour de cassation prononce l'illicéité d'une clause interdisant aux salariés d'un hôtel l'utilisation d'un parking voisin de l'entreprise et situé sur le domaine public.

libertés garanties dans l'entreprise »³²⁸. Il est vrai que les situations ne manquent pas où un individu se voit investi de prérogatives juridiques dans l'intérêt du groupement privé dont il est le représentant. Nombreuses sont les structures, telles les sociétés civiles ou commerciales, les copropriétés, les coopératives, les ordres professionnels – médecins, avocats, experts-comptables, notaires etc. – ou encore les associations, dont le bon fonctionnement repose sur l'édiction de règlements intérieurs ou internes, donnant lieu à l'exercice d'un pouvoir disciplinaire.

409. Pourtant, hormis les cas où le législateur est venu leur imposer un contenu obligatoire³²⁹, la légalité des dispositions arrêtées par ces actes réglementaires s'apprécie au regard du droit commun des contrats³³⁰. Autrement dit, en dehors du droit du travail le contenu du règlement intérieur ne rencontre pas, en droit interne³³¹, d'autres limites que le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs de l'article 6 du Code civil. Il n'est alors pas nécessaire de se livrer à un inventaire exhaustif des décisions rendues sur ce fondement, pour comprendre qu'il ne permet pas au juge de protéger les droits des personnes et les libertés individuelles et collectives aussi efficacement que le fait l'article L. 1321-3 2° du Code du travail.

³²⁸ « *Le paradoxe est qu'aujourd'hui la protection de la vie privée du citoyen semble beaucoup mieux assurée dans l'entreprise que dans la cité : notre banquier peut tout savoir ou presque de notre vie, sans même savoir à nous informer préalablement de l'exploitation des relevés de votre carte de crédit ; et il n'est en rien soumis à des contraintes du type de celles qui pèsent sur l'employeur désireux de surveiller les dépenses enregistrées par son autocommutateur téléphonique. En matière de liberté, l'histoire du droit du travail était jusqu'à présent celle d'une pénétration dans l'entreprise des libertés garanties dans la cité. On s'achemine peut être vers une démarche inverse, où il faudrait diffuser dans la cité des libertés garanties dans l'entreprise* », A. SUPLOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Editions du Seuil, Paris, 2005, p. 214.

³²⁹ Comme par exemple avec la loi du 10 juillet 1965 et le décret du 17 mars 1967 relatifs aux règlements de copropriété ; dans le même sens, l'article R. 422-64 du Code de l'environnement impose aux associations communales de chasse agréées de faire figurer dans leur règlement intérieur plusieurs mentions obligatoires encadrant la pratique des loisirs cynégétiques ; pareillement, en vertu du décret n°93-1059 du 3 septembre 1993 relatif aux règlements disciplinaires des fédérations participant à l'exécution d'une mission de service public, les fédérations sportives peuvent élaborer leurs règlements disciplinaires dans la limite de leur conformité à un règlement type d'origine étatique.

³³⁰ « *Le pouvoir disciplinaire est librement consenti et borné par les statuts de la convention* », M. DEGOFTE, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, Paris, 2000, n°59 ; comp. F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite... ». *RTD civ.*1995, p. 523, considérant que « *l'adhésion au code est volontaire et par voie de conséquence, la force obligatoire de celui-ci, ne peut être que celle d'une convention (...)* ».

³³¹ Il est toujours loisible au juge de procéder à un contrôle de la conventionalité des dispositions litigieuses d'un règlement intérieur, voir par exemple, à propos de l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux organismes disciplinaires non juridictionnels, J. MORET-BAILLY, *Les institutions disciplinaires*, Arrêt sur Recherches, n°4, Mission de recherche Droit et Justice, octobre 2003, p. 149.

410. C'est la raison pour laquelle il serait souhaitable, selon nous, que le législateur introduise dans le titre 3 du livre 3 du Code civil une disposition équivalente, au service d'un encadrement plus rigoureux du pouvoir exprimé dans les actes réglementaires de droit privé. Aussi, l'alinéa 2 de l'article 1102 du projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats, contrairement à l'ordonnance du 10 février 2016, nous paraissait aller dans le bon sens en disposant que « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché* ». Une proposition similaire pouvait également être faite s'agissant de la mobilisation du principe de proportionnalité au service d'un contrôle renforcé des sanctions disciplinaires.

b. L'exigence de proportionnalité au service du contrôle des sanctions disciplinaires

411. L'identification du fondement du pouvoir disciplinaire de l'employeur, dont la capacité à prononcer des sanctions est l'une des manifestations, a fait l'objet de débats particulièrement nourris au sein de la doctrine³³². Cependant, comme le souligne le Professeur Lokiec, la question a perdu de son intérêt, depuis que le législateur entrepris de forger un véritable droit disciplinaire³³³. L'article L. 1333-2 du Code du travail occupe une place centrale dans ce dispositif d'encadrement du pouvoir disciplinaire³³⁴. Il permet en effet au Conseil de prud'homme d'annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise. Le Conseil n'est d'ailleurs pas tenu par les dispositions du règlement intérieur établissant, *a priori*, une échelle de sanctions corrélées à certains types de comportements³³⁵.

³³² Pour une présentation des thèses en présence, M. GERMAIN, R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé ». in *Mélanges Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 397, observant qu'il « *peut sembler paradoxal de rattacher ainsi le pouvoir disciplinaire au courant contractualiste alors que ce pouvoir est généralement relié de manière mécanique à l'idée d'institution. Cependant, la théorie institutionnelle n'a jamais pu fournir de clés explicatives ni de principes directeurs suffisants pour résoudre les problèmes juridiques liés au fonctionnement des groupements autrement que par le recours au législateur* » ; voir également Ph. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, Paris, 1998, tome 38.

³³³ P. LOKIEC, *Droit du travail, tome 1 : Les relations individuelles de travail*, PUF, Paris, 1^{re} éd., 2011, n°187.

³³⁴ Pour une présentation d'ensemble du droit disciplinaire, voir A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, n°151 et s. ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°749 et s.

³³⁵ Pour un exemple récent Cass. soc. 9 juillet 2014, n°13-17805.

412. Ce souci de contrôler l'adéquation de la sanction à la gravité du comportement fautif n'est pas spécifique à la relation de travail. Il est admis que l'exercice d'un pouvoir disciplinaire ne se cantonne pas à la communauté des salariés de l'entreprise et se retrouve dans les sociétés, les associations ou encore les ordres professionnels³³⁶. Or, il est permis de penser qu'au sein de ces groupements privés, le contrôle des mesures disciplinaires est loin de garantir une proportionnalité de la sanction à la gravité des faits incriminés.

413. Pour commencer, les auteurs qui affirment le contraire raisonnent exclusivement sur des hypothèses où la sanction est synonyme d'exclusion³³⁷, ce qui réduit de manière significative la portée de leur analyse en laissant de côté toutes les situations dans lesquelles la sanction ne conduit pas à de pareilles extrémités³³⁸. Mais surtout, même en cas d'exclusion, il ne nous semble pas possible de prétendre que les garanties offertes au destinataire de la sanction comprennent la réalisation d'un contrôle de la proportionnalité. En matière de sociétés à capital variable, pour ne prendre que cet exemple³³⁹, la jurisprudence de la chambre commerciale conduit ainsi à observer qu'hormis la vérification des modalités d'exclusion, essentiellement autour du respect du contradictoire³⁴⁰, le rôle du juge se limite simplement à la recherche d'un éventuel abus de droit lors du prononcé de la sanction³⁴¹. Il en va de même au sein des autres groupements privés précités.

414. La faible portée du contrôle juridictionnel opéré en matière de sanction disciplinaire s'explique moins par un manque d'audace, que par l'insuffisance, pour ne pas dire l'absence, d'instruments de régulation adaptés en droit interne. On peut alors penser, avec le Professeur Gaillard, que le législateur gagnerait à s'inspirer du droit du travail, pour mieux encadrer cette manifestation du pouvoir disciplinaire dans les autres branches du droit, lorsque celles-ci régissent le fonctionnement de groupements privés où s'expriment des rapports d'autorité.

³³⁶ M. GERMAIN, R. VATINET, *op. cit.*

³³⁷ M. GERMAIN, R. VATINET, *op. cit.* n. p. 413, considérant qu'« un principe général d'équilibre – ou de proportionnalité ou encore de limite des excès selon les différentes terminologies employées – apparaît nettement dans les décisions rendues sur des hypothèses d'exclusion, où le degré de gravité de la faute est vérifié, gravité suffisante pour justifier la mesure prise ».

³³⁸ Précisions toutefois que l'exigence de proportionnalité posée par l'article L. 1333-2 du Code du travail est expressément écartée par l'article L. 1333-3 du même Code lorsque la mesure disciplinaire consiste en un licenciement.

³³⁹ P. PAILLER, J.-Cl., Sociétés Traité, Fasc. 167-10 : SOCIÉTÉ À CAPITAL VARIABLE - Règles communes à toutes les sociétés à capital variable, 15 janvier 2013, n°58

³⁴⁰ Voir *infra*, La soumission du pouvoir décisionnel au contradictoire dans les contrats-organisation, n°767 et s.

³⁴¹ Par exemple, Cass. com. 21 octobre 1997, *Bull. civ. IV*, n°281, *RTD com.* 1998, p. 169, note B. PETIT ;

Observant l'article L. 1333-2 du Code du travail, l'auteur fait ainsi valoir que « *le droit spécial fournit (...) au droit commun un point d'ancrage à partir duquel le contrôle de l'inadéquation grossière de la sanction à la faute pourrait se développer dans d'autres matières* »³⁴². Nous souscrivons totalement à son analyse qui ouvre la voie à un meilleur encadrement des phénomènes de pouvoir en droit privé. Suivant cette logique, il convient également d'encourager l'affirmation d'une exigence de proportionnalité lors du contrôle de la validité des clauses de sujétion.

2. L'exigence de proportionnalité dans la validité des clauses de sujétion

415. L'exigence de proportionnalité proposée par le droit du travail peut conduire soit à l'annulation de la clause de sujétion (a), soit à sa réfaction (b).

a. Proportionnalité et annulation de la clause de sujétion

416. Sur le fondement de l'article L. 1121-1 du Code du travail les juges du travail peuvent annuler les clauses de non-concurrence³⁴³, d'exclusivité³⁴⁴, de dédit-formation³⁴⁵ ou encore de résidence³⁴⁶, qui portent une atteinte disproportionnée à la liberté du travail du salarié, à sa vie privée et familiale ou au libre choix de son domicile³⁴⁷. « *Ce qui est remarquable dans ce texte, relève le Professeur Radé, est d'ailleurs que la loi ne pose pas un principe général de prohibition mais impose une conciliation qui ne condamne pas nécessairement les clauses du contrat mais les subordonne à un critère justiciable de nécessité et de proportionnalité* »³⁴⁸.

417. La logique conciliatrice qui ressort de l'article L. 1121-1 n'a pas manqué d'attirer l'attention des auteurs favorables à une exigence de proportionnalité dans le contrôle de la validité des clauses de sujétions. Pour le Professeur Lokiec, ce texte pourrait ainsi inspirer une

³⁴² E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Études et Recherches, Paris, 1985, n°212.

³⁴³ Cass. soc. 18 septembre 2002, *Bull. civ. V*, n°273, *SSL* 2002, p. 6, note F. FAVENNEC-HÉRY.

³⁴⁴ Cass. soc. 11 mai 2005, *Bull. civ. V*, n°161, *JCP S* 2005, p. 22, note J.-F. CESARO.

³⁴⁵ Cass. soc. 21 mai 2002, *Bull. civ. V*, n°169, *Dr. Soc.* 2002, p. 902, note J. SAVATIER.

³⁴⁶ Cass. soc. 12 juillet 2005, *Bull. civ. V*, n°241, *JCP E* 2005, p. 2012, note G. AUZERO.

³⁴⁷ Rappelons que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* » ; sur ce point voir J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité ». *D.* 1999, p. 645.

³⁴⁸ Ch. RADÉ, « La figure du contrat dans le rapport de travail ». *Dr. soc.* 2001, p. 804.

règle générale applicable à l'ensemble des actes juridiques de droit privé³⁴⁹, et qui serait rédigée de la manière suivante : « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas proportionnées au but recherché* »³⁵⁰. Sous certains aspects, cette suggestion reçoit d'ailleurs un écho favorable au sein d'une partie de la doctrine civiliste attachée à une réforme du droit des contrats. L'article 59 du rapport Terré, de l'Académie des sciences morales et politiques³⁵¹, dispose ainsi que le contrat ne peut, par son contenu, « *porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime* »³⁵². L'alinéa 2 de l'article 1102 du projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie allait d'ailleurs dans le même sens, avant que l'ordonnance du 10 février 2016 n'opte pour une autre rédaction. S'il n'est évidemment pas possible de déceler avec certitude une influence travailliste sur la rédaction de ces deux textes, il reste néanmoins difficile de ne pas relever d'importantes similitudes avec la formule de l'article L.1121-1 du Code du travail³⁵³.

418. Il est vrai que les droits et libertés protégés par le Code du travail ont potentiellement vocation à pouvoir être invoqués dans d'autres relations³⁵⁴, bien au-delà du seul contrat de travail. Plus largement, on pourrait d'ailleurs voir dans cette proportionnalité invalidante³⁵⁵, un instrument permettant la restauration d'une volonté intègre³⁵⁶, et ce, en particulier, dans les situations où le rapport de force déséquilibré qui préexiste à la formation du contrat rejaillit sur son contenu. L'introduction d'une disposition semblable à l'article L. 1121-1 du Code du travail dans les autres branches du droit, appelées à encadrer la validité des clauses de sujétion, permettrait de renforcer le contrôle de ces dernières sous l'égide d'un principe de

³⁴⁹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 2004, tome 408, n°311, n°325.

³⁵⁰ P. LOKIEC, *ibidem*.

³⁵¹ F. TERRÉ, (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz, Paris, 2009.

³⁵² Sur ce point voir D. HOUTCIEFF, « Le contenu du contrat ». in F. Terré, *op. cit.*, p. 183.

³⁵³ Subodorant une inspiration travailliste dans les termes de cet article 59, Y. PAGNERRE, « L'intérêt de l'entreprise en droit du travail ». in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Paris, Economica, 2011, pp. 63-120, n°169..

³⁵⁴ A. LYON-CAEN, I. VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Mélanges Verdier*, Dalloz, Paris, 2000, p. 411, cités par L. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2011, tome 104, n°26.

³⁵⁵ « (...) chaque fois [que] le principe de proportionnalité va permettre un certain nombre d'atteintes qui, sans cela, aurait été interdite », M. BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif (Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé) ». *LPA* 1998, p. 9.

³⁵⁶ N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat ». *LPA* 1998, n°117, p. 25.

proportionnalité. Seraient ainsi concernées les clauses d'exclusivité, d'assortiment minimum³⁵⁷, de non-réinstallation ou de dédit pour ne citer qu'elles³⁵⁸.

419. Le cas de la clause de non-concurrence mérite un traitement particulier. En effet, l'exigence de proportionnalité à laquelle est subordonnée sa validité n'est pas propre au droit du travail³⁵⁹. Elle est également présente dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, notamment en matière de mandat social³⁶⁰ ou de contrat de franchise³⁶¹, et figure dans quelques arrêts de la première chambre civile³⁶². À chaque fois, les juges considèrent que la clause de non-concurrence doit être limitée dans le temps et dans l'espace et proportionnée aux intérêts légitimes à protéger³⁶³. S'il est possible d'envisager un apport du droit du travail à l'encadrement de ce type de sujétion³⁶⁴, ce n'est donc pas tant sur le terrain de la proportionnalité, que du point de vue de l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence. Or, il faut bien reconnaître que malgré les incitations d'une partie de la doctrine³⁶⁵, la chambre commerciale refuse toujours d'y voir une condition de validité de la clause³⁶⁶.

420. La différence d'approche pourrait tenir, selon le Professeur Baugard, à « l'intuition selon laquelle les restrictions contractuelles portées à la liberté d'entreprendre pourraient être jugées moins graves et contraignantes que celles qui concernent les salariés, parce que ces

³⁵⁷ Souvent présentes dans les contrats de franchise de la grande distribution alimentaire, ces clauses imposent au franchisé d'acheter à son franchiseur un type de produit déterminé par lui et que seul ce dernier peut modifier tout au long de la relation.

³⁵⁸ Voir *supra*, *Prérogatives contractuelles et clauses de sujétion*, n°364 et s.

³⁵⁹ A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – Influences croisées (1988-2003) ». in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, J. Krynen et M. Hecquard-Theron (dir.), PU Toulouse, 2005, p. 151, p. 163.

³⁶⁰ Cass. com. 11 mars 2014, n° 12-12074.

³⁶¹ Cass. com. 23 septembre 2014, n° 13-20454.

³⁶² Cass. civ. 1^{re} 11 mai 1999, *Defrénois*, 1999, art 37041, n°71, note D. MAZEAUD ; CCC 1999, comm. n°137, L LEVENEUR.

³⁶³ Pour un état des lieux de la jurisprudence commerciale, M. CHAGNY, J.-L. FOURGOUX, « Les clauses de non-concurrence, approche pratique ». *RLDA* 2012, n°68.

³⁶⁴ Tout comme le salarié voit sa liberté de travailler restreinte par la clause de non-concurrence, le dirigeant social voit se réduire ses possibilités d'exercer une activité professionnelle ; le franchisé se voit quant à lui dépossédé de sa clientèle ce qui n'est pas sans conséquence sur sa liberté d'entreprendre une activité économique nouvelle.

³⁶⁵ Notamment M. PÉDAMON, H. KENFACK, *Droit commercial*, Dalloz, Paris, 3^e éd., 201, n°824 ; Ch. JAMIN, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise ». *D.* 2003, p. 2878 ; voir également A. MARTINON, « Vers une harmonisation des jurisprudences sociale et commerciale ? À propos des conditions de validité de la clause de non-concurrence ». in *Le Code de commerce : 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris, p. 527

³⁶⁶ M. CHAGNY, J.-L. FOURGOUX, *op. cit.*

dernières affectent généralement à la fois leur liberté du travail et leur liberté d'entreprendre, ou parce que la liberté du travail constituerait le moyen le plus simple d'obtenir des revenus (du moins dans l'esprit des magistrats de la Cour de cassation) »³⁶⁷. Mais cette tentative d'explication téléologique, aussi juste soit-elle, ne saurait occulter les incohérences du raisonnement travailliste³⁶⁸. Au reste, ces dernières ne sont probablement pas sans conséquence sur la capacité du droit du travail à servir de modèle pour les juges de la chambre commerciale en particulier³⁶⁹, et pour une évolution du droit privé des contrats en général³⁷⁰.

421. On sait, en effet, que depuis les arrêts du 10 juillet 2002 soumettant la validité de la clause de non-concurrence à l'existence d'une contrepartie financière, la chambre sociale exige que la clause ait une cause qui lui soit propre³⁷¹. Ainsi, contrairement à l'analyse suggérée par une partie de la doctrine³⁷², la Cour refuse de voir dans la rémunération du salarié une contrepartie à la clause. Cette conception de la cause a ses détracteurs³⁷³, et ses partisans³⁷⁴, mais ce n'est pas là que réside le cœur des reproches adressés ici à la chambre sociale. L'essentiel de la critique repose davantage sur la perplexité, partagée avec d'autres³⁷⁵, que suscite une jurisprudence travailliste imposant une cause autonome à la clause de non-

³⁶⁷ D. BAUGARD, « L'engagement de verser une contrepartie financière dans la clause de non-concurrence ». in *Mélanges Gaudu*, IRJS éditions, Paris, 2014, p. 338.

³⁶⁸ Pour de plus amples développements, voir D. BAUGARD, *op. cit.*, p. 332 et s.

³⁶⁹ *Comp. M. MEKKI*, « Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail ». *RDT* 2006, p. 303, observant que « l'exigence d'une contrepartie pécuniaire constitue un choix politique (...). Rien n'interdit alors qu'à l'avenir cette exigence d'une contrepartie financière se manifeste au-delà de droit du travail si le but politique poursuivi par la Cour de cassation le justifie ».

³⁷⁰ Notamment au regard du visa civiliste de l'article 1131 qui accompagne une arrêt récent sur l'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie financière, Cass. soc. 16 mai 2012, *Bull. civ. V*, n°153, *Dr. soc.* 2012, p. 782, note Ch. RADÉ ; *RDC* 2013, p. 74, obs. Th. GENICON.

³⁷¹ Ce qui ne semble pas l'empêcher, en cas de clause de non-concurrence déclarée nulle en raison de sa rémunération anticipée, d'abandonner cette approche localisée et de se référer à la cause du contrat de travail dans son ensemble, pour refuser toute restitution de sa contrepartie, Cass. soc. 15 janvier 2014, *Bull. civ. V*, n°15.

³⁷² Ch. RADÉ, note sous Cass. soc. 10 juillet 2002, *RDC* 2003, p. 148.

³⁷³ F. GAUDU, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2011, n°81, pour qui « l'exigence d'une cause à l'obligation se signifie bien évidemment pas que chaque clause accessoire du contrat doit avoir une cause particulière » ; dans le même sens R. LIBCHABER, note sous Cass. soc. 10 juillet 2002, *Deffrénois* 2002, p. 1619, considérant que « c'est dans et par le contrat que les clauses existent et doivent trouver le principe de leur existence (...). L'exigence d'une cause autonome ne se justifie donc pas en soi, et notamment pas pour la clause de non-concurrence ».

³⁷⁴ J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Les obligations. I. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°262.

³⁷⁵ Par exemple, S. TOURNAUX, « La négociation des sujétions contractuelles du salarié ». *Dr. ouvr.* 2010, p. 293 ;

concurrence, mais pas à la clause d'exclusivité, ni à la clause de résidence ou de confidentialité³⁷⁶.

422. De deux choses l'une, ou bien la Cour de cassation indemnise toutes les formes de sujétions sous couvert de rechercher une cause spécifique à l'obligation³⁷⁷, ou bien elle considère que l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux ne peut pas être compensée par l'allocation d'une contrepartie financière³⁷⁸, et alors rien ne justifie que la clause de non-concurrence bénéficie d'un traitement particulier. Avant de prétendre constituer une source d'inspiration pour les autres branches du droit, le droit du travail pourrait utilement revoir la manière dont il envisage la compensation des sujétions du salarié. Sa force de suggestion nous semble moins sujette à caution s'agissant du recours à une exigence de proportionnalité au service de la réfaction des clauses de sujétion.

b. Proportionnalité et réfaction de la clause de sujétion

423. L'annulation de la clause de sujétion n'est pas l'unique sanction susceptible d'être prononcée par le juge. Le salarié peut ainsi lui demander de redéfinir l'étendue de son obligation de non-concurrence, en réduisant, par exemple, la zone géographique, le type d'activité ou encore la durée qui délimitent la sujétion³⁷⁹. Dans le même sens, la Cour de cassation a admis la possibilité de réduire les dommages-intérêts fixés de manière forfaitaire par une clause de dédit-formation³⁸⁰. Cette faculté de choisir entre l'annulation ou la redéfinition de la clause litigieuse mérite d'être soulignée. Sur le modèle des clauses abusives du droit de la consommation, le rééquilibrage d'un acte juridique peut certes passer par la suppression des dispositions conférant un pouvoir ou un avantage excessif à l'une des parties³⁸¹. La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances

³⁷⁶ Sur ce dernier exemple L. GRATTON, « La clause de confidentialité sans contrepartie financière obligatoire : un horizon indépassable ? ». *RDT* 2015, p. 40, jugeant que « l'analyse des effets de la clause de confidentialité sur les possibilités du salarié de retrouver un emploi pourrait conduire à admettre que la clause de non-concurrence n'est pas seule de nature à emporter ce type de contrainte ».

³⁷⁷ A. MARTINON, « La cause au temps de la construction du contrat de travail ». in *La cause en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 28, considérant que « le tsunami du 10 juillet 2002 pourrait emporter dans ses courants la clause d'exclusivité ou celle de domiciliation ».

³⁷⁸ Qualifiée de surcroît de salaire.

³⁷⁹ Cass. soc. 12 octobre 2011, *Bull. civ. V*, n°233, *RLDA* 2012, n°67, p. 66, obs. Ph. GRIGNON.

³⁸⁰ Cass. soc. 18 juin 1981, *Bull. civ. V*, n°587.

³⁸¹ D'autant plus facilement s'agissant d'une clause de non-concurrence vue comme sorte de « contrat dans le contrat », A. MARTINON, *op. cit.*, p. 25.

économiques³⁸², introduit ainsi un nouvel article L. 341-2 du Code de commerce qui dispose que « toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite »³⁸³. Mais il est des cas où la sauvegarde des droits et des libertés s'accommodera tout aussi bien d'une révision sur mesure³⁸⁴. À rebours d'une logique du « tout ou rien », 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 chacun³⁸⁵.

424. Rien ne justifie, croyons-nous, que ce mode de régulation des clauses de sujétion soit réservé aux seuls contrats de travail. Il pourrait ainsi être envisagé au titre des clauses de non-concurrence figurant dans le mandat du dirigeant social, des clauses de non-réinstallation ou d'assortiment stipulées par le franchiseur ou encore des clauses de dédit dont le domaine s'étend à une grande variété de contrats³⁸⁶. Pourtant, actuellement, l'action correctrice du juge sur la portée d'une clause de sujétion ne semble guère prospérer au-delà de la discipline. En matière de clause de non-concurrence, il n'existe pas, à notre connaissance, de décisions de la Cour de cassation qui l'admettent de façon non équivoque, alors même que la chambre commerciale subordonne la validité de type de clause à une exigence de proportionnalité. Quant aux clauses de dédit, pour prendre cet autre exemple, l'impossibilité de les analyser comme des clauses pénales, ni en droit du travail³⁸⁷, ni en dehors de la discipline³⁸⁸, interdit toute révision de leur montant.

425. La diffusion de cette logique correctrice en dehors du droit du travail nécessiterait l'introduction d'un dispositif analogue à celui de l'article L.1121-1 du Code du travail. La

³⁸² Loi n°2015-990 du 6 août 2015.

³⁸³ Sont visés les contrats entre une tête de réseau et ses distributeurs indépendants, voir F. BUY, « Loi Macron : focus sur les clauses restrictives d'après contrat ». *D.* 2015, p. 1902.

³⁸⁴ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, tome 335, n°1198.

³⁸⁵ I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, n°52, Paris, 2001, n°491 ; S. LE GAC-PECH, *op. cit.*, n°400 remarquant que « si le but implicite est de rechercher l'adéquation de la sanction à l'inexécution, la disparition automatique de la clause ne laisse place à aucune tentative d'adaptation ».

³⁸⁶ Pour une présentation de ces différentes clauses de sujétion, J. RAYNARD, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement ». in *Les prérogatives contractuelles*, actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC* 2011, p. 695.

³⁸⁷ D. MAZEAUD, « Les clauses pénales en droit du travail ». *Dr. soc.* 1994, p. 343.

³⁸⁸ Cass. com. 3 juin 2003, n°00-12580, *RDC* 2004, p. 930, obs. D. MAZEAUD ; Cass. civ. 1^{re} 17 juin 2009, n°08-15156.

réduction de l'étendue de la clause de non-concurrence par la chambre sociale de la Cour de cassation peut certes donner l'impression que les juges se fondent sur l'absence partielle de cause pour réduire ce qui est excessif³⁸⁹. Mais nous pensons qu'il s'agit là davantage d'une manifestation d'un contrôle de proportionnalité fondé sur l'article L. 1121-1 que d'une interprétation originale du droit commun des contrats³⁹⁰. Outre que l'absence partielle de cause n'a jamais été clairement admise par la jurisprudence, il ne faut pas perdre de vue que les arrêts de la chambre commerciale³⁹¹ et de la troisième chambre civile³⁹² qui consacrent explicitement la notion de prérogative contractuelle, dont les clauses de sujétions sont une manifestation, sanctuarisent dans le même temps, et à l'unisson, la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties³⁹³. Autrement dit, là où il est douteux que le droit du travail entende réellement se prévaloir de la cause pour réviser la clause de non-concurrence³⁹⁴, il est pour l'heure quasiment certain que les autres chambres de la Cour de cassation refuseraient de s'appuyer sur un fondement causaliste pour réduire l'étendue des clauses de sujétion. Si la soumission du pouvoir à une exigence de proportionnalité nécessite l'implantation d'un mécanisme de régulation équivalent à celui de l'article L. 1121-1, le recours à la théorie de l'abus de droit ne requiert quant à lui aucune intervention législative. Guidé par le droit du travail, il peut pourtant permettre, lui aussi, un meilleur encadrement des phénomènes de pouvoir dans les engagements bilatéraux de droit privé.

³⁸⁹ Ch. RADÉ, « Le juge et la contrepartie financière à la clause de non-concurrence ». *Dr. soc.* 2012, p. 782, note 17.

³⁹⁰ L'argument n'est sans doute pas dirimant, mais on peut observer que dans l'arrêt du 12 octobre 2012 par lequel elle admet la réduction de la clause de non-concurrence, la chambre sociale ne mobilise aucun visa civiliste, ni ne se réfère au droit commun des contrats.

³⁹¹ Cass. com. 10 juillet 2007, *Bull. civ.* IV, n°188, *D.* 2007, p. 1955, note X. DELPECH ; *RDC* 2007, p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2007, p. 773, obs. B. FAGES.

³⁹² Cass. civ. 3^e 9 décembre 2009, *Bull. civ.* III, n°275, *RDC* 2010, p. 561, note Y.-M. LAITHIER ; *RTD civ.* 2010, p. 105, obs. B. FAGES.

³⁹³ Tel que nous l'avons déjà vu, « la prérogative renvoie à une philosophie libérale qui conçoit le contrat comme l'instrument d'une opération économique où la sécurité juridique doit l'emporter sur la considération de bonne foi », D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ». in *Les prérogatives contractuelles*, actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC* 2011, p. 652.

³⁹⁴ Un arrêt du 16 mai 2012, rendu à propos du caractère dérisoire de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, montre d'ailleurs parfaitement que la chambre sociale n'entend pas faire preuve d'une audace particulière dans le maniement du droit commun des contrats, Cass. soc. 16 mai 2012, *Bull. civ.* V, n°153, « attendu cependant que si une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence équivaut à une absence de contrepartie rendant la clause nulle, le juge ne peut, sous couvert de l'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie pécuniaire invoquée par le salarié, substituer son appréciation du montant de cette contrepartie à celle fixée par les parties » ; voir Ch. RADÉ, *op. cit.*, p. 784.

II. La soumission du pouvoir à l'absence d'abus

426. La soumission du pouvoir à une exigence de proportionnalité n'est absolument pas exclusive du recours à la théorie de l'abus de droit³⁹⁵. Cette dernière conserve un grand intérêt dans tous les cas où la jurisprudence ne soumet pas à une exigence de proportionnalité la validité de la clause qui fonde l'exercice du pouvoir. Ainsi, la clause de mobilité ne voit pas sa validité subordonnée aux prescriptions de l'article L. 1121-1³⁹⁶. Le recours à l'abus de droit permet alors d'encadrer le pouvoir qui s'exprime ici par la faculté d'une partie de modifier unilatéralement un paramètre important de la relation contractuelle. D'une certaine façon, la proposition rejoint ici le contrôle de l'exercice non abusif des droits potestatifs préconisé par le Professeur Rochfeld³⁹⁷.

427. En effet, la souplesse introduite par les clauses de variation ne doit pas occulter le danger d'une utilisation abusive des prérogatives contractuelles qu'elles confèrent. Qu'il s'agisse de la fixation unilatérale du prix par le fournisseur ou de la mise en oeuvre d'une clause de mobilité par l'employeur, le juge doit pouvoir apprécier les circonstances dans lesquelles se produisent ces manifestations d'unilatéralisme au coeur de l'engagement conventionnel³⁹⁸. L'existence d'un contrôle est d'autant plus nécessaire qu'entre le contractant qui dispose de l'initiative d'appliquer ou non la clause de variation et celui qui ne peut s'opposer à ses effets, les attentes suscitées par l'exécution du contrat demeurent souvent très éloignées les unes des autres. Tel que l'exprime avec justesse le Professeur Lagarde, « *au fond il s'agit toujours de savoir dans quelle mesure le fabricant ou l'employeur peut opposer les aléas de l'activité économique au distributeur, d'une part, au salarié, d'autre part. Les premiers demanderont de la souplesse, les seconds de la stabilité* »³⁹⁹.

³⁹⁵ L'articulation des deux notions « *comporte un intérêt évident dès lors que la proportionnalité ne peut embrasser certains comportements constitutifs d'un abus de droit. L'éviction de la théorie de l'abus de droit reviendrait à laisser sans réparation le préjudice causé par une décision prise dans des conditions abusives mais qui seraient proportionnées au but recherché* », I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, tome 52, Paris, 2001, n°314

³⁹⁶ Par exemple Cass. soc. 28 mars 2006, *Bull. civ. V*, n°126, jugeant « *qu'une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile* » ; sur cette restriction apportée au domaine de l'article L. 1121-1 du Code du travail, F. BOUSEZ « *La proportionnalité en droit du travail* ». in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Paris, Economica, 2011, p. 121.

³⁹⁷ J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 527, spé. n°141.

³⁹⁸ Voir *supra*, *L'identification du pouvoir dans l'engagement bilatéral*, n°346 et s.

³⁹⁹ X. LAGARDE, « *Prix et salaire* ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 537

Laisser la mise en oeuvre de la clause de variation à la discrétion d'une partie conduirait alors à soumettre la protection des intérêts de celui qui en subit les conséquences au bon vouloir du bénéficiaire de la clause. Or, s'il ne saurait s'agir de conclure à la disparition de tout esprit de collaboration entre les cocontractants, la figure du contrat de dépendance, soulignée notamment par le droit du travail, incite à prendre conscience des rapports de domination et de pouvoir qui pénètrent aujourd'hui les rapports contractuels. Dans certains contrats d'intégration, de distribution ou encore de franchisage, il ne paraît pas superflu d'encourager un contrôle des effets produits par les clauses de variation⁴⁰⁰, compte-tenu de l'altérité de puissance économique entre les parties et de l'importance de l'engagement dans les moyens d'existence des plus faibles d'entre elles.

428. Le droit du travail a su développer des solutions dont certaines composantes peuvent être sélectionnées afin de contribuer à orienter la mise en oeuvre d'un tel contrôle. Là où le particularisme du régime des clauses de modulation du temps de travail s'oppose à sa diffusion au-delà de la discipline (A), l'exemple du contrôle de l'abus dans l'activation des clauses de mobilité pourrait inspirer les arbitrages opérés par le juge en droit privé (B).

A. Le particularisme du régime des clauses introduisant une modulation du temps de travail

429. L'encadrement du recours à la modulation du temps de travail repose sur la vérification, par le juge, de la nécessité du dispositif au regard des contraintes économiques et sociales imposées à l'entreprise. Le magistrat s'assure également de l'effectivité des délais de prévenance lors des changements du rythme de travail. Une autre limite à la modulation du temps de travail réside enfin dans le respect de la législation relative aux durées maximales de travail⁴⁰¹ et minimales de repos⁴⁰². Pourrait-on alors concevoir, en présence d'un travail non salarié cette fois, qu'une clause autorisant l'une des parties à faire varier unilatéralement la quotité de l'obligation mise à la charge de son partenaire soit soumise à un contrôle inspiré

⁴⁰⁰ Sur la détermination du prix, par exemple, « la partie qui détermine les modalités du prix devrait ainsi justifier la prise en compte de l'intérêt de son cocontractant en cas de litige sur le prix », A.-S. LAVEFVE LABORDERIE., *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°562.

⁴⁰¹ C. trav. art. L. 3121-33 et s.

⁴⁰² C. trav. art. L. 3131-1 et s.

par une pareille réglementation ?⁴⁰³ Il est certes permis de déceler dans la subordination du salarié le signe d'une dépendance économique à l'égard de l'employeur dont il reçoit une rémunération⁴⁰⁴. Mais l'impossibilité de tenir les deux notions pour synonymes, n'est toutefois pas ici sans conséquence sur la portée de l'analogie opérable entre le régime du contrat de travail et celui des autres contrats de dépendance.

430. Qu'il puisse mettre sa personne au cœur de l'économie générale de l'engagement ne suffit certes pas à faire du salarié un contractant singulier⁴⁰⁵. L'obligation de faire, que lui impose le contrat de travail⁴⁰⁶, existe dans de nombreuses conventions, marquées ou non du sceau de la dépendance. En revanche, l'existence d'un pouvoir organisationnel entre les mains de l'employeur atteste que le salarié ne jouit d'aucune maîtrise dans l'accomplissement de son travail⁴⁰⁷. C'est ce que le Professeur Supiot relève lorsqu'il entreprend de démontrer l'implication du corps du travailleur comme composante inextricable de l'échange véhiculé par le contrat de travail⁴⁰⁸. En effet, c'est bel et bien ce souci de préserver la santé du travailleur qui commande l'instauration de limites maximales de travail et de durées minimales de repos.

431. Or, il n'existe rien de tel chez le concessionnaire, le franchisé, le gérant de succursale ou encore le professionnel partie à un contrat d'entreprise : ceux-ci disposent d'une liberté,

⁴⁰³ À la manière de l'application extensive de certains articles du Code du travail à des travailleurs non salariés, par exemple les gérants de succursales visés par les articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail.

⁴⁰⁴ Voir *supra*, *La conception classique de la dépendance économique : l'importance de l'échange présent dans les ressources de l'individu*, n°69 et s.

⁴⁰⁵ « C'est la personne humaine qui est en réalité l'objet du contrat, en même temps qu'elle en est le sujet », G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1947, n°2948 ; J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, Paris, 11^e éd., 1989, p. 77

⁴⁰⁶ « Le salarié n'abandonne pas son corps à la volonté de l'employeur, il se borne à contracter des obligations de faire ou de ne pas faire », J. SAVATIER, « La liberté dans le travail ». *Dr. soc.* 1990, p. 56.

⁴⁰⁷ Sauf cas particuliers que la législation relative au temps de travail épouse d'ailleurs de manière significative avec, notamment, le cas des conventions de forfait en heures sur l'année applicables aux cadres ou aux salariés qui, selon l'article L. 3121-42 2° « disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps » ; voir également les articles L. 3121-43 et suivants relatifs aux conventions de forfait en jours sur l'année.

⁴⁰⁸ « (...) tous les contrats qui ont pour objet une activité humaine impliquent un fort engagement de la personne du prestataire de cette activité. Mais dans tous ces contrats – hors le contrat de travail – ce n'est pas le débiteur lui-même qui forme la matière de l'engagement. Leur objet est une chose ou une prestation définie à l'avance, alors que dans le contrat de travail cette définition se fera dans l'exécution même du contrat, par la mise en oeuvre de la maîtrise ainsi acquise par l'employeur sur le corps productif du salarié (...). Alors que le travailleur indépendant se voit toujours reconnaître un droit sur l'objet de son travail, rien de tel n'existe au profit du salarié pour lequel le divorce est total entre d'une part le but, la cause finale du travail, qui est le salaire, et d'autre part l'objet de ce travail, qui reste d'un bout à l'autre de l'exécution du contrat la chose de l'employeur », A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 2^e éd., 2007, pp. 61-62.

même surveillée, dans l'organisation temporelle de leur activité. De sorte que sauf à considérer qu'il faille les protéger contre eux-mêmes, on imagine mal pouvoir appliquer à ces individus le régime travailliste du contrôle des clauses de modulation du temps de travail. Au-delà de son champ d'application limité, c'est davantage le régime des clauses de mobilité qui présente un intérêt. Son potentiel régulateur pourrait inspirer le contrôle des clauses de variation en droit privé, et tout particulièrement celles qui concernent la fixation unilatérale du prix.

B. L'exemple du contrôle de l'abus dans l'activation des clauses de mobilité

432. *A priori*, l'application du régime des clauses de mobilité en droit du travail paraît difficilement envisageable en dehors de la discipline. Pour commencer, l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation révèle que, depuis 1980, l'intégralité des décisions rendues en la matière émane de la chambre sociale et se rapporte systématiquement à des contrats de travail⁴⁰⁹. En outre, quand on entreprend d'établir le portrait-robot d'une clause de mobilité procurant un avantage à son bénéficiaire, l'imagination trouve vite ses limites. La situation qui se dessine serait celle d'un contrat à exécution successive, ayant pour objet une prestation dont le stipulant aurait intérêt à pouvoir adapter le lieu de son accomplissement à un changement des circonstances exogènes au contrat. Ce lieu pourrait dépasser les limites d'un secteur géographique particulier sans que le contractant n'ait à recueillir le consentement de son partenaire à une modification de l'engagement. Au regard de ces conditions, on peine donc à envisager la stipulation d'une clause de mobilité en dehors de la relation de travail. Pourtant, l'intensité du contrôle objectif de l'abus dans l'application de ladite clause **(1)** pourrait contribuer à mieux définir la substance de l'appréciation à laquelle se livre le juge, en droit civil, lors de la régulation des clauses permettant une détermination unilatérale du prix **(2)**.

⁴⁰⁹ Selon les 637 décisions de la Cour de cassation que fait apparaître le moteur de recherche du site Légifrance.

1. L'instauration d'un contrôle objectif de l'abus dans l'application de la clause de mobilité en droit du travail

433. Tel que nous avons pu l'observer précédemment⁴¹⁰, la notion d'abus dans les contrats est susceptible de recouvrir deux principales acceptions. Rappelons que selon la première, est abusif l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité⁴¹¹, c'est l'abus objectif cher à Josserand. S'agissant de la seconde, défendue par Ripert, l'abus ne peut être caractérisé que par l'intention de nuire, on parlera alors d'abus subjectif⁴¹². La Cour de cassation ne paraît pas s'être ralliée à une conception unitaire de l'abus en droit des contrats, les contours de la notion variant d'une chambre à l'autre⁴¹³.

434. La première chambre civile, par exemple, recherche l'intention de nuire au moment de caractériser l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique nécessaire à la qualification du vice de violence économique⁴¹⁴. En revanche, le contrôle de l'abus dans l'application de la clause de mobilité opéré en droit du travail traduit la préférence de la chambre sociale pour une approche objective. Dans un premier arrêt du 18 novembre 1999, elle a estimé que « *fait un usage abusif de la clause de mobilité l'employeur qui impose à un salarié, se trouvant dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être occupé par d'autres salariés* »⁴¹⁵. Lors d'une seconde décision datée du 6 février 2001, les hauts magistrats ont approuvé une cour d'appel d'avoir relevé « *qu'en mettant en œuvre une clause de mobilité alors, d'une part, qu'il savait que la salariée était la*

⁴¹⁰ Voir *supra*, *L'expansion du vice de violence économique entravée par une appréciation restrictive de l'abus de situation*, n°148 ; J. GHESTIN, « L'abus dans les contrats ». *Gaz. pal.* 1981, doctr., p. 379 et note sous Ass. plén. 1^{er} décembre 1995, *JCP.* 1996, II, 22565 ; Ch. JAMIN, « Typologie des théories juridiques de l'abus ». *RCC* 1996, n°92, p. 7.

⁴¹¹ L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats ». *RTD civ.* 1937, p. 1, spé. n°292

⁴¹² G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e édition, 1949, n°95.

⁴¹³ Reconnaissons tout de même que si le droit du travail semble s'être rallié à une conception objective de l'abus dans le contrôle de la mise en œuvre de certaines prérogatives contractuelles, il n'a pas pour autant abandonné toute appréciation subjective de l'abus. L'intention de nuire peut ainsi être retenue pour sanctionner un employeur procédant à un licenciement reposant sur une cause réelle et sérieuse mais jugé abusif en raison des procédés vexatoires dont il résulte, par exemple Cass. soc. 17 juillet 1996, *Bull. civ.* V, n°290. Plus largement, l'abus du salarié est apprécié strictement, le plus souvent à la recherche d'actes de malveillances à l'endroit de l'employeur, comme par exemple en matière de grève abusive, ou d'abus de sa liberté d'expression, pour de plus amples développements voir S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'abus du salarié ». *JCP* 2006, n°19, 1376.

⁴¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, n°00-12932 ; *D.* 2002, p. 1860-1865, note J.-P. CHAZAL et J.-P. GRIDEL ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Deffrénois* 2002, p. 1246, obs. É. SAVAUX ; G. LOISEAU, *op. cit.*, p. 26.

⁴¹⁵ Cass. soc. 18 mai 1999, *Bull. civ.* V, n°219, *JCP E* 2000, p. 40, note C. PUIGELIER.

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 »⁴¹⁶. Le positionnement de la chambre sociale révèle ici ce que le Professeur Ancel perçoit comme une volonté de sanctionner la disproportion entre l'avantage que l'employeur peut retirer de la mise en œuvre d'une clause de mobilité, et les désagréments causés au salarié par son application⁴¹⁷. Ramenée à l'abus de droit, cette démarche conciliatrice de la Cour de cassation témoigne du passage d'une appréciation subjective fondée sur l'établissement de l'intention de nuire, à une approche objective via l'évaluation d'un certain équilibre des prestations⁴¹⁸. « *Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher concrètement, comme il lui était demandé, d'une part si la mise en oeuvre de la clause de mobilité ne portait pas une atteinte au droit de la salariée, laquelle faisait valoir qu'elle était veuve et élevait seule deux jeunes enfants, à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché et d'autre part si la modification des horaires journaliers de travail était compatible avec des obligations familiales impérieuses, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». C'est cette approche que l'exemple du droit du travail suggère de retenir lors du contrôle des éventuels abus dans la détermination unilatérale du prix en droit civil.

⁴¹⁶ Cass. soc. 6 février 2001, *Bull. civ.* V n° 41, *D.* 2001, somm. 2168, obs. Ch. MATHIEU.

⁴¹⁷ P. ANCEL, « L'apport du droit social à la théorie civiliste de l'abus de droit ». Communication lors du séminaire de l'AFDT, Collège des Bernardins, Paris, le 23 mars 2012.

⁴¹⁸ Même si l'on peut toujours regretter qu'en se plaçant sur le terrain de l'article 1134 du Code civil, la Cour de cassation impose au salarié la preuve, difficile, d'un manquement de l'employeur à la bonne foi contractuelle, cette dernière étant présumée, par exemple Cass. soc. 23 février 2005, *Bull. civ.* V, n°64, *RJS* 2005, n°477. Dès lors que se trouve mobilisée la notion de vie familiale, protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre sociale pourrait utilement subordonner la légitimité de la mise en oeuvre de la clause de mobilité au respect de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Il en résulterait un inversement de la charge de la preuve et une accentuation du contrôle juridictionnel de l'atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié, en ce sens, voir néanmoins G. Auzero, « La mise en œuvre de la clause de mobilité appréciée à l'aune des droits fondamentaux du salarié ». note sous Cass. soc. 14 octobre 2008, *RDT* 2008, p. 731 ; défendant cette analyse, voir J. PÉLISSIER, « Pour un droit des clauses du contrat de travail ». *RJS* 2005, p. 499, pour qui « ces conditions de validité [de l'article L. 1121-1] doivent s'appliquer à toutes les clauses contractuelles sans qu'il y ait lieu à faire de distinctions entre les clauses d'exclusivité, de non-concurrence ou de variabilité de l'objet de la prestation due » ; dans le même sens L. de LAUNAY, *La mobilité du salarié*, communication dans le cadre des forums de l'Institut du travail de Bordeaux, 10 février 2014.

2. Une contribution au renforcement du contrôle de l'abus dans la détermination unilatérale du prix

435. La Cour de cassation accepte de contrôler l'abus dans la détermination unilatérale du prix (a). Le droit du travail peut contribuer à éclairer les modalités de cet examen, en encourageant, par son exemple, un renforcement du contrôle objectif dans la fixation du prix (b).

a. L'acceptation du contrôle de l'abus dans la détermination unilatérale du prix

436. Tout comme nous l'avons vu avec l'exemple travailliste, la reconnaissance d'une unilatéralité non bilatéralisée s'affranchit opportunément de la conception égalitaire qui présidait jusqu'ici au traitement juridictionnel des contrats-cadres⁴¹⁹. La rupture consommée avec une systématisation du principe d'égalité des parties constitue une avancée considérable en matière de protection de la partie en situation de dépendance économique⁴²⁰. Débarrassé de l'illusion bilatéraliste, le prix devient l'objet d'un contrôle qui, contrairement à certains modes de fixation laissés dans les faits à la discrétion de la partie en position d'exclusivité, devra nécessairement prendre en compte les intérêts de la partie faible⁴²¹, sans avoir recours pour cela aux dispositions issues des législations spéciales⁴²². On remarquera d'ailleurs que le nouveau droit des contrats, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, prévoit que dans les contrats-cadres le juge pourra être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages-

⁴¹⁹ Pour le Professeur Mazeaud, l'assemblée plénière a ainsi « *tordu le cou au mythe de l'égalité contractuelle, au moins dans les relations de dépendance, auquel elle substitue désormais l'exigence d'équilibre contractuel, et, ainsi, admis l'inégalité structurelle qui affecte certains contrats de longue durée, tels les contrats cadres* », D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel ». *RDC* 2003, p. 317. Voir également J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux, Presses universitaires Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1998, n°79, selon lequel « *le pouvoir de fixation unilatérale consacre donc en droit commun des contrats, l'inégalité entre les parties à une relation de dépendance, situation auparavant réservée au droit du travail* ».

⁴²⁰ Car, comme le souligne avec justesse Monsieur Philippe Jestaz, « *n'a-t-on pas depuis toujours entériné une fort grande inégalité en appliquant sans sourciller le contrat d'adhésion au motif que c'était la loi des parties ?* », Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 99.

⁴²¹ Ph. JESTAZ, *ibidem*, « *l'unilatéralisme avoué prend ici un avantage sur le contrat un peu fictif. Tant qu'un élément du contrat (le prix par exemple) est théoriquement fixé par les deux contractants et en fait par le plus puissant, le juge n'y peut rien changer. Mais qu'il soit de jure fixé par un seul et le contrôle du juge, devenu alors aussi évident qu'indispensable, fait une entrée fracassante sur la scène contractuelle* ».

⁴²² S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, tome 335, n°1097, « *l'important est de souligner que le système de l'indétermination du prix a été imaginé pour protéger la partie faible en dehors des applications consuméristes* ».

intérêts en cas d'abus dans la fixation du prix⁴²³ ; il en va de même dans les contrats de prestation de service⁴²⁴.

437. Cette position n'est pas partagée par tous les commentateurs et des voix se sont élevées pour critiquer l'orientation amorcée par les arrêts de décembre 1995. Certains ont ainsi fait valoir le manque de cohérence de la Cour de cassation, qui aurait oublié que la situation juridique est profondément différente selon que figure ou non dans le contrat une clause de référence au tarif du fournisseur⁴²⁵. Ces auteurs observent, à juste titre, que dans la dernière hypothèse évoquée, l'absence de stipulation préalable du mode de détermination du prix rend nécessaire l'intervention du juge, non plus pour contrôler celui-ci mais pour le fixer si les parties ne parviennent pas à un accord ultérieur. Ils estiment que cette solution malmène « *l'un des postulats les plus solides de notre droit des contrats, à savoir que le libre accord des volontés individuelles constitue, pour le plus grand nombre d'entre eux, le moins mauvais moyen de s'approcher du prix juste* »⁴²⁶. Selon eux, il vaudrait mieux inviter les parties à résoudre elles-mêmes la question de la détermination du prix plutôt que de laisser au juge le soin de le fixer.

438. Le raisonnement paraît discutable, et ce, pour les mêmes raisons qui nous ont conduit, avec une autre partie de la doctrine, à saluer la position retenue par l'assemblée plénière. Donner ici la préférence à l'accord des parties revient en effet à ignorer que l'une d'elles, généralement le distributeur, se trouve dans une situation de dépendance à l'égard de son fournisseur lorsque celui-ci bénéficie d'une clause d'exclusivité pour l'approvisionnement de son cocontractant. Dans ces conditions, la détermination du prix par la voie du conventionnalisme présente un véritable danger pour la partie faible dont la liberté de ne pas contracter semble bien douteuse : non seulement les conditions d'un abus de puissance économique paraissent réunies⁴²⁷, mais encore, et c'est là un point essentiel, le prix finalement

⁴²³ Article 1164 du Code civil. Observons néanmoins que le projet de réforme présenté par la Chancellerie en 2015 reconnaissait au juge la faculté de réviser le prix à la demande de la partie qui s'estimait lésée.

⁴²⁴ Article 1165 du Code civil. Le projet de la Chancellerie de 2015 allait plus loin que l'ordonnance de 2016 en ce qu'il accordait au juge le pouvoir d'arrêter un prix en l'absence de fixation par l'une des parties.

⁴²⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°290 et s.

⁴²⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 306, n°291.

⁴²⁷ Monsieur Jean-Pascal Chazal ne perd ainsi pas de vue que « *la justification de la jurisprudence dans le domaine de l'exigence d'une déterminabilité du prix se trouvait dans la volonté de protéger la partie économiquement faible contre l'arbitraire et les abus de puissance économique de certains contractants en*

retenu sera considéré comme relevant de la loi des parties interdisant par là même au juge toute appréciation de son *quantum*. Pareille solution, outre qu'elle s'avère particulièrement injuste, se situe en outre à mille lieues de l'équilibre contractuel recherché par la voie de la détermination unilatérale⁴²⁸.

439. À l'opposé, le droit de la distribution a parfaitement intégré la jurisprudence de 1995⁴²⁹, sans que le marché des carburants ou de la bière ne s'en soit trouvé perturbé. En définitive, les arguments avancés par les détracteurs d'une immixtion du juge dans le contrat ne parviennent pas à infléchir la pertinence des arrêts d'assemblée plénière. Convaincu des mérites de l'intégration de cet unilatéralisme dans la théorie générale de l'acte juridique, il reste à présent à en envisager les manifestations.

b. L'apport travailliste au renforcement du contrôle objectif de l'abus dans la détermination unilatérale du prix

440. Dans les contrats de distribution⁴³⁰, de franchise⁴³¹ ou encore de transports⁴³², la « clause tarif » permet à un contractant de fixer unilatéralement le prix des marchandises fournies lors des contrats ultérieurs participant à l'exécution de l'engagement initial⁴³³. Si, depuis les arrêts d'assemblée plénière de 1995, la validité de ces clauses est admise, leur mise en oeuvre peut néanmoins donner lieu à résiliation ou indemnisation lorsqu'elle se traduit par un abus dans la fixation unilatérale du prix⁴³⁴. Cette pénétration de l'unilatéralisme dans le contrat présente un avantage certain en ce qu'elle autorise le juge à contrôler l'existence d'un

position dominante », J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble, 1996, n°326.

⁴²⁸ « La détermination unilatérale du prix au temps de l'exécution est loin dès lors de conférer à son titulaire quelque prérogative potestative. Elle pourrait même contribuer à assurer un meilleur équilibre que celui offert par la détermination prétendument bilatérale », Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat » in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Economica, 1999, p. 45, n°19

⁴²⁹ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, Sirey, Paris, 3^e éd., 2015, n°150.

⁴³⁰ Cass. com. 26 mars 1996, n° 93-16849, inédit.

⁴³¹ Cass. com. 4 février 1997, n° 94-21174, inédit.

⁴³² Cass. com. 23 juin 2004, n° 01-15419, inédit.

⁴³³ M. MIGNOT, J.-Cl., *Civil Code*, Art. 1591 à 1593, Fasc. unique : VENTE - Nature et forme - Prix et frais, 12 décembre 2008, n°86 et s.

⁴³⁴ Ass. plén. 1^{er} décembre 1995, *Bull. civ.* I, n°7 ; M. JÉOL, concl. Ass. plén. 1^{er} décembre 1995, *JCP G* 1996, II, 22565 ; J. GHESTIN, note sous Ass. plén. 1^{er} décembre 1995, *JCP G* 1996, II, 22565 ; A. BRUNET, A. GHOZI, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat ». *D.* 1998, chron., p. 1 ; Cass. com. 11 juin 1996, *Bull. civ.* IV, n° 165 ; *JCP E* 1997, I, 617, obs. J. RAYNARD.

éventuel abus, là où une approche exclusivement conventionnelle de l'échange aurait conduit à interdire toute régulation⁴³⁵ ; à telle enseigne que des auteurs ont pu plaider pour une extension du domaine de la jurisprudence de 1995 à tous les contrats où l'existence d'un prix continue d'être exigée au moment de sa formation⁴³⁶.

441. Pareil élargissement de l'admission d'une fixation unilatérale du prix ne ferait qu'accroître le domaine où interviendrait la recherche d'un éventuel abus⁴³⁷. Dans cette optique, deux étapes méritent d'être distinguées. Aux termes de la jurisprudence, le juge s'attache tout d'abord à vérifier l'existence d'une relation contractuelle de dépendance⁴³⁸, approuvé en cela par une partie de la doctrine⁴³⁹. Il revient ensuite au juge d'apprécier à partir

⁴³⁵ « *L'unilatéralisme avoué prend ici un avantage sur le contrat un peu fictif. Tant qu'un élément du contrat (le prix par exemple) est théoriquement fixé par les deux contractants et en fait par le plus puissant, le juge n'y peut rien changer. Mais qu'il soit de jure fixé par un seul et le contrôle du juge, devenu alors aussi évident qu'indispensable, fait une entrée fracassante sur la scène contractuelle* », Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 99 ; voir *supra*, *Une contribution au renforcement du contrôle de l'abus dans la détermination unilatérale du prix*, n°436 et s.

⁴³⁶ « *La généralisation de l'abus dans la fixation du prix permettrait, encore, de rendre plus cohérent notre système juridique. En effet, comment justifier qu'un abus dans la fixation du prix puisse être uniquement sanctionné quand "un contrat prévoit la conclusion de contrats ultérieurs" ? (...) La justification est d'autant plus difficile à trouver qu'on constate, par ailleurs, que le juge apprécie le prix dans les contrats d'entreprise ou le mandat. La généralisation du principe permettrait de faire bénéficier d'autres contrats d'un contrôle du prix, contrats qui ne sont ni des contrats de distribution, ni des contrats d'entreprise, mais pour lesquels un abus peut être reproché dans des situations identiques* », C. AUBERT de VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix ». *D.* 2006, p. 2629, n°4.

⁴³⁷ Si une telle extension peut paraître souhaitable, il convient néanmoins d'en mesurer les limites. Les contrats au sein desquels la fixation du prix résultera formellement d'un accord de volonté seront en effet exclus de tout contrôle juridictionnel. Or, entre un distributeur tout puissant et un producteur, ou un fournisseur, dont l'essentiel des revenus dépend de la politique d'achat du premier, la négociation du prix risque de s'avérer assez largement illusoire. Pourtant, en l'absence de toute clause stipulant une détermination ultérieure du prix, ce dernier sera considéré en droit comme fixé d'un commun accord, là où en fait il dépendra de la volonté unilatérale du contractant en position de force.

⁴³⁸ Voir par exemple Cass. civ. 1^{re} 30 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 190, ; *D.* 2005, p. 1828, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2004, p. 749, obs. P.-Y. GAUTIER. En l'espèce, le rejet de l'abus était motivé par le constat que le contractant qui subissait la fixation unilatérale du prix était libre de ne pas renouveler le contrat et de souscrire un engagement ayant le même objet auprès d'un concurrent.

⁴³⁹ « *le fait que le prix soit unilatéralement fixé et qu'il soit excessif ne suffit pas à l'intervention du juge dès lors que le débiteur est dans une situation lui permettant de ne pas accepter le prix* », C. AUBERT de VINCELLES, *op. cit.*, n° 19 et s., l'auteur appréhende la situation litigieuse comme un « assujettissement au contrat », pouvant se manifester en droit ou en fait. S'agissant de l'assujettissement en droit, « *le débiteur est assujetti en droit lorsque la force obligatoire du contrat s'exerce sans que le débiteur du prix ait la possibilité de sortir du contrat pour éviter l'application d'un prix disproportionné (...). Dès lors que le débiteur s'est engagé contractuellement à payer le prix fixé unilatéralement par son cocontractant, il doit exécuter son obligation (...)* », *ibidem*, n°20. L'assujettissement en fait répond au constat que « *lorsque le débiteur n'est pas assujetti en droit au contrat, signifiant qu'il peut se désengager de la relation contractuelle en résiliant le contrat ou en ne le renouvelant pas, encore faut-il que sa liberté soit réelle. Or, ce n'est plus le cas lorsque ce désengagement est susceptible de causer un préjudice important au débiteur du prix : non assujetti en droit, il le devient en fait. Subissant une contrainte économique, le débiteur du prix n'est plus véritablement libre de se désengager contractuellement,*

de quel seuil le prix arrêté par l'un des contractants peut être ou non qualifié d'abusif. C'est sur ce point que les décisions venues encadrer l'application des clauses de mobilité en droit du travail peuvent guider le contrôle à opérer.

442. En effet, l'examen de la doctrine et des décisions rendues par la chambre commerciale, qui concentre la quasi intégralité des litiges⁴⁴⁰, met en évidence plusieurs critères. Selon une première approche, l'abus se signifierait par un déséquilibre excessif dans les prestations réciproques⁴⁴¹. En ce sens, plusieurs arrêts se réfèrent au prix du marché pour apprécier le caractère abusif du tarif⁴⁴², un critère qui figurait aussi parmi ceux retenus par l'article 1163 du projet de réforme du droit des contrats en février 2015. Une deuxième grille d'évaluation propose de s'attacher à la finalité explicite de la clause de fixation unilatérale dans la quête d'un éventuel abus⁴⁴³. Enfin, suivant une troisième orientation, il y aurait matière à retenir un abus lorsque la partie qui fixe unilatéralement le prix « *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* »⁴⁴⁴. Cette solution se voyait consacrée par l'article 1163 du projet de réforme du droit des contrats qui se réfèrait alors à la fixation unilatérale du prix en considération, notamment, des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties.

443. L'encadrement prétorien de la mise en oeuvre des clauses de mobilité suggère de retenir cette dernière proposition. À l'instar des décisions de la chambre sociale précitées⁴⁴⁵, l'application de la clause permettant de faire varier un paramètre essentiel de la relation

quand bien même le contrat serait à durée indéterminée et la résiliation serait possible. Tel sera notamment le cas dans certaines relations de distribution ou en situation monopolistique », ibid. n°22.

⁴⁴⁰ Voir toutefois à propos d'un contrat de bail relatif à la location d'un coffre-fort, Cass. civ. 1^{re} 30 juin 2004, *op. cit.*

⁴⁴¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix ». *RJDA* 1996, p. 3.

⁴⁴² La chambre commerciale recherche « *des prix arbitraires, non conformes aux conditions du marché* », Cass. com. 28 mars 2000, n°97-10652, des prix systématiquement supérieurs aux prix moyens du marché, Cass. com. 17 décembre 2003, n°01-16505, ou encore des prix dits discriminatoires, Cass. com. 6 juin 2000, n°97-12260.

⁴⁴³ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 337, n°745 et s. ; l'auteur propose l'exemple d'un contrat d'entretien téléphonique au sein duquel la clause serait stipulée afin de prendre en compte « *l'évolution des coûts liés au progrès de la technique* », de sorte que le contrôle de la fixation unilatérale du prix devrait s'opérer dans ce cadre.

⁴⁴⁴ Ch. JAMIN, « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives ». *JCP* 1996, I, 3959, n°10.

⁴⁴⁵ Cass. soc. 18 mai 1999, *Bull. civ.* V, n°219 ; Cass. soc. 6 février 2001, *Bull. civ.* V n° 41.

contractuelle doit préserver, autant que possible, les intérêts du contractant qui la subit⁴⁴⁶, le distributeur comme le salarié⁴⁴⁷. Pas plus le fournisseur maître du prix, que l'employeur détenteur du pouvoir de direction, ne devraient être autorisés à faire un usage égoïste de la prérogative que leur offre la clause de variation⁴⁴⁸. Or, la mobilisation du prix du marché ne permet pas toujours d'atteindre un résultat satisfaisant pour l'ensemble des parties. Il suffit, par exemple, d'observer le prix d'achat de quantité de denrées alimentaires par les centrales d'achat de la grande distribution, pour se rendre compte que la référence aux tarifs du marché n'est nullement un gage de rentabilité pour la partie dont la survie économique dépend de l'échange, en l'espèce l'agriculteur ou l'éleveur⁴⁴⁹. Tenir compte d'un tel indicateur ne ferait que biaiser l'appréciation de l'équilibre arrêté lors de la fixation unilatérale du prix, en minorant l'évaluation du profit retiré par le bénéficiaire de la clause ou, à l'opposé, le gain abandonné, voire la perte financière subie par son cocontractant.

444. Au contraire, l'inspiration travailliste du contrôle des clauses de variation opère une pesée des intérêts en présence dans l'optique de leur conciliation. C'est ce qui se passe dans un arrêt du 6 février 2001 où l'employeur se voit reprocher une légèreté blâmable pour avoir mis en oeuvre une clause de mobilité au mépris de la situation familiale délicate de la salariée, et ce, alors que cette dernière aurait pu occuper un autre poste de travail sans que l'intérêt de l'entreprise ne s'en trouve affecté⁴⁵⁰. La sanction d'une trop grande disproportion entre les

⁴⁴⁶ Rappr. J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 527, spé. n°18, pour qui l'exercice d'un droit potestatifs impose « la considération de l'intérêt du cocontractant. Parce qu'il exerce une puissance, le détenteur du droit commettra un abus quand il n'aura pas, lors de sa décision, tenu compte de l'intérêt de son partenaire ».

⁴⁴⁷ Le Professeur Jamin propose ainsi que l'abus soit constitué « dès l'instant où le comportement du maître du réseau porte atteinte à la rentabilité que peut raisonnablement attendre le distributeur de l'exécution du contrat », Ch. JAMIN, *op. cit.*, n°26.

⁴⁴⁸ Voir G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat ». in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2003, p. 151, spé. n°31, considérant que « dans la mesure où ces clauses intéressent directement l'économie générale du contrat, il faut en déduire qu'elles ne peuvent être exercées que dans le respect de l'intérêt de chacun des contractants. Plus précisément, cela signifie que le titulaire du pouvoir ne l'exerce de façon légitime qu'à la condition de respecter l'équilibre des intérêts défini par l'accord des parties » ; dans le même sens N. MOLFESSIS, D. BUREAU, note sous Ass. plén. 1^{er} décembre 1995, *LPA* n°155, p. 11, associant l'abus à une « rupture de la communauté d'intérêt »,

⁴⁴⁹ On pourra toujours arguer du fait que le droit de la concurrence est précisément là pour lutter contre les abus de situations de quasi-monopole, mais nous avons pu constater l'affaiblissement de la condamnation des abus de positions dominantes par la référence au marché, voir *supra*, *Une condamnation des abus de domination affaiblie par la référence au marché*, n°211 et s. De plus, cela supposerait que l'autorégulation du marché débouche sur un prix nécessairement satisfaisant pour l'ensemble des acteurs économiques, ce qui est loin de se vérifier.

⁴⁵⁰ Cass. soc. 6 février 2001, *Bull. civ.* V n° 41

bénéfices retirés de la clause de variation, et les efforts consentis par celui qui la subit⁴⁵¹, n'a d'ailleurs rien d'irréalisable à en juger par un arrêt de la chambre commerciale en date du 15 janvier 2002⁴⁵².

445. Par cette décision, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir estimé qu'une société avait commis un abus dans la fixation unilatérale, en exigeant de ses concessionnaires des sacrifices pour faire face à une conjoncture économique difficile, tout en distribuant d'importantes dividendes à ses actionnaires⁴⁵³. Le raisonnement adopté par la chambre commerciale suit ici la voie empruntée par la chambre sociale dès 1999. Ainsi que le relève Monsieur Philippe Stoffel-Munck, tout en ne prêtant à la décision qu'une portée limitée, « *lorsque la dépendance confine à la subordination, le modèle juridique qui inspire le raisonnement des juges change. Le modèle du droit commercial, ou du droit civil du contrat, s'efface au profit du modèle du droit du travail* »⁴⁵⁴. Sans pouvoir affirmer l'existence d'une influence travailliste sur les auteurs du projet de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie, on notera que les critères d'appréciation de l'abus dans la fixation unilatérale du prix, qui étaient exposés à l'article 1164 du projet en 2015, attachaient une grande importance à la situation du débiteur. Bien que le défaut d'équivalence ne soit pas une cause de nullité⁴⁵⁵,

⁴⁵¹ P. ANCEL, « L'apport du droit social à la théorie civiliste de l'abus de droit ». Communication lors du séminaire de l'AFDT, Collège des Bernardins, Paris, le 23 mars 2012.

⁴⁵² Cass. com. 15 janvier 2002, n°99-21172, Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblants *D.* 2002, p. 1974 ; *JCP* 2002, II, 10157, note Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 2002, p. 294, obs. J. MESTRE, B. FAGES.

⁴⁵³ « *attendu qu'ayant, par une décision motivée, relevé que la société France Motors, qui s'était trouvée confrontée à un effondrement général du marché de l'automobile, aggravé par une hausse du yen, avait pris des mesures imposant des sacrifices à ses concessionnaires, eux-mêmes fragilisés, au point de mettre en péril la poursuite de leur activité, l'arrêt retient que le concédant ne s'est pas imposé la même rigueur bien qu'il disposât des moyens lui permettant d'assumer lui-même une part plus importante des aménagements requis par la détérioration du marché, puisque, dans le même temps, il a distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux mesures salvatrices nécessaires en soulageant substantiellement chacun de ses concessionnaires et que notamment, en ce qui concerne le Garage Schouwer, il aurait pu disposer à son endroit d'un montant équivalant à l'insuffisance d'actif que celui-ci a accusé ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations déduites de son appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, la cour d'appel, qui a légalement justifié sa décision sans méconnaître l'objet du litige et sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu estimer que la société France Motors avait abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente et qu'elle devait réparation au Garage Schouwer du préjudice qui en était résulté pour lui* ».

⁴⁵⁴ Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°9, « *de même que le salarié n'a pas à pâtir du risque entrepreneurial, le cocontractant qui est dans une dépendance confinante à la subordination ne devrait pas non plus subir les aléas de la conjoncture. Ce glissement intellectuel peut être discuté, mais il paraît clair que la dépendance convenue altère la perception juridique de la relation* ».

⁴⁵⁵ É. SAVAUX, « Le contenu du contrat – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 24, ajoutant que « *l'abus demeure le seul comportement répréhensible (...). Le critère est a priori exigeant mais il est mieux connu du droit français et sa définition est précise* ».

le potentiel de diffusion de la logique travailliste est néanmoins réel si l'on admet, que la dépendance puisse confiner à la subordination lorsqu'elle se double d'un rapport de domination⁴⁵⁶, comme par exemple au sein de certains réseaux de concessionnaires⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ « Certes la dépendance n'est pas la subordination, cependant si la confusion n'est pas possible, la comparaison est admissible. Et si les situations sont semblables, il est cohérent de penser que leurs régimes juridique présentent quelques ressemblances », X. LAGARDE, « Prix et salaire ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 537.

⁴⁵⁷ « Certes, les réseaux de concessionnaires sont uniquement constitués d'un ensemble de contrats. Cependant ceux-ci ne se bornent pas à être le support d'échanges : ils créent de véritables organisations destinées à perdurer. Or, même dépourvues de la personnalité morale, celles-ci engendrent inmanquablement des rapports de domination qui les apparentent le plus souvent à des structures hiérarchiques », Ch. JAMIN, note sous Cass. com. 15 janvier 2002, *JCP* 2002, II, 10157.

Conclusion du chapitre :

446. Le droit du travail contribue à une diversification des modes d'expression de la volonté en admettant plus largement la capacité d'une volonté isolée à générer des effets de droit, qu'il s'agisse de faire naître un rapport d'obligation avec l'engagement unilatéral, ou de participer à sa mise en œuvre *via* l'identification de la volonté d'un seul au sein même des engagements bilatéraux.

447. D'une part, l'engagement unilatéral participe de cette reconnaissance, à la volonté d'un seul, d'une capacité à s'obliger à l'égard d'autrui, avec parfois une portée dépassant les intentions de son auteur. L'objectivation des effets attachés à la déclaration de volonté initiale repose, en effet, sur une double objectivation prétorienne, portant à la fois sur la force obligatoire de l'engagement unilatéral et sur son contenu obligationnel. Dans les deux cas, l'individu se trouve engagé non pas sur le fondement de ses intentions, mais en considération des attentes légitimes que son comportement a pu générer chez autrui, et qu'il ne pouvait ignorer. L'objectivation de la volonté qui se signale ici, et par laquelle le juge substitue sa propre conception du champ obligationnel à celui envisagé par le débiteur des prestations, est évidente.

448. La place que consacre le droit du travail à la notion confirme toute sa pertinence en tant que complément à la typologie des engagements volontaires en droit des obligations. Préférable au recours à la responsabilité délictuelle et à la mobilisation du quasi-contrat, la subsidiarité du choix de l'engagement unilatéral, en tant que source d'obligations, n'empêche pas de s'accorder sur son potentiel régulateur. Tout en mesurant combien la notion paraît appropriée à la prise en compte des espérances légitimes, le droit du travail a su néanmoins la doter d'un régime adapté à la naissance unilatérale de l'engagement. Ce dernier pourrait d'ailleurs contribuer à rendre l'engagement unilatéral plus attractif et partant, à favoriser l'extension de son domaine en droit privé.

449. D'autre part, l'exemple travailliste souligne avec force les phénomènes de pouvoir qui se manifestent concomitamment à l'expression de la volonté d'un seul dans les engagements bilatéraux. Deux types de pouvoir sont ainsi identifiables : le pouvoir juridique et le pouvoir

factuel. La découverte du premier tient en premier lieu à la reconnaissance de l'acte juridique unilatéral non plus seulement à l'origine de la naissance d'un rapport d'obligation, tel l'engagement unilatéral, mais au cœur même de l'engagement bilatéral. Qu'il contribue à l'exécution de ce dernier, ou qu'il emporte son extinction, l'admission d'une compatibilité de l'acte unilatéral avec la logique contractuelle implique de distinguer la naissance d'un droit de sa mise en oeuvre. La conclusion d'un contrat de travail marque l'entrée du salarié dans un groupement soumis à l'autorité de l'employeur garant de son bon fonctionnement. Ainsi, le salarié consent par avance à se soumettre au pouvoir juridique que l'employeur exerce *via* des actes unilatéraux. En second lieu, cette forme de pouvoir peut découler des prérogatives contractuelles insérées dans l'engagement. Des clauses imposant unilatéralement une sujétion à l'un des contractants – tenant par exemple à l'exclusivité de la prestation convenue ou instaurant un dédit –, à celles qui autorisent son bénéficiaire à faire varier par sa seule volonté un paramètre de la relation – notamment le lieu d'exécution de l'obligation ou sa quotité –, le pouvoir juridique ne manque ni d'occasions, ni de visages pour s'exprimer.

450. Il ne doit pas pour autant masquer l'existence d'un pouvoir de type factuel. Sa reconnaissance est en effet indispensable pour quiconque entend mesurer la réalité et la diversité des formes de pouvoir qui pénètrent les engagements d'essence bilatérale. La prise en compte du pouvoir factuel répond ainsi au constat que les manifestations de l'ascendance d'un contractant sur son partenaire ne se réduit pas à l'édition d'actes unilatéraux. Le pouvoir factuel met alors l'accent sur l'observation que l'usage de nombreuses prérogatives parées, *de jure*, des habits de la réciprocité s'avère parfois exclu *de facto* pour la partie en état de dépendance ou de faiblesse. C'est le cas, par exemple, de la rupture *ad nutum* d'un engagement à durée indéterminée dont la mise en oeuvre est toujours délicate pour celui qui tire de la relation les moyens de satisfaire ses besoins. De même, l'identification d'un déséquilibre contractuel significatif peut aussi être le signe que l'un des protagonistes a le pouvoir de déterminer unilatéralement les obligations mises à la charge de chacun. La reconnaissance de cette forme de pouvoir contribue non seulement à diversifier la représentation des modes d'expression de la volonté dans la théorie de l'acte juridique, mais elle doit également encourager le législateur à développer des outils efficaces pour réguler ces phénomènes d'autorité, tout en incitant les juges à s'en emparer.

451. L'exemple du droit du travail pourrait ainsi inspirer le développement d'instruments de contrôle efficaces, comme par exemple avec un principe de proportionnalité opposé à l'exercice d'un pouvoir disciplinaire ou à la validité des clauses de sujétion. Au sein des sociétés, des associations, des coopératives ou encore des ordres professionnels, l'exigence permettrait de vérifier la légalité du règlement intérieur du groupement privé. Le prononcé des sanctions disciplinaires serait soumis, à l'identique, à un contrôle de proportionnalité. Ce dernier permettrait ainsi d'apprécier la validité des clauses de sujétions pour, le cas échéant, les annuler ou les réduire.

452. La conception de l'abus de droit forgée par le droit du travail, à propos de la mise en oeuvre des clauses de mobilité, encourage quant à elle un renforcement du contrôle des clauses conférant à l'un des contractants le pouvoir de fixer unilatéralement le prix dans le contrat. Sous bien des aspects, la substance de l'examen opéré par la chambre sociale rejoint une certaine idée de proportionnalité dans la conciliation d'intérêts divergents. Les solutions travaillistes pourraient contribuer ici à encourager une acception objective de l'abus de droit, fondée sur la prise en compte des espérances légitimes de chacun des contractants. Loin de paraître iconoclaste, une telle orientation ne ferait d'ailleurs que confirmer la pertinence des critères d'appréciation de l'abus de fixation unilatérale du prix posés par le projet de réforme du droit des contrats du 25 février 2015. Après avoir étudié les manifestations et l'encadrement de la volonté d'un seul dans l'acte juridique, et par lui, il convient à présent de s'intéresser à celle que peut exprimer une collectivité.

Chapitre 2 : La volonté d'une collectivité dans l'acte juridique

453. En droit du travail, la faculté dont dispose une collectivité d'exprimer sa volonté par un acte juridique demeure intimement liée à la place et à la physionomie de l'ordre public. L'évocation de ce dernier conduit bien souvent, en effet, à se représenter la relation de travail sous les traits d'un engagement dont la substance reste largement déterminée par des sources légales et professionnelles, indépendantes de la volonté des contractants¹. Cette pénétration de l'ordre public dans le contenu obligationnel de l'acte juridique s'appuie en grande partie sur le constat d'une inégalité des parties à la convention pour, quoi que l'on puisse toujours discuter le caractère unilatéralement protecteur du droit du travail², en rééquilibrer les termes au bénéfice du salarié.

454. Au sens le plus large, l'ordre public renvoie à la norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions³. Cette expression d'un intérêt supérieur affiche tantôt le visage d'un ordre public politique, tantôt les traits d'un ordre public économique. Dans le premier cas, le législateur veille à ce que le pouvoir créateur de la volonté ne vienne pas perturber l'intégrité des valeurs et des institutions qu'il considère comme fondamentales ; ce que Carbonnier désigne par l'image des « colonnes de la cité » avant d'y ranger « l'Etat, la famille et l'individu »⁴. La seconde manifestation de l'ordre public prend l'aspect d'une intervention étatique au cœur des échanges économiques dont elle entreprend de réglementer la substance⁵ : c'est l'ordre public dit économique que l'on présente classiquement comme l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat⁶.

¹ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, p. 75, n°5 ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, tome1 : *Les relations individuelles de travail*, PUF, Paris, 1^{re} éd., 2011, p. 34, n°29.

² G. LYON-CAEN, *Le droit du travail : une technique réversible*, Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 1995.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadriga, Paris, 10^e éd., 2013, p. 714.

⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil - Les biens - Les obligations*, PUF, Quadriga, Paris, 10^e éd., 2013, p. 2038, n°985. À la lumière du droit communautaire et de la Convention européenne des droits de l'homme, certains auteurs complètent ce triptyque par l'affirmation d'un ordre public dit écologique, M. BOUTELET, J.-C. FRITZ, *L'ordre public écologique*, Bruylant, 2006.

⁵ L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats ». in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadiet, G. Cornu, (dir.), Economica, Paris, 1987, p. 7.

⁶ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1963, tome 37, n°30.

L'exemple travailliste ne vise pas ici à une énième description de la diffusion de l'ordre public dans les engagements de droit privé. Il s'agit davantage de démontrer en quoi l'architecture normative de la discipline permet à une collectivité d'exprimer une volonté créatrice de droits et d'obligations⁷. Cette faculté se manifeste à la fois par l'existence d'un ordre public pluraliste (**Section 1**) et à travers l'expérience d'une norme négociée (**Section 2**).

⁷ Pour une approche critique, et stimulante, de l'idée de représentation collective, voir J. DIRRINGER, *Les sources collectives de la représentation collective des salariés*, LGDJ - Bibliothèque de droit social, Paris, 2015, tome 65.

Section 1 : L'existence d'un ordre public pluraliste

455. L'ordre public travailliste peut être qualifié de social, de dérogoire ou d'absolu. L'ordre public social renvoie ainsi à une norme qui ne peut déroger à une norme de niveau supérieur que dans un sens plus favorable au salarié⁸. De son côté, l'ordre public absolu se rapporte à une règle à laquelle on ne peut en aucun cas déroger. Enfin, l'ordre public dérogoire, ou relatif, désigne une norme pouvant être écartée par toute nouvelle disposition⁹. Les régimes respectifs de l'ordre public absolu et de l'ordre public relatif relèvent de la dialectique classique entre les lois impératives d'une part, et les lois supplétives d'autre part¹⁰. C'est donc surtout par l'ordre public social que le droit du travail affirme une singularité dont on peut souhaiter la diffusion au sein de la théorie générale de l'acte juridique (II). Toutefois, il existe des cas et des matières pour lesquels il semble opportun de placer en tête de cet ordre public graduel la recherche d'une protection indérogeable garantie par l'ordre public absolu (I).

I. La garantie d'une protection indérogeable par l'ordre public absolu

456. L'ordre public absolu s'impose à la volonté des parties qui ne peuvent déroger à ses dispositions. Au plan matériel, l'ordre public absolu va se nourrir de l'ordre public économique, l'essor de celui-ci étant en effet lié au recul de la liberté contractuelle dans la détermination du contenu de l'engagement¹¹. Marty et Raynaud, pour ne citer qu'eux, le faisaient figurer en bonne place parmi leur typologie des ordres publics, lorsqu'ils semblaient regretter l'intervention dirigiste de l'Etat dans la vie économique pour multiplier les prohibitions qui sont autant d'atteintes à la liberté des conventions¹². Mais l'ordre public économique n'est pas le mal que certaines plumes tiennent responsable du chant du cygne de la liberté contractuelle¹³. Il est heureusement des auteurs pour souligner que son

⁸ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, p. 84, n°64.

⁹ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, n°69.

¹⁰ A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 14^e éd. 2014, n° 158.

¹¹ Voir *supra*, *Le déclin de la liberté contractuelle dans le contenu obligationnel de l'acte juridique*, n°125 et s.

¹² G. MARTY, P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, les obligations*, tome 2, vol. 1, Sirey, Paris, 1^{re} éd., 1962, n°74.

¹³ Tel un Josserand déplorant que le droit contractuel « cesse d'être une "entente" intervenue sous l'égide de la liberté, réalisé par le jeu de volontés égalées autonomes, pour devenir une opération dirigée, soit par les pouvoirs public, représentés ici par le législateur et par le juge, soit par l'un seulement des contractants qui

développement n'entame pas la liberté de s'engager ou de ne pas s'engager qui demeure le plus souvent intacte, l'attention des pouvoirs publics se concentrant sur le contenu obligationnel de l'acte juridique¹⁴.

457. Tandis que la compensation légale de la dépendance économique emprunte une part de sa substance à l'ordre public économique, l'ordre public absolu paraît en revanche relativement indifférent à la *summa divisio* classique entre ordre public de direction et ordre public de protection¹⁵. On sait que le premier se rapporte à la volonté de l'Etat de peser sur l'économie pour intervenir dans le mécanisme de l'offre et de la demande¹⁶, en vue de canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît le plus conforme à l'utilité sociale¹⁷. Le second s'attache davantage à protéger une catégorie de justiciables considérés comme faibles¹⁸. Dans les deux cas, il s'agit de peser sur le contenu obligationnel de l'acte juridique au nom de l'intérêt commun. La différence entre les deux notions réside alors moins dans leurs degrés respectifs de normativité, que dans la méthode retenue pour parvenir au résultat escompté.

458. Le dépassement d'une étude centrée sur les seules formes de l'interventionnisme étatique se justifie avant tout par le souci d'éviter qu'une disposition protectrice soit évincée de l'engagement sous l'influence de la partie en position dominante¹⁹. L'intérêt général serait mis à mal si les individus se voyaient attribuer la faculté d'éluder l'application de standards, tels que la bonne foi ou l'exigence de proportionnalité²⁰. De plus, il est des hypothèses où

impose sa formule et ses conditions à l'autre », L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats ». *RTD civ.* 1937, p. 2.

¹⁴ « *Ce qui est atteint par le nouvel ordre public économique, c'est le contenu de l'accord contractuel que les parties n'ont plus la faculté d'aménager à leur guise* », B. STARCK, L. BOYER, H. ROLAND, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, Paris, 6^e éd., 1998, n°734.

¹⁵ Distinction que certains refusent de limiter à la seule sphère économique, identifiant un « *ordre public culturel* » imposant dans la rédaction d'un certain nombre d'actes l'emploi de la langue française, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°383.

¹⁶ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : deuxième année. Les obligations*, Sirey, Dalloz, Paris, 11^e éd. 2008, p. 224 n°640.

¹⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°383.

¹⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, Defrénois - Lextenso*, Issy-les-Moulineaux, 7^e éd., 2014, n°650.

¹⁹ « (...) *tant que subsiste la situation d'infériorité qui explique et justifie l'intervention du législateur, la renonciation au bénéfice de la loi, lors même qu'elle porterait sur des droits acquis, paraît porter atteinte aux exigences de l'ordre public de protection* », G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve ». in *Mélanges Flour*, Defrénois, Paris, 1979, p. 95.

²⁰ Planiol voyait ainsi une disposition d'ordre public, absolu, « *toutes les fois qu'elle [était] inspirée par une considération d'intérêt général et se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher*

s'ajoute à cette barrière téléologique l'impossibilité technique de déroger dans un sens plus favorable à la norme comme c'est le cas, une nouvelle fois, avec l'exigence de proportionnalité et la bonne foi. En revanche, lorsque les mesures correctives sont fondées sur l'octroi d'un avantage quantifiable, les parties peuvent se trouver en situation d'améliorer l'existant²¹.

II. L'assurance d'une protection minimale dans l'ordre public social

459. L'ordre public social est communément associé au principe de faveur²², présenté par le passé comme « *l'âme du droit du travail* »²³. Celui-ci désigne tantôt l'application de la disposition la plus favorable au salarié en cas de conflits de normes, tantôt un principe guidant la création des règles régissant la relation de travail²⁴. Dans sa première acception, le principe de faveur est aujourd'hui vivement concurrencé par un idéal de proximité privilégiant l'application de l'accord d'entreprise²⁵, et singulièrement en matière de temps de travail²⁶. Mais son empreinte continue néanmoins de marquer les rapports entre la loi et la négociation collective au cœur du processus d'élaboration de la norme. L'ordre public social offre ici la garantie d'un niveau de protection minimale en ce qu'il subordonne l'applicabilité des dispositions dérogatoires à la vérification que celles-ci sont plus favorables aux salariés que la règle de niveau supérieur.

460. Il est certes possible d'objecter que les appels répétés du législateur aux partenaires sociaux dans l'élaboration de la norme du travail ont assombri cette facette du principe de

l'application de la loi », cité par Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS*, éd. Mabrot-Braine, Reims, 1923, n°263.

²¹ Tel l'allongement de la durée du préavis ou l'augmentation d'une indemnité de rupture.

²² A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente ». *Dr. soc.* 1999, p. 115.

²³ Y. CHALARON, « L'application de la disposition la plus favorable ». in *Mélanges Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 1989, p. 243.

²⁴ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, n°448.

²⁵ M.-A. SOURIAU, « L'articulation des niveaux de négociation ». *Dr. soc.* 2004, p. 579 ; V. DAGAN, « Les nouvelles règles de la négociation collective et le pouvoir des branches ». *JCP G* 2004, p. 1573 ; P.-H. d'ORNANO, « Vers une émancipation encadrée de la convention et de l'accord d'entreprise ». *TPS* 2004, p. 12 ; l'accord d'entreprise étant même parfois autorisé à déroger à la loi et non plus seulement à une disposition conventionnelle de niveau supérieur, F. PETIT, « L'ordre public dérogatoire ». *RJS* 2007, p. 391 ; J.-D. COMBRESSELLE, G. SINGER, « Le centre de gravité des relations de travail se trouve dans l'accord collectif ». *Lexbase Hebdo éd. soc.*, 2012, n°479.

²⁶ S. FROSSARD, « La supplétabilité des règles en droit du travail ». *RDT* 2009, p. 83 ; Fl. CANUT, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique ». *Dr. soc.* 2010, p. 379.

faveur²⁷, mais ce serait là une conclusion hâtive. L'absence d'assise constitutionnelle du principe de faveur²⁸ n'a pas empêché le Conseil d'Etat de l'élever au rang de principe général du droit du travail²⁹. Dès lors, faute d'habilitation législative, le pouvoir réglementaire ne saurait permettre à des conventions collectives de déroger *in defavorem* aux règles qu'il a lui-même formulées. Surtout, le rattachement de l'ordre public social à l'article 34 de la Constitution confirme la mainmise du législateur dans la détermination des hypothèses d'exclusion du principe de faveur. Mais ce dernier « *n'en [garde] pas moins sa valeur de principe, pesant sur la répartition des compétences entre législateur et pouvoir réglementaire et imposant l'interprétation stricte de toute disposition qui ferait, face à sa teneur, figure d'exception* »³⁰.

461. Cette technique de la norme plancher, assimilée³¹ ou non³² à une déclinaison de l'ordre public de protection spécifique au droit du travail, mérite d'être regardée comme un complément à l'ordre public absolu dans l'entreprise d'objectivation légale du contenu obligationnel de l'acte juridique. Il serait en effet regrettable que le caractère indérogeable d'une disposition interdise aux parties de s'entendre sur une économie générale de la convention plus favorable que les obligations réciproques imposées par la loi.

462. Dans l'optique d'une diffusion de la logique d'ordre public social en droit privé, il convient enfin de préciser que la mesure du caractère plus favorable des stipulations contractuelles devrait suivre la logique adoptée par le droit du travail. Contrairement à

²⁷ Voir *infra*, n°467 et s.

²⁸ Décision n°2002-465 DC du 13 janvier 2003, décision par laquelle le Conseil constitutionnel refuse de voir dans le principe « *en vertu duquel la loi ne pourrait permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés* » un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; X. PRÉTOT, « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit du travail : l'articulation de la loi et de la négociation collective ». *Dr. soc.* 2003, p. 260.

²⁹ CE 8 juillet 1994, n°105-471, *RJS* 1994, note X. PRÉTOT, p. 819.

³⁰ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, p. 85, n°64.

³¹ G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail (première approche) ». *RTD civ.* 1974, p. 229 ; M. BONNECHÈRE, « L'ordre public au sens du droit du travail », *JCP G* 1974, I, 11604 ; G. COUTURIER, *op. cit.*, n°5 ; Th. REVET, « L'ordre public dans les relations de travail ». in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, Paris, 1996, p. 45, voyant dans l'ordre public social « *historiquement, le premier des ordres publics de protection* ».

³² J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux, Presses universitaires Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1998, n°107 ; plus radicalement, certains auteurs considéraient que la faculté accordée de déroger à la loi, même dans un sens favorable au salarié, excluait l'appartenance de l'ordre public social à la technique de l'ordre public, P. DURAND, R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, Dalloz, Paris, 1947, p. 180, n°140.

l'appréciation développée en présence de conflits de normes négociées³³, le juge sera cette fois amené à résoudre ce concours de règles en se livrant à une comparaison point par point des avantages accordés et en tenant compte de la situation particulière du salarié³⁴. L'examen ainsi réalisé permettra de vérifier si l'agent en position de force consent à accorder à son partenaire des prérogatives plus étendues que celles envisagées par le législateur. Pareille hypothèse suppose néanmoins que les individus dont le libre choix est limité parviennent à se structurer en entités propres à rééquilibrer le rapport de force accompagnant l'édiction d'une norme négociée

³³ Pour lequel on sait que « *l'uniformité des statuts nécessaires à la collectivité de travail* », le souci d' « *éviter les inégalités injustifiées entre salariés* » ou encore « *la mise en œuvre [par l'employeur] des conditions de travail* »³³ conduit à prendre en compte l'ensemble de la communauté des travailleurs et non chaque salarié isolément, A. CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable ». *Dr. soc.* 1993, p. 363 ; Cass. soc. 8 juin 1999, *Dr. soc.* 1999, note J. SAVATIER, p. 852.

³⁴ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, n°470 ; Cass. soc. 11 octobre 1994, *Bull. civ.* V, n°265.

Section 2 : L'expérience d'une norme négociée

463. La norme négociée, autre que les accords individuels de volonté, se distingue de l'ordre public absolu et de l'ordre public social. Du premier, en ce que le champ ouvert à la négociation n'est pas nécessairement investi par la loi ou parce que d'impérative, celle-ci devient supplétive. Du second, car les termes de la discussion ne sont pas fixés en fonction d'un seuil minimum de protection. C'est probablement la raison pour laquelle un tel mode d'élaboration de la norme peut, dans un contexte de dépendance et de vulnérabilité des parties à l'échange, faire l'objet de sérieux *a priori*³⁵.

464. Il n'en demeure pas moins que de l'obligation de concertation préfigurant les réformes sociales brandie par l'emblématique article L. 1 du Code du travail³⁶, à la négociation légiférante³⁷, en passant par les aménagements conventionnels de la norme légale³⁸, le droit du travail a tenté l'expérience de la norme négociée, avec l'autorégulation comme fin (**I**) et la convention collective comme moyen (**2**).

I. L'autorégulation comme fin

465. Qu'il s'agisse de préciser les termes de la loi à la manière d'un décret d'application ou, plus largement, de s'y substituer³⁹, l'incorporation d'une part de norme négociée au sein du processus d'objectivation du contenu obligationnel de l'acte juridique n'est pas idéologiquement neutre. Aussi convient-il de prendre appui sur l'expérience travailliste pour en éprouver les avantages et les inconvénients au sein de la théorie générale de l'acte juridique. Apparaissent alors les indéniables qualités de la norme négociée (**A**), par opposition aux dangers, heureusement limités, inhérents à cette entreprise d'autorégulation (**B**).

³⁵ G. LYON-CAEN, « L'état des sources du droit du travail : agitations et menaces ». *Dr. soc.* 2001, p. 1031, dénonçant à raison « *la revendication d'un Droit sans Etat* », p. 1034.

³⁶ P.-Y. VERKINDT, « L'article L 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale ». *Dr. soc.* 2010, p. 519.

³⁷ G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, p. 1265, n°1208.

³⁸ B. TEYSSIÉ, « L'aménagement conventionnel de la norme légale ». *JCP E* 2004, p. 1188 ; Ar. de TEISSIER, « Réforme du droit de la durée du travail : un dispositif unique d'aménagement conventionnel du temps de travail ». *JCP S* 2008, p. 10.

³⁹ Soit que des dispositions légales existent mais qu'elles revêtent un caractère supplétif, soit, encore que cela puisse s'avérer problématique en cas d'échec des négociations, qu'il ne se trouve aucune norme étatique applicable.

A. Des vertus certaines

466. Confier aux destinataires de la règle le soin d'en élaborer la substance, comme le droit du travail y invite⁴⁰, présente des vertus certaines et hétéroclites. Tout d'abord, cette orientation suppose que les justiciables investis d'une telle prérogative soient en mesure de se structurer en entités capables de les représenter, à peine de condamner le processus normatif par la multitude des interlocuteurs potentiels et l'effet relatif des conventions. Cet impératif technique, sur lequel nous reviendrons plus en détail, connaît une résonance significative au plan des rapports sociaux. Dans le sillage du droit du travail, il fait en effet apparaître le citoyen comme un être socialisé⁴¹, entretenant des rapports avec les autres membres de la société⁴². Or, loin de se borner au registre de l'incantation, cette analyse recèle au contraire un vrai potentiel régulateur en ce qu'elle milite pour l'exercice collectif d'actions classiquement appréhendées de manière individuelle⁴³, à la recherche d'un accroissement de leur efficacité⁴⁴.

467. Cette idée du collectif demeure ensuite indiscutablement liée au contenu des accords négociés qui viennent s'imposer aux conventions individuelles conclues entre une partie en

⁴⁰ J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux, Presses universitaires Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1998, n°420, remarquant que si « *les conventions collectives ne sont pas l'apanage d'une branche du droit particulière (...) c'est sans conteste les matières du droit du travail qui ont fourni l'exemple le plus ancien et le plus systématisé* » ; voir aussi G. LYON-CAEN, « Anomie-Autonomie-Hétéronomie en Droit du travail », in *Mélanges Horion*, Faculté de droit de Liège, 1972, p. 173, spé. n°4.

⁴¹ « *Le droit social, nous dit Radbruch, est un droit qui s'adresse, non à l'individu sans individualité, dépouillé de sa spécificité, non à l'individu considéré comme isolé et dissocié, mais à l'homme concret et socialisé* », G. RADBRUCH, « Du droit individualiste au droit social ». *APD* 1931, p. 388, le terme « social » mérite ici d'être compris comme la discipline regroupant le droit du travail et de le droit de la Sécurité sociale dont on sait à quel point le caractère obligatoire de l'affiliation aux assurances sociales et le mode de calcul des cotisations traduisent l'attachement à l'idée d'appartenance à une collectivité ; voir également A. SUPIOT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats » in *Le Code civil entre jus commune et droit privé européen*, p. 47, qui relève la tendance du Code civil à vouloir « *délié absolument et (...) régir un peuple souverain, égaux, libres et responsables* » et à refouler « *ces dimensions essentielles de toute vie en société que sont les rapports hiérarchiques, les risques physiques et les appartenances collectives (...) rapports de dépendance que le droit social a fait réapparaître à l'horizon de droit commun* », p. 58.

⁴² « *Les relations collectives qui se nouent en droit du travail en sont une illustration frappante. L'isolement complet de l'individu de la vie sociale n'est dès lors plus un idéal philosophique et politique vers lequel la société française doit tendre* », Ch. GERMAIN, *Droit du travail et théorie de l'acte juridique*, thèse Bordeaux, 2000, p. n°170.

⁴³ Comme c'est le cas en matière de grève où une analyse civiliste du phénomène conduit à y voir une exception d'inexécution à laquelle « *le droit social [a] donné une portée collective inédite (...) en droit civil* », P.-Y. GAUTIER, « Les interactions du droit civil et du droit du travail ». in *Les sources du droit du travail*, B. Teysié (dir.), PUF, Paris, 1998, p. 140.

⁴⁴ Nous songeons ici aux fameuses « class action », G. JAHANS, « Doit-on importer les class actions en France pour mieux défendre le consommateur ? ». *Gaz. Pal.* 2006, n° 291, p. 20 ; M.-J. AZAR-BAUD, « Quel avenir pour les class actions en France ? ». *D.* 2012, p. 2160.

position de domination et une autre en état de vulnérabilité⁴⁵. Il s'agit alors de situer la négociation dans des conditions et à un niveau garantissant un rapport de force plus équilibré, propre à restaurer collectivement les marges de manœuvres perdues individuellement⁴⁶. Même le Doyen Ripert, dont on connaît l'attachement à une certaine idée de l'ordre établi⁴⁷, a pu voir dans cette expression de la volonté d'un groupe un moyen de sauver la conception contractuelle des relations sociales, « *en rétablissant l'égalité des contractants par la substitution de la convention collective aux contrats individuels* »⁴⁸. L'accord de volonté qui en résulte, sous forme d'une convention collective jouit en effet de l'autorité conférée à une disposition d'ordre public⁴⁹. À ce titre, sauf stipulation contraire, il s'impose aux actes juridiques dont il règle les stipulations⁵⁰.

468. La norme négociée est enfin synonyme d'adaptation de la règle aux particularités des situations qu'elle sera amenée à régir⁵¹. Sur ce point, l'évolution contemporaine des sources conventionnelles en droit du travail illustre assez largement la priorité donnée en certains domaines, à une négociation d'entreprise susceptible d'intégrer les spécificités de l'activité économique dans l'élaboration de la règle⁵². Cette dernière occupe ainsi une place cardinale

⁴⁵ P. DURAND, « Le dualisme de la convention collective de travail ». *RTD civ.* 1939, p. 353, spé. p. 383.

⁴⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°38 ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse Paris, 1969, n°154 ; J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 965 ; voir également B. SCHWARTZ, *The law in America - A History*, Me-Graw-Hill Book Company, New York, 1974, chap. 7, trad. F. G MIRABEAU sous le titre *Le droit aux États-Unis, Une création permanente*, cité par F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion ». *JCP* 1993, I, 3673, n°42, y percevant un retour « à l'idéal médiéval d'une société fondée sur l'organisation des relations humaines » et où « c'est la situation ou le métier de la personne – travailleur, propriétaire, locataire, assureur, consommateur – et non plus le libre arbitre de l'individu autonome, qui entraîne des conséquences juridiques » ; contra L. JOSSERAND, « Sur la reconstitution d'un droit de classe ». *D.* 1937, chron., p. 1-4.

⁴⁷ G. RIPERT, « Les forces créatrices du droit », LGDJ, Paris, 2^e éd., 1994, p. 10, affirmant tout haut que « le droit est la formulation de l'ordre social établi et non la représentation d'un ordre futur, la défense du présent et non l'anticipation de l'avenir », et allant même jusqu'à reprendre les mots de Lord Balfour pour qui « il vaut mieux faire une chose absurde qui a toujours été faite, qu'une chose sage qui n'a jamais été faite »

⁴⁸ G. RIPERT, *op. cit.*, n°279.

⁴⁹ Voir *infra*, n°479 et s.

⁵⁰ L. JOSSERAND, « Tendances actuelles de la théorie des contrats ». *RTD civ.* 1937, p. 9, « la convention collective, sorte de super contrat, commande aux contrats individuels, qui n'en sont que la menue monnaie ».

⁵¹ Le droit du travail « canalise ces forces collectives et les met au service de l'évolution permanente du droit », A. SUPIOT, *Critique de droit du travail*, PUF, Paris, 1994, Préface, p. 15.

⁵² Le choix d'une norme négociée par la société civile n'est d'ailleurs pas spécifique au droit français, « la politique sociale européenne en offre de nombreux exemples avec la techniques des accords légiférants introduits par le Traité de Maastricht (art. 138 et 139), celle des "lignes directrices", retenue en matière d'emploi par le Traité d'Amsterdam (art. 128), ou encore la "méthode ouverte de coordination" (art. 130 et 140) théorisée et développée depuis le sommet de Lisbonne. Des évolutions semblables s'observent au niveau national ou international, où sont activement recherchés des modes alternatifs de "régulation", qui combinent à des degrés divers l'énonciation de principes généraux ou lignes directrices, le benchmarking (évaluation

en matière d'aménagement du temps de travail⁵³, pour lequel on peut aisément concevoir la nécessaire adaptation aux contraintes de production⁵⁴. Il n'est dès lors pas étonnant de constater, avec le Professeur Jean Mouly⁵⁵, que cette « *aptitude des groupements intermédiaires à générer un "certain droit"* »⁵⁶ investit également le droit des baux d'habitation⁵⁷ ou le droit de la consommation⁵⁸, avec un succès propre à relativiser les dangers d'une telle autorégulation.

B. Des dangers limités

469. L'autorégulation qui résulte du recours à la norme négociée relègue le droit imposé par la loi au second plan. Elle lui substitue alors une réglementation produite par la société civile⁵⁹. Cette contractualisation des rapports sociaux⁶⁰ peut légitimement faire naître des

périodique sur la base d'indicateurs communs), et de nouvelles formes de négociation collective », A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 1994, Préface, p. 10.

⁵³ L'article L. 3122-2 du code du travail issu de la loi du 20 août 2008 instaure, en matière d'aménagement du temps de travail, la primauté de la convention ou de l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement, par rapport à la convention ou à l'accord de branche ; S. FROSSARD, « La supplétivité des règles en droit du travail ». *RDT* 2009, p. 83 ; Fl. CANUT, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique ». *Dr. soc.* 2010, p. 379.

⁵⁴ Le législateur renvoie à l'accord d'entreprise la détermination de plusieurs paramètres essentiels de l'aménagement du temps de travail comme par exemple la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année (C. trav. art. L. 3122-2), l'instauration d'horaires individualisés (C. trav. art. L. 3122-23) ou encore la détermination du contingent annuel d'heures supplémentaires (C. trav. art. L. 3121-11).

⁵⁵ J. MOULY, « Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique ». in *Mélanges Lambois*, PU Limoges, 2004, p. 359, spé. p. 378 et s.

⁵⁶ J. HAUSER, « L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique ». in *Mélanges Derruppé*, Litec, Paris, 1991, p. 3.

⁵⁷ Si elle fut abrogée, citons néanmoins la loi Quillot du 22 juin 1982, qui avait instauré des relations collectives entre bailleurs et locataires dans les immeubles d'habitation ; demeure aujourd'hui la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986 dite loi Méhaignerie, dont l'article 41 ter dispose « *des accords collectifs de location peuvent être conclus, pour un ou plusieurs secteurs locatifs, au sein de la Commission nationale de concertation ou de chaque commission spécialisée des rapports locatifs prévue à l'article 41 bis entre une ou plusieurs organisations de bailleurs et de locataires. Les accords ainsi conclus s'imposent aux organisations signataires et aux adhérents de ces organisations* » ; voir également S. BECQUÉ-ICKOWICZ, J.-Cl., Civil Code, art. 1165, Fasc. 10 : Contrats et obligations. Distinction entre les effets entre les parties et à l'égard des tiers, juin 2009, n°11 et s.

⁵⁸ Les lois du 10 janvier 1978 et du 1^{er} février 1995 ont créé une commission nationale des clauses abusives regroupant des représentants des pouvoirs publics, des professionnels et des consommateurs, avec pour mission l'identification des clauses générant un déséquilibre significatif ; A. SINAY-CYTERMAN, « La Commission des clauses abusives et le droit commun des obligations ». *RTD civ.* 1985, p. 471.

⁵⁹ L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats » in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadiet, G. Cornu, (dir.), Paris, Economica, 1987, p. 7, spé. n°5.

⁶⁰ Pour une approche globale de la question voir S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, (dir.), *La contractualisation de la production normative : actes du colloque tenu les 11, 12, et 13 octobre 2007 à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris 2008.

inquiétudes quant à la place du législateur dans l'ordonnement des sources du Droit⁶¹. Le droit du travail n'a d'ailleurs pas manqué d'être agité par un tel débat et les discussions auxquelles il a donné lieu permettent d'envisager la question à travers deux paramètres essentiels de la négociation, son domaine et ses conditions.

470. Tout d'abord, la réalité des vertus prêtées à l'autorégulation dépend de l'étendue du domaine accordé à la norme négociée. La démocratie sociale, dont chaque nouvelle réforme du droit du travail tend aujourd'hui à se réclamer⁶², ne doit pas faire oublier que l'abandon par le législateur d'une partie de ses prérogatives n'est pas à l'abri de la critique⁶³. Le recours accru à la négociation légiférante est ainsi l'occasion de se demander si, galvanisés par les idéaux de proximité et de flexibilité de la règle, les partenaires sociaux ne seraient pas en passe de concurrencer le pouvoir législatif⁶⁴. Illustrant le danger, l'exemple travailliste se veut dans le même temps rassurant, à la lumière de l'inflexion donnée par les sages de la rue de Montpensier à ce mouvement de dévolution des compétences du Parlement.

471. Dans une décision du 7 août 2008 statuant sur les dispositions de la loi portant rénovation de la démocratie sociale relatives à la durée du travail⁶⁵, le Conseil constitutionnel est venu rappeler au législateur que si rien ne l'empêchait de « *confier à la convention collective le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail* », celui-ci ne devait toutefois pas perdre de vue la nécessité « *d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution* » et à ce titre, de fixer les principes fondamentaux « *du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale* ». En l'espèce, le Conseil jugea que la représentation nationale n'avait pas « *défini de façon précise les conditions de mise en œuvre du principe de la contrepartie*

⁶¹ « *Il faut se défaire des illusions du "tout-contractuel". Loin de désigner la victoire du contrat sur la loi, la "contractualisation de la société" est bien plutôt le symptôme de l'hybridation de la loi et du contrat et de la réactivation des manières féodales de tisser le lien social* ». À l'inverse, « *il faut maintenir solides les ficelles du droit, sans lesquelles ni l'Homme ni la société ne peuvent tenir debout* », A. SUPIOT, « Il faut se défaire des illusions du "tout-contractuel" », *Le Monde*, 7 mars 2000 p. 17.

⁶² P. RODIERE, « Du dialogue social à la démocratie sociale ». *SSL* 2008, n°1370, p. 7 ; S. NERON, « La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives ». *RDT* 2009, p. 426 ; J.-M. SAUVE, « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes ». *Dr. soc.* 2010, p. 489.

⁶³ G. LYON-CAEN, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective ». *Dr. soc.* 1998, p. 419 ; J.-E. RAY, « Du tout-Etat au tout-contrat ? ». *Dr. soc.* 2000, p. 574 ; A. SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ». *Dr. soc.* 2003, p. 59.

⁶⁴ V. OGIER-BERNAUD, « Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? ». *JCP* 2004, p. 493.

⁶⁵ Future loi éponyme du 20 août 2008.

obligatoire en repos », estimant que la détermination du repos compensateur aux heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent devait échoir à la loi et non aux partenaires sociaux. La jurisprudence constitutionnelle veille donc à contenir le droit issu de la société civile dans de justes proportions, n'hésitant pas à rappeler l'existence d'un domaine de compétences normatives réservées au législateur par l'article 34 de la Constitution.

472. L'évaluation des éventuels dangers attachés à la norme négociée passe ensuite par l'examen des conditions dans lesquelles la négociation va intervenir. Sur ce point aussi le droit du travail ouvre d'intéressantes perspectives dans l'optique d'un enrichissement de la théorie générale de l'acte juridique. En premier lieu, la réforme de la représentativité, introduite par la loi du 20 août 2008⁶⁶, a montré que l'essor de la démocratie sociale ne pouvait faire l'économie d'un renforcement de la légitimité des acteurs de la négociation⁶⁷. L'expérience d'une norme négociée doit impérativement être subordonnée à la vérification du bien-fondé des corps intermédiaires à générer la norme. Ces organisations professionnelles pourraient utilement voir leur action passée au crible des critères de représentativité posés par l'article L. 2121-1 du Code du travail⁶⁸. Nous pensons en particulier aux ordres et syndicats professionnels qui participent à l'édition des normes applicables à la profession qu'ils représentent. S'il est des acteurs susceptibles de réguler une partie de la vie sociale ou économique à la place de la représentation nationale, ceux-ci doivent en effet s'en montrer dignes.

⁶⁶ G. BORENFRUND, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale ». *RDT* 2008, p. 712 ; B. GAURIAU, « La rénovation de la démocratie sociale ». *Dr. soc.* 2008, p. 13 ; St. MICHEL, « Présentation succincte des critères de représentativité syndicale après la loi du 20 août 2008 ». *Dr. ouvr.* 2008, p. 604 ; F. FAVENNEC-HÉRY, « La représentativité syndicale ». *Dr. soc.* 2009, p. 630 ; M.-L. MORIN, « Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise ». *Dr. soc.* 2011, p. 62.

⁶⁷ Voir déjà en 1979, G. LYON-CAEN, « Critique de la négociation collective ». *Dr. soc.* 1979, p. 350, spé. 355 ; M. POIRIER, « La négociation collective, reflet des finalités du droit du travail ». *Dr. ouvr.* 2013, p. 78 ; du même auteur, « La négociation collective vecteur d'altération en droit du travail ». *Dr. ouvr.* 2013, p. 250 ; du même auteur « À propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : "sécurisation de l'emploi" ou "sécurisation des décisions patronales" ? ». *Dr. ouvr.* 2013, p. 777.

⁶⁸ L'article L. 2121-1 du Code du travail dispose que « la représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants : 1° Le respect des valeurs républicaines ; 2° L'indépendance ; 3° La transparence financière ; 4° Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ; 5° L'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9 ; 6° L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ; 7° Les effectifs d'adhérents et les cotisations ».

473. Sur ce point, il est frappant de constater que la législation travailliste ne se contente pas d'une légitimité assise sur le suffrage puisque la mesure de l'audience électorale, même si elle en est la pierre angulaire⁶⁹, doit être cumulée avec d'autres critères tels que l'indépendance, la transparence ou encore le respect des valeurs républicaines⁷⁰. Or, loin de devoir se cantonner au monde du travail, l'exigence dont fait preuve le Code du travail mériterait d'être appliquée conjointement à la désignation des organes chargés de négocier la norme applicable à tous les membres d'un même secteur d'activité⁷¹, qu'ils soient ou non adhérents à ces groupements. En effet, il n'est pas rare d'être saisi de stupeur à la lecture du contenu d'accords professionnels signés par des organisations censées défendre les intérêts d'une profession et dont le rôle n'est pourtant pas remis en cause par les pouvoirs publics en raison de leurs seuls succès électoraux⁷². Il serait donc dommage d'ignorer la teneur des prescriptions du Code du travail, même si celles-ci, nous l'admettons, ne garantissent pas toujours la conclusion d'accords collectifs équilibrés.

474. En ce sens, et en second lieu, on constate que la flexibilité de la norme portée par l'autorégulation va parfois à l'encontre de la protection des individus en situation de vulnérabilité économique : c'est le cas notamment lorsque la négociation intervient à un niveau où le rapport de force joue clairement en faveur de la partie déjà avantagée par les circonstances. Au lendemain des lois Auroux permettant aux entreprises de remettre en cause ce qui était décidé à un niveau supérieur quant à l'aménagement et à la réduction du temps de travail, la doctrine travailliste faisait part de ses craintes devant ce recul de la branche d'activité, allant même jusqu'à s'interroger sur « *la capacité de résistance du contrat de*

⁶⁹ En témoigne l'attachement actuel au principe de concordance selon lequel l'audience électorale doit être mesurée au niveau – établissement, entreprise, branche – où le syndicat entend prendre part à la négociation ; M.-L. MORIN, H. MASSE-DESSEN, « Les critères de la représentativité et la désignation des représentants syndicaux ». *SSL* 2011, n°1485, p. 22 ; G. BORENFREUND, M.-A. SOURIAU, « Représentativité syndicale et principe de concordance ». *RDT* 2009, p. 664.

⁷⁰ *Contra*, P.-H. ANTONMATTEI, « Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *Dr. soc.* 2008, p. 772, pour qui, « *au même titre que la démocratie politique, la démocratie sociale n'a besoin que de l'élection pour sanctionner les représentants des collectivités concernées* ». Reste que l'altérité de puissance et l'existence d'antagonismes catégoriels qui composent une partie du monde du travail justifient, de notre point de vue, des garanties supplémentaires.

⁷¹ « *Introduire la dimension collective suppose une détermination des collectivités susceptibles d'être consacrées par le droit. Autrement dit, il faut identifier la nature des liens sociaux susceptibles de faire accéder un groupe à la vie juridique* », A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, p. 125.

⁷² Voir par exemple, P. SADONES, « Syndicalisme agricole : l'arnaqueur ». *Campagnes solidaires*, 2011, n°259.

travail»⁷³. Ce déplacement de la négociation collective s'est depuis confirmé. Par exemple, l'article L. 3122-2 prévoit qu'en matière de temps de travail l'accord de branche ne trouve désormais plus à s'appliquer qu'à titre subsidiaire, à défaut d'accord d'entreprise. Il importe donc de veiller à situer l'élaboration de la norme négociée à un niveau propre à assurer les conditions d'un rapport de force égalitaire. Sur ce point, l'orientation contemporaine du droit du travail, marquée par un idéal de proximité, suscite d'importantes réserves. Si l'expérience d'une norme négociée ne doit pas être condamnée par principe, faire de l'entreprise le lieu privilégié pour la négociation du compromis social nous semble en revanche très discutable⁷⁴.

475. Après la délimitation de son domaine et la détermination de ses conditions d'élaboration, il convient enfin de souligner la permanence de la figure tutélaire de l'Etat⁷⁵. Celle-ci s'affiche comme un dernier rempart au danger que constituerait l'éventualité d'une norme négociée moins favorable qu'un ordre public imposé⁷⁶. L'autorité des pouvoirs publics peut dans un premier temps ressurgir au travers d'une réduction des thématiques régulées par la voie de la négociation⁷⁷ ; ce que le Parlement donne ici par la loi il peut le reprendre par la même voie.

476. Dans un second temps, il est loisible au législateur de subordonner la production d'effets de droit de la norme négociée à l'examen de sa substance par un organe de l'exécutif. L'exemple nous est fourni par le droit du travail à travers la procédure d'extension des conventions collectives, par laquelle tous les employeurs relevant du champ d'application

⁷³ H. BLAISE, « Les conventions de travail ». in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadet, G. Cornu, (dir.), Economica, Paris, 1987, p. 54 et 57, « si l'on substitue à une négociation par branche d'activité une négociation dans le cadre de l'entreprise, cela n'est pas sans comporter certains dangers (...). Jadis symbole du progrès social, la convention collective est désormais susceptible de contraindre le salarié au point qu'il faille s'interroger sur la capacité de résistance du contrat de travail » ; dans le même sens, Fl. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ - Bibliothèque de l'institut André Tunc, Paris, 2007, tome 14, n°219.

⁷⁴ M. POIRIER, « La négociation collective vecteur d'altérations en droit du travail ». *Dr. ouvr.* 2013, p. 250.

⁷⁵ « Ces nouvelles formes de régulation ne signifient nullement un retour à l'État minimum et un abandon pur et simple des relations sociales à la sphère privée. Elles se traduisent plutôt par une politique de "gouvernement par objectifs" qui laisse aux partenaires sociaux le choix des voies et des moyens pour atteindre ces objectifs », A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 1994, Préface, p. 19.

⁷⁶ Danger qui s'évince du constat que beaucoup d'employeurs sont partisans d'un recours accru à la négociation collective, M.-Ar. SOURIAU, G. BORENFREUND, « La négociation collective entre désillusions et illusions » in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges Verdier*, Dalloz, Paris, 2001, p. 181, spé. p. 219.

⁷⁷ Même s'il convient de souligner, en droit du travail, la proposition du Président Hollande, alors candidat, de constitutionnaliser le dialogue social, Ch. RADÉ, « Constitutionnaliser le dialogue social ». *Lexbase hebdo éd. soc.* 2012, n°500.

professionnel et géographique de l'accord étendu se voient appliquer ce dernier, qu'ils soient ou non adhérents des organisations patronales signataires⁷⁸. Or, si l'initiative de l'extension et la détermination du contenu de la convention appartiennent aux partenaires sociaux⁷⁹, nonobstant la présence de clauses obligatoires⁸⁰, le Ministre du Travail n'est jamais obligé d'y donner une suite favorable et peut refuser en opportunité de signer l'arrêté d'extension, comme l'a confirmé le Conseil d'Etat en 2008⁸¹. Ainsi la capacité des groupements professionnels à édifier des normes est impuissante à dicter sa conduite au pouvoir réglementaire⁸². Le sort réservé à la convention collective demeure entre les mains de l'exécutif, confirmant l'opportunité de cette technique au service de l'expérience d'une norme négociée.

II. La convention collective comme moyen

477. Le concours de la convention collective comme moyen d'expression de la norme négociée en droit privé suppose, au préalable, de bien s'entendre sur sa nature juridique (**A**). Passée l'étape de la qualification, nous aurons l'opportunité d'envisager en quoi la convention collective est susceptible de servir de modèle pour les contrats à effets collectifs (**B**).

A. La convention collective, modèle de contrat à effets collectifs

478. La nature de la convention collective de travail n'est pas aisée à déterminer, en témoigne l'hétérogénéité des qualifications juridiques que lui ont appliquées les études doctrinales successives⁸³. À la lumière de ces travaux, il est cependant possible de retenir à son endroit la notion de contrat à effets collectifs.

⁷⁸ C. trav. art. L. 2261-15 à L. 2261-31.

⁷⁹ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, p. 1357, n°1325.

⁸⁰ C. trav. art. L. 2261-22, citons à titre d'illustration l'obligation de stipuler des clauses portant sur « 1° L'exercice du droit syndical et la liberté d'opinion des salariés, le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions », « 4° Le salaire minimum national professionnel des salariés sans qualification et l'ensemble des éléments affectant le calcul du salaire applicable par catégories professionnelles, ainsi que les procédures et la périodicité prévues pour sa révision » ou encore « 9° L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la suppression des écarts de rémunération et les mesures tendant à remédier aux inégalités constatées ».

⁸¹ A. COURRÈGES, « Le pouvoir d'appréciation du ministre pour refuser en opportunité l'extension ». *SSL* 2009, n°1384, p. 6.

⁸² S. NADAL, « Le droit à l'extension n'existe pas ». *SSL* 2009, n°1384, p. 12.

⁸³ A. ROUAST, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, thèse Lyon, 1910 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris,

479. Premièrement, le terme de contrat paraît devoir être préféré à celui d'acte juridique ; celui-ci rend en effet mieux compte de la rencontre des volontés qui marquent la naissance de la convention collective⁸⁴. De plus, il permet d'exclure la convention collective de la catégorie des contrats collectifs à laquelle elle avait pu jadis être associée, étant perçue comme la convention « *qui émane d'un groupement non personnalisé ou qui est passé en dehors de toute intervention d'un être moral, et qui, par suite de son caractère unitaire lie tous les individus de ce groupement, même les opposants* »⁸⁵. Le rattachement de la convention collective à pareille définition a perdu de son intérêt à présent que les groupements signataires, organisations patronales et syndicats sont dotés de la personnalité morale. Cette attribution, conjuguée aux règles d'interprétation⁸⁶, et au devoir de bonne foi gouvernant son exécution⁸⁷, confirme la qualification de contrat⁸⁸, voire de contrat conjonctif⁸⁹. La mobilisation de la figure contractuelle distingue enfin nettement la convention collective de l'engagement unilatéral de volonté qui appartient certes à la famille des actes juridiques⁹⁰, mais ne sous-tend pas l'existence d'un échange de consentements.

480. Deuxièmement, parler de contrat à effets collectifs conduit à mettre l'accent sur l'exécution de la convention et non sur sa formation, dont on vient de voir qu'il s'avère

1961, tome 27. ; R. CABRILLAC, *L'acte conjonctif en droit privé français*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1990, tome 213 ; P. DURAND, « Le dualisme de la convention collective de travail ». *RTD civ.* 1939, p. 353 ; H. BLAISE, « Les conventions de travail ». in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadiet, G. Cornu, (dir.), Economica, Paris, 1987, p. 49.

⁸⁴ G. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, n°27 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°58.

⁸⁵ A. ROUAST, *op. cit.*, p. 86, n°39.

⁸⁶ À l'instar des contrats régis par le droit commun, l'interprétation des conventions collectives est soumise aux articles 1156 à 1164 du Code civil, voir P. DURAND, *op. cit.*, p. 363.

⁸⁷ Par exemple Cass. soc. 7 mai 2008, *Bull. civ.* V, n°99, *JCP S* 2008, n°37, p. 33, obs. F. DUMONT.

⁸⁸ À rebours de cette conception, L. DUGUIT, *Transformations générales du droit privé*, Éd. de la Mémoire du droit, Paris, 1999, p. 115.

⁸⁹ R. CABRILLAC, *L'acte conjonctif en droit privé français*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1990, tome 213, n°272. L'auteur vise ici l'hypothèse où plusieurs groupements prennent part à l'acte. À dire vrai, nous éprouvons quelques difficultés à percevoir les raisons d'une telle qualification, le Professeur Cabrillac définissant l'acte conjonctif comme l'acte qui « *rassemble une pluralité de participants dans une seule partie, c'est-à-dire au sein d'un seul intérêt défini par rapport à l'objet d'un acte juridique unique* », n°778. N'est-ce pas dès lors confondre les notions de participants et de parties ? Les organisations professionnelles en présence regroupant nécessairement sous leur bannière une pluralité de participants, l'acte auquel leur volonté donne naissance devrait automatiquement être qualifié de conjonctif. On voit donc mal en quoi le nombre de parties à l'accord pourrait influencer sa qualification, celui-ci n'ayant d'incidence que sur la détermination du caractère bilatéral ou multilatéral de l'acte conclu.

⁹⁰ « *À côté du contrat collectif, il existe donc d'autres actes collectifs dont le contrat n'est qu'une variété* », G. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, n°23.

difficile de lui reconnaître une dimension collective⁹¹ : même chez les auteurs qui continuent d'employer le terme de contrat collectif⁹², c'est bien le fait pour les membres d'une catégorie d'individus d'être soumis à la convention collective sans y avoir expressément consenti, ou sans être membres du groupement signataire⁹³, qui justifie le recours à cet adjectif. Pour dire les choses encore plus clairement, et avec les mots de Monsieur Roujou de Boubée, « *la convention collective n'est en réalité collective que dans ses effets et non dans sa formation directe* »⁹⁴.

481. Si la référence au contrat à effets collectifs semble pouvoir être légitimement retenue, on concédera volontiers qu'il s'agit là d'un contrat un peu particulier. Ce particularisme en fait cependant un modèle pour les contrats à effets collectifs, en tant qu'outils privilégiés pour l'expérience d'une norme négociée.

B. La convention collective, modèle pour les contrats à effets collectifs

482. Force du collectif, flexibilité de la norme ou encore rééquilibrage de l'accord des volontés, nous ne reviendrons pas sur les vertus idéologiques de la norme négociée⁹⁵. Il s'agit seulement ici de souligner que les contrats à effets collectifs pourraient, au plan technique cette fois, trouver dans la convention collective un modèle d'acte juridique apte à soutenir ce processus d'autorégulation⁹⁶.

483. Le rayonnement *erga omnes* dont jouit la convention collective, et qui demeure par ailleurs indifférent à la qualification de contrat de droit privé⁹⁷, va permettre de soumettre à son empire l'ensemble du groupe social visé, sans qu'il soit nécessaire de recueillir le

⁹¹ « *La convention collective ne résulte pas d'un simple vote majoritaire où des voix ouvrières viendraient se mêler aux voix patronales, mais bien d'un accord entre groupes. Il s'agit d'un vote par ordre et non par tête* », P. DURAND, *op. cit.*, p. 366.

⁹² J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, LGDJ - Lextenso, Traité de droit civil, Issy-les-Moulineaux 4^e éd., 2013, n°28

⁹³ Nous visons ici les salariés soumis à une convention collective signée par un syndicat représentatif auquel ils ne sont toutefois pas adhérents. Du côté patronal, c'est la représentation et la technique du mandat qui continue de justifier l'engagement des employeurs par le consentement de l'organisation signataire.

⁹⁴ G. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, n°28. Et l'auteur de l'exclure du champ de sa recherche consacrée à la seule étude des manifestations de volontés des collectivités, n°23.

⁹⁵ Voir *supra*, n°468.

⁹⁶ A. SUPLOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Editions du Seuil, Paris, 2005, p. 200, « *l'idéal d'une société capable de se réguler elle-même s'exprime enfin dans l'essor contemporain de la négociation collective, et plus généralement dans la contractualisation des rapports sociaux* ».

⁹⁷ CE 4 mars 1960, Société Le Peignage de Reims, *Dr. soc.* 1960, p. 274, concl. P. NICOLAY,

consentement individuel de chacun de ses membres. Certains auteurs ont bien tenté d'expliquer ce mécanisme en élargissant la notion de mandat ou de stipulation pour autrui, mais il leur est vite apparu que les effets attachés à la convention collective excluaient ce recours aux techniques civilistes⁹⁸. À côté de la représentation, avec laquelle elle ne doit donc pas être confondue⁹⁹, l'idée de représentativité s'est alors imposée comme le moyen de donner au syndicat la capacité juridique de représenter une collectivité de travailleurs¹⁰⁰.

484. Dans l'optique de l'autorégulation décrite plus haut, cette faculté d'expression des intérêts collectifs, tels qu'ils sont communément ressentis par un groupe de salariés¹⁰¹, ne doit pas être cantonnée au droit du travail¹⁰². Pour notre part, et au-delà de la légitimité que la représentativité confère aux acteurs de la négociation¹⁰³, les nécessités sociales et économiques auxquelles la norme négociée répond peuvent conduire, dans la théorie générale, à élargir la notion de représentation telle que l'a conçue le droit civil¹⁰⁴.

485. Conjointement à ce rayonnement, la convention collective se voit conférer par la loi une autorité supérieure aux conventions ordinaires. Se présentant sous les traits d'un « *supercontrat* »¹⁰⁵, elle se veut la manifestation d'un cadre impératif. Ses dispositions s'imposent au contrat de travail¹⁰⁶ en le complétant, ou en paralysant¹⁰⁷ l'application de ses

⁹⁸ « *Le mandat ou la stipulation pour autrui leur servait à expliquer les pouvoirs de ceux qui traitaient au nom de tous ; la représentation permettait de faire entrer dans le cercle contractuel tous ceux dont les intérêts étaient communs. Mais le législateur a marqué de plus en plus fortement le caractère réglementaire l'institution et, pour sauver quelque chose leur conception ancienne, les juristes ont été réduits à admettre le dualisme de la convention collective* », G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1994, p. 280.

⁹⁹ Ph. LANGLOIS, « Droit civil et contrat collectif de travail ». *Dr. soc.* mai 1988, p. 395.

¹⁰⁰ Ch. GERMAIN, *Droit du travail et théorie de l'acte juridique*, thèse Bordeaux, 2000, n°178.

¹⁰¹ Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, Paris, 1990, n° 43.

¹⁰² Ainsi en droit de la consommation, dès 1978, une partie de la doctrine proposait de suivre une logique analogue aux effets *erga omnes* des conventions collectives de travail, J. CALAIS AULOY, L. BIHL, « Le consumérisme et ses aspects collectifs ». *JCP* 1978, 7004 ; voir également . BERLIOZ-HOUIN, « Le droit des contrats face à l'évolution économique ». in *Mélanges Houin*, Dalloz, Sirey, Paris, 1985, p. 14, pour qui « *cette extension remarquable du domaine obligatoire des conventions ne restera pas nécessairement isolée, puisque l'on suggère actuellement la création de convention collective de la consommation dont le régime serait assez largement inspiré des conventions collectives de travail* ».

¹⁰³ Voir *supra*, n°471 et s.

¹⁰⁴ H. BLAISE, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁵ J.-P. CHAZAL, « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel ». *RDC* 2003, p. 329.

¹⁰⁶ Sans toutefois s'y incorporer, Cass. soc. 11 octobre 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 1042, obs. J. SAVATIER.

¹⁰⁷ Ecartant la nullité, la doctrine parle alors de « *substitution provisoire* » pour souligner la réactivation des stipulations contractuelles lorsque la convention collective ne trouve plus à s'appliquer, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 1297, n°1245.

stipulations qui n'y seraient pas conformes¹⁰⁸, sans que le salarié ne puisse renoncer au bénéfice des droits garantis par la norme collective¹⁰⁹ : « *la convention collective apparaît ainsi comme une norme supérieure, marquée du signe de l'ordre public, élevée par la loi au rang des règles impératives de la vie juridique* »¹¹⁰.

486. Pareille combinaison d'un large champ d'application et d'une intense force obligatoire fait donc de la convention collective un modèle pour les contrats à effets collectifs¹¹¹. Un rapide tour d'horizon des activités économiques encadrées, en tout ou partie, par des normes négociées confirme l'opportunité du recours à un tel mode de régulation. À travers le prisme travailliste¹¹², le Professeur Supiot observe que ces accords professionnels sont en effet nombreux dans les domaines de l'agriculture intégrée¹¹³, des relations commerciales¹¹⁴ ou chez certaines professions libérales¹¹⁵. Le phénomène de contractualisation des rapports sociaux dépasse donc le droit du travail¹¹⁶ et le dynamisme de la norme négociée au cœur des droits spéciaux ne se dément pas. Simplement pourrait-on suggérer de subordonner l'action normative des groupements professionnels aux exigences de la représentativité entendue au

¹⁰⁸ L'article L. 8112-1 du Code du travail dispose en ce sens que « *les inspecteurs du travail sont chargés de veiller à l'application des dispositions du Code du travail et des autres dispositions légales relatives au régime du travail, ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail répondant aux conditions fixées au livre II de la deuxième partie. Ils sont également chargés, concurremment avec les officiers et agents de police judiciaire, de constater les infractions à ces dispositions et stipulations* ».

¹⁰⁹ Voir notamment Cass. soc. 13 novembre 2001, *Bull. civ.* V, n°344.

¹¹⁰ P. DURAND, *op. cit.*, p. 375.

¹¹¹ Voir dès 1945, G. MORIN, *La révolte du droit contre le code. La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrats, responsabilité, propriété)*, Sirey, Paris, 1945, p. 12, observant que « *les transformations du droit des contrats sont profondes à l'époque contemporaine et ramènent essentiellement à deux grands phénomènes juridiques : l'un est l'intervention croissante de l'autorité sociale dans les contrats entraînant une véritable désagrégation de la théorie contractuelle ; l'autre est l'apparition d'une figure juridique nouvelle : la convention collective de travail* ».

¹¹² A. SUPIOT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats » in *Le Code civil entre jus commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 71 et s.

¹¹³ La loi du 6 juillet 1964 sur l'économie contractuelle en agriculture instaurait le recours à des conventions collectives entre l'industrie agroalimentaire et les agriculteurs intégrés. Pour de plus amples développements, J. DANET, *Droit et disciplines de production et de commercialisation en agriculture*, thèse Paris I, 1982. Monsieur Alain Supiot relève toutefois que la pratique leur a préféré l'utilisation de contrat type homologué, voir L. LORVELLEC, « Les contrats types d'intégration homologués », *Rev. Dr. rural* 1984, n°124, p. 245.

¹¹⁴ L'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce permet en ce sens d'engager la responsabilité de celui qui rompt « *brutalement même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* ».

¹¹⁵ J. BARTHÉLÉMY, « Une convention collective de travailleurs indépendants ? Réflexions à propos des accords du 16 avril 1996 fixant le statut des agents généraux d'assurance ». *Dr. soc.* 1997, p. 40-47.

¹¹⁶ M. MEKKI, « Existe-t-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail ». *RDT* 2006, p. 292 ; J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*. thèse Paris I, 1999, n°96 selon qui « *à un siècle de distance, le mouvement des consommateurs emprunte [sur ce point] la voie tracée par les syndicats d'ouvriers pour critiquer le caractère inadapté du droit positif aux nouvelles exigences sociales* ».

sens travailliste¹¹⁷, contribuant dans le même temps à diversifier la représentation des manifestations de volonté dans la formation de l'acte juridique¹¹⁸.

¹¹⁷ Voir *supra*, n°475 et nos développements consacrés aux exigences formulées par l'article L. 2121-1 du Code du travail.

¹¹⁸ Vœux déjà émis en 1991 par le Professeur Hauser, « *il reste à souhaiter que ce dynamisme du droit économique et professionnel atteigne d'autres secteurs sclérosés de la théorie générale de l'acte juridique, ce qui permettrait par là même, de doter l'acte collectif d'un régime général qui lui fait cruellement défaut* », J. HAUSER, « L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique ». in *Mélanges Derruppé*, Litec, Paris, 1991, p. 6.

Conclusion du chapitre :

487. L'expression de la volonté d'une collectivité à travers un acte juridique est largement admise en droit du travail. Cette reconnaissance contribue ainsi à diversifier la représentation des manifestations de volonté dans la formation de l'acte juridique. Loin de constituer une source de droits et d'obligations marginale, la norme élaborée par les collectivités de travail est aujourd'hui perçue comme un auxiliaire indispensable à la règle légale, accusée de nuire par sa rigidité à l'emploi et à la compétitivité de l'économie française. Le complètement, voire la substitution partielle d'une norme négociée avec et par des corps constitués, à un ordre public imposé par le législateur ne se cantonne d'ailleurs pas à la relation de travail. Il investit à présent d'autres branches du droit, tel le droit de la consommation ou les rapports entre bailleurs et locataires.

488. Le droit du travail, par son antériorité et la pertinence des mécanismes qu'il a développés afin de donner force contraignante à la volonté d'une collectivité, mérite d'être envisagé comme source d'inspiration d'une dialectique optimale entre l'existence d'un ordre public pluraliste et l'expérience d'une norme négociée. Consciente de l'existence de rapports de force souvent déséquilibrés, la discipline s'attache en effet à instaurer un ordre public graduel soucieux de préserver les intérêts des parties en situation de faiblesse, voire de dépendance économique. Aussi, l'ordre public pluraliste combine-t-il la garantie d'une protection indérogeable par l'ordre public absolu avec l'assurance d'un seuil de protection minimale dans l'ordre public social.

489. Le droit du travail offre également les clés pour une expérience réussie en matière de norme négociée : il désigne les outils nécessaires à une sécurisation des processus de contractualisation des rapports sociaux tels que les envisage, parfois avec hâte, un législateur pressé de répondre à l'accusation d'un Droit étatique trop éloigné des réalités. Qu'il se tienne à bonne distance des chantres de la dérèglementation, ou qu'il cède, à l'occasion, aux sirènes d'une excessive flexibilité de la norme, l'exemple travailliste, par ses succès et ses échecs, sa cohérence ou ses contradictions, permet assurément d'envisager l'épanouissement du recours aux normes négociées, avec l'autorégulation comme fin et la convention collective comme moyen. Entre instrument de vérification de la légitimité des acteurs chargés d'élaborer la règle

de droit et technique juridique conférant à cette dernière un effet collectif, la notion travailliste de représentativité mérite de figurer au cœur des futures entreprises de dévolution des compétences normatives du Parlement.

Conclusion du titre :

490. Le droit positif français des obligations puise ses fondements dans le Titre III du Livre III du Code civil traitant des « *contrats ou des obligations conventionnelles en général* ». Contrairement au BGB allemand, les volontés créatrices de droits et obligations ne s'appuient pas, à titre principal sur la figure de l'acte juridique. L'omniprésence de la technique contractuelle occulte, dans une assez large mesure, le rôle que peut jouer la volonté d'un seul dans une théorie générale de l'acte juridique bâtie autour du *mutuus consensus*. Par ailleurs, le principe de l'effet relatif du contrat a pour conséquence de contenir la portée de son contenu obligationnel aux parties qui y ont expressément et individuellement consenti, de sorte que la volonté d'une collectivité ne semble pas digne de figurer au chapitre des sources des engagements volontaires de droit privé. Or, le droit du travail accueille plus volontiers ces modes alternatifs d'expression de la volonté. Tout en maintenant la relation de travail dans le giron du contrat, il reconnaît ainsi à la volonté d'un seul, tout comme à la volonté d'une collectivité, la capacité de créer et de générer des effets de droit.

491. Au titre de la volonté d'un seul, doivent être distingués les actes juridiques unilatéraux créateurs d'obligations et ceux qui participent à la mise en œuvre des engagements bilatéraux. Cette première catégorie connaît une traduction évidente en droit du travail par la place de choix qu'y occupe l'engagement unilatéral, loin de la méfiance dont il fait l'objet en droit civil. Or, la notion peut prétendre à compléter utilement la typologie des engagements volontaires en droit des obligations, aidée en cela par le droit du travail. Celui-ci, une fois l'utilité de l'engagement unilatéral avérée – moins versatile que la responsabilité délictuelle, plus orthodoxe que le quasi-contrat – a su, en effet, reconnaître l'aptitude de la notion à prendre en compte la génération d'espérances légitimes, pour la doter d'un régime adapté à la naissance unilatérale de l'engagement.

492. La volonté d'un seul investit également la sphère contractuelle. Les phénomènes de pouvoirs qui pénètrent aujourd'hui le droit des obligations méritent eux aussi d'être pris en considération. Ils contribuent à diversifier les représentations de la volonté dans la formation de l'acte juridique. L'admission de l'acte juridique unilatéral au sein de l'engagement bilatéral est révélatrice de cet exercice d'un pouvoir juridique par l'un des contractants. Il en va de

même avec la stipulation de clauses imposant des sujétions unilatérales ou permettant à son bénéficiaire de faire varier par sa seule volonté un paramètre essentiel de la relation. Le pouvoir peut également présenter une nature factuelle lorsque la mise en œuvre d'un droit paré *de jure* des habits de la réciprocité s'avère parfois exclue *de facto* pour la partie qui trouve dans l'acte juridique les ressources nécessaires à sa survie. On songe tout particulièrement ici à la rupture du contrat. Le pouvoir factuel est également susceptible de s'exprimer par un déséquilibre contractuel significatif. Celui-ci traduit en quelque sorte la capacité de l'un des protagonistes à peser unilatéralement sur la définition des droits et obligations prévus par l'engagement. En pareille hypothèse, le juge devrait être autorisé à s'immiscer davantage dans la loi des parties.

493. L'apport du droit du travail ne se limite toutefois pas à souligner l'importance des phénomènes de pouvoir dans les engagements bilatéraux de droit privé. Il offre également des outils efficaces pour en contrôler les manifestations. L'exigence de proportionnalité permet ainsi de réguler l'exercice du pouvoir disciplinaire, que ce soit par l'examen de la légalité du règlement intérieur du groupement privé ciblé, ou à travers l'appréciation de la portée de la sanction prononcée. Elle fournit par ailleurs un fondement au contrôle de la validité des clauses de sujétion et autorise le juge à annuler les dispositions litigieuses ou à réduire leur portée. La conception de l'abus de droit que la jurisprudence sociale retient en matière de mise en œuvre des clauses de mobilité peut ainsi éclairer, par exemple, l'encadrement dont fait l'objet la fixation unilatérale du prix dans les contrats de fourniture.

494. S'agissant de la volonté d'une collectivité, le droit du travail en fait un auxiliaire majeur de la norme légale dans une logique de participation de la société civile à l'élaboration du Droit. Parallèlement à l'existence d'un ordre public pluraliste, alternant garantie d'une protection indérogeable dans un ordre public absolu et assurance d'une protection minimale par un ordre public social, la législation travailliste pose les bases et donne quelques-unes des principales clés pour une expérience réussie en matière de normes négociées. Avec l'autorégulation comme fin et la convention collective comme moyen, le tout orchestré par la notion cardinale de représentativité, la relation de travail constitue un cadre d'observation idéal des succès, et parfois des échecs, rencontrés par les tentatives de dévolution des compétences normatives du Parlement à des groupements intermédiaires. Le droit du travail

s'affirme alors comme une source d'inspiration de premier ordre dans l'élaboration de la norme de demain faisant appel à la volonté d'une collectivité.

Conclusion de la première partie :

495. Qualifié tour à tour de droit de classe unilatéralement protecteur, ou de droit capitaliste légitimant le pouvoir de l'employeur propriétaire des moyens de production, le droit du travail est aujourd'hui plus volontiers présenté sous les traits d'une discipline ambivalente aux techniques réversibles. Qu'on l'approuve ou qu'on le regrette, sa mise en perspective avec les impératifs de compétitivité des entreprises l'inscrit *de facto* dans une analyse économique du droit dont la récurrence chez les gouvernants n'est plus à démontrer¹. Aussi ne faut-il guère s'étonner de ce que l'apport du droit du travail au temps de la formation de l'acte juridique tienne, en premier lieu, à un éclairage du contexte entourant l'échange des consentements.

496. Cet éclairage réside dans l'affirmation de la dépendance économique comme concept complémentaire de la liberté contractuelle, une dépendance qui préexiste à l'engagement, qui s'y déploie et qui peut lui survivre. La dépendance traduit alors les restrictions du libre arbitre susceptibles de frapper l'individu contraint de souscrire un acte juridique pour satisfaire ses besoins, en mettant l'accent sur l'éventualité d'une absence d'alternative satisfaisante concomitante à la prise de décision. Dans une économie marquée par une forte division du travail, celui-ci doit exercer une activité professionnelle dont il tirera les ressources destinées à faire face aux nécessités de la vie courante. La structuration des entités productrices de biens et de services faisant appel, dans une très large mesure, à une agrégation des forces de travail physiques et intellectuelles, c'est le salariat qui, le plus souvent, permet à l'homme de satisfaire ses besoins. Sa dépendance prend alors le nom de dépendance économique et s'intègre aux éléments objectifs de fait qui président à la formation de sa volonté, pressant la manifestation du consentement.

497. Pour appréhender de pareilles situations, il faut alors rompre avec l'affirmation systématique de la liberté contractuelle qui prévaut dans l'enseignement du droit des

¹ Le Code civil n'échappe pas à cette recherche de compétitivité de la norme. En témoigne les efforts de communication déployés par la Chancellerie à l'occasion de la présentation de son projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats le 25 février 2015. L'étude d'impact précédant la réforme française réalisée en 2013 considère ainsi que « *dans une économie mondialisée extrêmement concurrentielle, l'absence de modernisation du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations pénalise la France sur la scène internationale (...). Il est donc indispensable, pour la France, de se doter d'un droit des contrats lisible et prévisible, qui constituerait assurément un facteur susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les parties qui souhaiteraient rattacher leur contrat au droit français* ».

obligations. La nuance est d'autant plus importante à la lumière du nouvel article 1102 issu de l'ordonnance de réforme du droit des contrats qui énonce que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter* ». Les manuels ne manquent certes pas de relater le recul du pouvoir créateur de la volonté dans les éléments structurants de l'acte juridique – sa force obligatoire et son contenu obligationnel. En revanche, le dogme du libre arbitre dans la décision de s'engager n'y est jamais relativisé, comme si les sciences juridiques devaient demeurer indifférentes à la prise en compte des circonstances factuelles de l'échange. Hormis la recherche d'éventuels vices du consentement, le Droit ne paraît pas s'intéresser aux contraintes susceptibles de peser sur celui qui prend la décision de souscrire un acte juridique.

498. Ni le droit commun, ni les droits spéciaux, que l'on présente pourtant fréquemment comme une source d'inspiration pour ce dernier, ne parviennent à cibler et à traiter convenablement cet assujettissement de la volonté. Aucun ne mesure vraiment l'irréductibilité de la dépendance économique par les techniques protectrices du consentement. Pour le premier, les lacunes se signalent tout d'abord au regard du domaine particulièrement restreint auquel la violence économique se voit cantonnée, entravée par une appréciation restrictive de l'abus de situation.

499. Ensuite, à supposer que la Cour de cassation retienne à l'endroit de cet abus une conception plus souple, le recours au droit commun viendrait inmanquablement buter sur l'insuffisance des sanctions attachées à la violence économique. La nullité n'est en effet d'aucun secours pour l'individu qui tire d'un acte juridique, fut-il inique, les moyens de sa survie. Quant à la voie de la responsabilité délictuelle, nous avons vu qu'il était douteux qu'elle puisse ici contribuer à rééquilibrer les termes de l'engagement. S'agissant des seconds, les droits spéciaux, leur secours présente de sérieuses limites. De l'étroitesse de son champ d'application à l'idéalisme de sa démarche préventive, le droit de la consommation ne convainc pas. Quant au droit de la concurrence, il n'y a guère que la récente stigmatisation des déséquilibres significatifs entre partenaires commerciaux qui puisse susciter un peu d'enthousiasme, confirmant, si besoin était, la pertinence d'une action centrée sur la substance de l'acte juridique.

500. Apparaît alors la nécessité du renfort d'un ordre public prétorien synonyme d'objectivation de l'acte juridique telle que peut la concevoir le droit du travail.

Contrairement aux suspicions dont le pouvoir créateur de la jurisprudence continue de faire l'objet sous la plume de nombreux civilistes, le droit du travail admet, assume et éclaire cette fonction normative du juge. Il n'hésite d'ailleurs pas à la mettre en prise avec l'exigence de sécurité juridique pour dégager les termes d'une indispensable conciliation. La discipline semble mesurer que l'invocation du respect dû aux prévisions des parties conduit parfois à entériner de choquants déséquilibres et à s'interdire toute tentative de correction.

501. L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique ne saurait toutefois se résumer à l'introduction de notions, d'interprétations, de techniques ou de mécanismes opérée en déduction de la situation de dépendance économique d'une des parties à l'échange. En témoigne en second lieu, la contribution de la discipline à la diversification des représentations des manifestations de volonté dans la formation de l'acte juridique, dont certains paraissent tout à fait indifférents à la prise en compte d'une inégalité de puissance économique. Ainsi, le droit du travail participe-t-il, à côté de la figure omniprésente du contrat fondé sur l'accord express de volontés individuelles, à faire émerger l'importance du rôle joué par la volonté d'un seul et la volonté d'une collectivité dans la naissance ou la mise en œuvre de droits et d'obligations.

502. La bonne fortune que connaît l'engagement unilatéral de volonté en droit du travail incite à dépasser la suspicion dont la volonté d'un seul comme source d'obligation fait toujours l'objet en droit civil. Fruit d'une objectivation des effets attachés à la manifestation de volonté initiale – de la justification de sa force obligatoire à la modélisation de son contenu obligationnel –, l'engagement unilatéral se voit hissé par le droit du travail au rang de complément à la typologie des engagements volontaires en droit des obligations. Conscient de ses atouts face aux fondements que lui préfère le droit civil – le recours à la responsabilité délictuelle ou la mobilisation du quasi-contrat –, le juge du travail joue un rôle clé dans la concrétisation du potentiel régulateur de l'engagement unilatéral, au point que le juge civil pourrait s'inspirer de la jurisprudence sociale pour accroître la place de la notion dans la théorie générale de l'acte juridique.

503. L'aptitude de la volonté d'un seul à générer des effets de droit doit également être envisagée dans l'orbite même du contrat, à travers les phénomènes de pouvoir qui pénètrent le contenu obligationnel de nombreux engagements. Le droit du travail démontre ainsi

l'opportunité d'une nuance du bilatéralisme fondée sur un dépassement de la nature de l'acte juridique conventionnel au profit de l'étude de sa substance. Aux côtés du pouvoir qui emprunte à l'exercice de prérogatives juridiques, l'exemple travailliste souligne l'importance du pouvoir factuel qui se traduit, notamment, par une absence de réciprocité dans la mise en œuvre de certains droits pourtant attribués de manière identique à chacun des protagonistes. La discipline propose également des techniques performantes au service d'un meilleur encadrement de ces manifestations d'autorité. D'une part, l'exigence de proportionnalité permet de renforcer le contrôle de l'exercice du pouvoir disciplinaire et la validité des clauses de sujétion. D'autre part, l'appréciation de l'abus dans l'activation des clauses de mobilité retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait contribuer à renforcer l'examen juridictionnel des conditions de fixation unilatérale du prix, notamment dans les contrats de distribution. Le droit du travail se distingue ici par un arbitrage dont les termes ne sont pas sans rappeler une conciliation d'intérêts divergents sous l'égide d'un principe de proportionnalité.

504. Avec la prise en compte de la volonté d'une collectivité comme source possible de droits et d'obligations, le droit du travail contribue enfin à situer l'acte juridique dans ses relations avec la loi au service d'un ordre public graduel. Cette ambition d'une légistique pluraliste, entre règles imposées et normes négociées, connaît une vigueur certaine à l'heure où l'association des corps intermédiaires à l'élaboration du Droit dépasse le cadre de la seule relation de travail pour investir de nouvelles branches du droit, tels le droit de la consommation, le droit des baux d'habitation ou encore le secteur de la distribution. À la lumière de son expérience – ses réussites et ses échecs –, le droit du travail peut constituer une source d'inspiration de premier ordre au service d'une dévolution réussie des compétences normatives du Parlement à la société civile. La notion de représentativité y jouerait le rôle d'une boussole, avec l'autorégulation comme fin, et la convention collective comme moyen.

505. Au terme de cette première partie, nous avons pu voir que les solutions travaillistes étaient de nature à favoriser la diversification des représentations de volonté dans la formation de l'acte juridique. Le droit du travail invite à renouveler la perception de certains concepts phares du droit privé, comme par exemple la liberté contractuelle. Mais il peut aussi inspirer une évolution du droit positif dans le sens d'une meilleure appréhension des phénomènes qui pénètrent aujourd'hui les engagements volontaires de droit privé. La discipline contribue ainsi

au perfectionnement des tentatives de régulation des situations de dépendance économique ou de contrôle des manifestations de pouvoir. En toutes hypothèses, l'apport du droit du travail ne se limite pas à la formation de l'acte juridique ; il peut également intervenir au temps de son exécution.

Seconde partie : L'apport du droit du travail au temps de l'exécution de l'acte juridique

506. La référence à l'exécution de l'acte juridique doit être comprise d'une manière large. Elle s'entend non seulement de la période qui suit immédiatement l'échange des consentements, mais également du moment où l'engagement prend fin. À l'instar de la première partie de notre étude, l'apport du droit du travail au temps de l'exécution de l'acte juridique présente un caractère protéiforme, ce qui rend délicat le rattachement de ses manifestations à une tendance exclusive. Nous verrons ainsi que les solutions déployées par le droit du travail ne visent pas à maintenir vaille que vaille l'exécution de l'acte juridique. Le législateur, tout comme la jurisprudence, opèrent au terme d'une pesée d'intérêts souvent opposés. L'employeur est ainsi fréquemment présenté comme partisan de plus de souplesse dans la détermination des conditions de travail – et de celles entourant la rupture de la relation –, tandis que le salarié, de son côté, serait avant tout attaché à la stabilité de son contrat¹. Les règles applicables à l'exécution du contrat de travail nous semblent traduire, dans une assez large mesure, la recherche d'un compromis entre ces ambitions divergentes². Au plan sémantique, ce compromis peut alors être réalisé autour de l'idée de pérennité de l'acte juridique.

507. La notion de pérennité renvoie communément à ce qui est durable et s'oppose à l'idée de précarité³. En droit administratif, le verbe « pérenniser » est ainsi employé pour décrire la titularisation d'un fonctionnaire à son poste⁴. Appliqué au droit des obligations, le terme désigne une analyse tendancielle du droit des contrats. Il renvoie alors à l'inscription de

¹ Par exemple, X. LAGARDE, « Prix et salaire ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 537, pour qui « *au fond il s'agit toujours de savoir dans quelle mesure le fabricant ou l'employeur peut opposer les aléas de l'activité économique au distributeur, d'une part, au salarié, d'autre part. Les premiers demanderont de la souplesse, les seconds de la stabilité* »

² Quoi que l'on puisse d'ailleurs penser du compromis réalisé.

³ A. REY, D. MORVAN, *Dictionnaire culturel en langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2005.

⁴ A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°1.

certain engagements volontaires de droit privé dans la durée⁵. Placer l'étude de la pérennité de l'acte juridique dans une optique exclusivement descriptive ne présenterait qu'un intérêt limité. En revanche, envisager la notion sous un angle heuristique, voire prescriptif, peut conduire à éclairer et à guider quelques-unes des lignes de force contemporaines de la théorie générale de l'acte juridique. Pareille orientation doit toutefois être bien comprise, car la pérennité de l'engagement n'est pas une fin en soi, comme l'a relevé le Professeur Verkindt à propos de la notion voisine de stabilité⁶. Cependant, précise l'auteur, ce qui n'est pas indifférent c'est la situation qu'il y a derrière la stabilité ou l'instabilité du contrat⁷. L'objectif de pérennité de l'acte juridique fait écho à cette mise en garde. Il s'appuie sur une conception de l'acte juridique qui accorde une place importante à la valeur de l'échange dans la satisfaction des besoins ou la poursuite de l'activité économique des cocontractants.

508. Si la situation de dépendance d'une des parties peut justifier le maintien de la relation, l'approche téléologique de la pérennité de l'acte juridique, et singulièrement de l'espèce contractuelle met plus largement en exergue la valeur patrimoniale du contrat⁸. Déjà en 1937, Gaudemet ne manquait pas de constater cette transformation du droit des obligations, caractérisée par un déclin de l'*intuitu personae*⁹, face à l'essor de la créance et de la dette

⁵ A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *op. cit.*, ; A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, tome 48 ; *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), Paris, LGDJ, 1960.

⁶ « *La stabilité du contrat n'est pas une fin en soi. J'aurais tendance à affirmer : que le contrat soit stable ou pas m'indiffère ; c'est une querelle un peu théorique* », P.-Y. VERKINDT, observations lors du colloque sur « Le renouveau des sanctions contractuelles », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, F. Collart Dutilleul, C. Coulon (dir.), Economica, Paris, 2007, p. 46, cité par Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008, n°947.

⁷ P.-Y. VERKINDT, *ibidem*.

⁸ Aidée en cela par le constat de ce que « *le groupe de contrats, de beaucoup le plus important, est celui de ces contrats successifs* », P. DURAND, « Préface ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), Paris, LGDJ, 1960, pp. I-V. « *Le droit des contrats est également un instrument de stabilité (...). La finalité poursuivie par les contractants n'est-elle pas l'exécution des prestations, laquelle implique, lorsque le contrat est exécution successive, le maintien de la relation contractuelle ?* », A. MARTINON, *op. cit.*, n°844 ; faisant procéder la patrimonialisation du contrat de l'impératif de pérennité contractuelle, voir également A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *op. cit.*, n°405, « *l'impératif économique de pérennité contractuelle, parce qu'il impose une rencontre entre l'économie et le droit, explique dans le même temps la réification du contrat, conçue comme un bien, un objet économique* ».

⁹ Avant le développement du crédit, « *l'obligation n'est pas autre chose que le droit personnel considéré au point de vue passif : c'est "un lien de droit par lequel une personne est tenue envers une autre d'une prestation, d'un fait ou d'une abstention (...)"*. Aujourd'hui, au contraire, la personnalité du créancier ou du débiteur est un élément secondaire dans l'obligation. En effet, le créancier n'a plus aucun droit sur la personne physique du débiteur, et, dans tous les cas il possède droit de gage général, qui met à sa disposition, en cas d'inexécution, tout le système de saisie du Code de procédure. La créance est devenue une valeur ou un assignat sur les biens », J. GAUDEMET, D. MAZEAUD, H. DESBOIS, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, Paris, 2004, n°9.

moderne¹⁰. Il observait alors que le contrat revêtait une valeur économique, et méritait ainsi une protection juridique renforcée¹¹.

509. La mise en évidence de l'aspect patrimonial du contrat a conduit une partie de la doctrine à aborder l'acte juridique sous l'angle de sa durée, encore qu'il faille bien distinguer les différents fondements conceptuels sur lesquels ces études reposent. Des écrits ont en effet choisi de promouvoir la longévité de l'acte juridique, non pas directement sur le fondement d'un objectif de pérennité mais à travers la recherche d'une stabilité du contrat¹². Les deux termes peuvent ne pas être tenus pour synonymes. S'ils entretiennent une certaine proximité notionnelle, il est néanmoins permis de leur reconnaître des ambitions différentes. Ainsi, la stabilité suggère fortement l'absence de changement de l'objet ou de l'entité auquel elle se rapporte. Elle est le caractère de ce qui tend à demeurer dans le même état, qui n'est pas sujet à changer¹³. En ce sens, elle peut être vue comme une forme de pérennité en évoquant la persistance d'un objet par-delà le temps qui s'écoule et les événements susceptibles de porter atteinte à son intégrité¹⁴.

¹⁰ « C'est en ce sens qu'on a pu dire que la créance et la dette moderne sont un rapport entre deux patrimoine, en même temps et plus encore qu'entre deux personnes ; que le créancier et le débiteur, ne sont plus que les représentants juridiques de leurs biens. Cela ne veut pas dire que l'obligation cesse d'être en rapport entre personnes ; mais simplement que l'individualité de ces personnes est désormais indifférente pour l'existence du rapport, que le créancier ou le débiteur peuvent changer sans que la créance, la dette soit éteinte ou modifiée », J. GAUDEMET, D. MAZEAUD, H. DESBOIS, *op. cit.*, n°13 ; « Le contrat apparaît aujourd'hui à la fois comme un lien entre les parties dont il est l'œuvre commune, et comme une entité contractuelle constituée d'un ensemble de droits et d'obligations, potentiellement cessible, qui s'insère dans un ordre juridique avec lequel il est relié », C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats ». *RTD civ.* 1997, p. 361.

¹¹J. GAUDEMET, D. MAZEAUD, H. DESBOIS, *ibidem* ; l'affirmation trouve un écho singulier en droit du travail, « la rupture du contrat de travail est spéciale parce que le contrat de travail présente une valeur particulière pour le salarié : ce dernier est la source d'un salaire, c'est-à-dire des revenus principaux d'une personne, d'un ménage, voire d'une famille ; de sorte que le risque de rupture du contrat sera bien souvent perçu comme une menace pour le salarié, son ménage ou sa famille », A. MARTINON, « Le contrat de travail, laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? ». *LPA* 2012, n°238, p. 16, n°6 ; du même auteur et dans le même sens « Le salaire ». in *Les notions fondamentales du droit du travail*, B. Teyssié (dir.), éd. Panthéon-Assas, Paris, 2009, p. 161 et s.

¹² A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, tome 48 ; *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960.

¹³ A. REY, D. MORVAN, *Dictionnaire culturel en langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2005.

¹⁴ « Précisément, la stabilité du contrat à durée indéterminée traduit la pérennité de la relation de travail, en dépit des mutations économiques, des comportements, des événements personnels ou des phénomènes naturels compromettant son exécution », A. MARTINON, *op. cit.*, n°1.

510. Le droit du travail n'ignore pas l'importance de la stabilité de la relation de travail, en particulier pour le salarié¹⁵. La durée de l'engagement occupe une place cardinale dans la discipline, en témoigne la place l'affirmation du contrat à durée indéterminée en tant que figure de contrat de droit commun. Tout contrat conclu sous un régime différent doit obéir à des conditions précises, à peine d'être requalifié.

511. La requalification en droit du travail affiche ainsi un double visage¹⁶. Le premier, partagé par les autres branches du droit et qualifié de requalification-interprétation¹⁷, incarne les prescriptions de l'article 12 al. 2 du Code de procédure civile selon lesquelles le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposées »¹⁸. Le second prend la forme d'une requalification-sanction¹⁹. Désignée par l'expression « sanction de requalification » sous la plume du Professeur Baugard²⁰, la technique voit sa mise en œuvre subordonnée « l'existence d'un "contrat de droit commun" ou "contrat de référence", ce qu'est en droit du travail le contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein »²¹. L'auteur expose que « cette prééminence du régime attaché à ce contrat justifie l'encadrement de contrats dérogatoires, de façon plus ou moins exceptionnelle, essentiellement là où le régime du contrat de référence apparaît inadapté »²². En conséquence, la requalification du contrat dérogatoire vient sanctionner la violation des règles posant les conditions de leur conclusion²³.

¹⁵ « au fond il s'agit toujours de savoir dans quelle mesure le fabricant ou l'employeur peut opposer les aléas de l'activité économique au distributeur, d'une part, au salarié, d'autre part. Les premiers demanderont de la souplesse, les seconds de la stabilité », X. LAGARDE, « Prix et salaire ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 537.

¹⁶ Cf. ROY-LOUSTAUNAU, « Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée : requalification-interprétation et requalification-sanction ». *RRJ* 1992, p. 862.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Le mécanisme faisant ici écho à l'indisponibilité de la qualification de contrat de travail ; pour un exemple récent, Cass. soc. 3 juin 2009, n°08-40981, « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ».

¹⁹ Cf. ROY-LOUSTAUNAU, *op. cit.*

²⁰ D. BAUGARD, *La sanction de requalification en droit du travail*, IRJS, Paris 2011, tome 31.

²¹ D. BAUGARD, *op. cit.*, n°898.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibid.*, « en ne les respectant pas, les parties se placent hors du champ de la dérogation admise, et le régime attaché au contrat qui doit normalement être conclu retrouve alors toute sa force d'application ».

512. Particulières, les configurations susceptibles de donner lieu à une requalification-sanction ne se limitent toutefois pas au seul périmètre de la relation de travail²⁴. Le Professeur Dirk Baugard repère en ce sens l'existence de statuts impératifs en matière de baux commerciaux²⁵, de baux ruraux²⁶ ou encore de baux d'habitation²⁷, pour lesquels une dérogation est soumise aux conditions fixées par le législateur ou la jurisprudence. Faute pour les parties de s'inscrire dans un tel cadre, l'engagement encourra la requalification, à l'instar de la sanction pratiquée en droit du travail²⁸. À ce titre, les solutions forgées par l'analyse travailliste de cette sanction civile pourraient prospérer au-delà de la discipline, ce qu'envisage d'ailleurs Monsieur Dirk Baugard lorsqu'il propose de s'inspirer des décisions interdisant à l'employeur de solliciter la requalification du contrat, pour²⁹, dans les autres branches du droit, réserver à la partie faible le droit de se prévaloir de la violation des règles encadrant la conclusion de contrats dérogatoires³⁰.

La requalification-sanction contribue par ailleurs à situer l'engagement dans une optique de pérennité. Le régime de la rupture du contrat à durée déterminée est certes plus restrictif que

²⁴ Voir G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme ». in *Journées J. Flour*, Defrénois, 2000, art. 37209, p. 880, spé. 892.

²⁵ D. BAUGARD, *op. cit.*, n°901 et s., observant que la conclusion d'une convention d'occupation précaire permet d'échapper au statut des baux commerciaux dans des circonstances particulières échappant à la volonté des cocontractants ; en ce sens Cass. civ. 3^e 29 avril 2009, *Bull. civ. III*, n°80, « la cour d'appel qui a caractérisé l'existence de circonstances particulières, indépendantes de la seule volonté des parties, permettant de retenir la qualification de convention d'occupation précaire, l'existence de la bonne ou de la mauvaise foi étant inopérante, a légalement justifié sa décision ».

²⁶ D. BAUGARD, *op. cit.*, n°902, relevant que « [l'article L.411-2 du Code rural] comporte des règles particulières relatives à la convention d'occupation précaire qui énumèrent de façon limitatives les circonstances dans lesquelles sa conclusion est légitime afin d'éviter qu'elle ne tienne trop facilement en échec le régime attaché au bail rural. La violation de ces règles doit appeler la requalification de la convention d'occupation précaire en un bail rural (...) »

²⁷ D. BAUGARD, *op. cit.*, n°905, l'article 11 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 dispose que « quand un événement précis justifie que le bailleur personne physique ait à reprendre le local pour des raisons professionnelles ou familiales, les parties peuvent conclure un contrat d'une durée inférieure à trois ans mais d'au moins un an. Le contrat doit mentionner les raisons et l'événement invoqués ».

²⁸ D. BAUGARD, *op. cit.*, n°906, « (...) les règles présentées, portant sur le choix du contrat, sont suffisamment proches de celles qui gouvernent les rapports entre le contrat de travail à durée indéterminée et le contrat de travail à durée déterminée pour que les solutions dégagées en droit du travail puissent inspirer ce rétablissement de la légalité, cette application du régime impératif indument contourné ».

²⁹ Cass. soc. 6 juillet 1987, *Bull. civ. V*, n°481 ; D. 1988, somm. p. 97, obs. J.-M.BÉRAUD ; D. BAUGARD, *op. cit.*, n°595 et s.

³⁰ D. BAUGARD, *op. cit.*, n°911, ciblant ici les hypothèses où « des "parties fortes" au contrat entendent se prévaloir de la violation de règles protectrices de leur cocontractant, partie faible, portant sur le choix d'un type de contrat et que ce dernier s'y opposera, le contrat "de référence" lui semblant à tel ou tel égard moins favorable que le contrat réellement conclu, bien qu'irrégulièrement ».

celui du contrat à durée indéterminée³¹, ce qui démontre d'ailleurs que l'idée de précarité affectant les engagements temporaires mériterait parfois d'être un peu plus nuancée. Mais la relation conclue sans limitation de durée gagne en pérennité ce qu'elle perd en stabilité : en l'absence de limites temporelles *ab initio*, les parties inscrivent leur relation dans le long terme. Cependant, si la requalification-sanction a pour conséquence de prolonger la durée du contrat, son effet sur la pérennité de l'engagement n'en reste pas moins indirect. L'objectif premier du mécanisme consiste à sanctionner l'illicéité du recours à des contrats dérogatoires par la substitution du contrat de référence³². La prolongation de l'engagement susceptible d'y succéder n'est qu'accessoire. Elle n'est également qu'éventuelle.

513. Le recours à l'essai en matière contractuelle appelle des observations similaires. Défini comme « *une expérimentation subjective destinée à se prémunir contre un risque* », l'essai, nous dit le Professeur Tournaux, correspond à « *une mise en situation provisoire et précaire d'une situation juridique projetée, dont la stabilité et les enjeux personnels constituent un risque contre lequel il convient de se prémunir* »³³. En ce sens, la technique contribue à favoriser une certaine pérennité de l'engagement qu'elle est censée préfigurer. De ce point de vue, « *le droit du travail pourrait servir de modèle à la systématisation de l'essai et à la détermination de son régime juridique* »³⁴. Le Professeur Tournaux propose ainsi de s'inspirer de la discipline pour instaurer une durée minimale de l'essai³⁵ ou encore un préavis à sa rupture³⁶, laquelle devrait par ailleurs respecter un certain formalisme³⁷. Reste qu'à l'instar de la requalification-sanction, la pérennité de l'engagement assorti d'une période d'essai demeure elle aussi éventuelle et accessoire. À côté « *des contingences liées (...) à l'existence d'un rapport de dépendance [ou] d'une forme de dignité sociale* », le régime de l'essai reste en effet marqué par « *l'influence de la liberté, de la subjectivité qui doit lui être réservée afin*

³¹ C. trav. art. L. 1243-1 : « *sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure* ».

³² L'article L. 1245-1 du Code du travail dispose qu'est réputé à durée indéterminée tout contrat de travail conclu en méconnaissance de la réglementation relative au recours à des contrats à durée déterminée.

³³ S. TOURNAUX, *L'essai en droit privé. Contribution à l'étude de l'influence sur droit du travail sur le droit privé*, LGDJ - Bibliothèque de droit social, Paris, 2011, tome 54, n°35.

³⁴ S. TOURNAUX, *op. cit.*, n°34.

³⁵ S. TOURNAUX, *op. cit.*, n°355 et s.

³⁶ S. TOURNAUX, *op. cit.*, n°515 et s.

³⁷ S. TOURNAUX, *op. cit.*, n°531 et s.

qu'il remplisse son rôle de prévention d'un risque d'erreur sur la situation juridique définitivement projetée »³⁸.

514. La contribution, même accessoire et indirecte, de l'essai et de la requalification-sanction à la pérennité de l'acte juridique, emporte, on le voit, un certain recul de l'idée de stabilité de la relation contractuelle. Le régime qui accompagne la stipulation d'une période d'essai, ou la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, rend la rupture plus aisée que dans la situation de référence à laquelle ses mécanismes font échec³⁹. Mais ces techniques ne sauraient pour autant conduire à écarter toute considération de stabilité dans l'affirmation d'un objectif de pérennité contractuelle. Il faut ainsi reconnaître à la notion de stabilité le mérite de rappeler que le contrat demeure un instrument de prévision. Que des adaptations puissent s'avérer nécessaires à son exécution ne les empêche pas néanmoins de devoir respecter l'essence du projet commun élaboré par les parties⁴⁰.

515. La valeur ajoutée du concept de pérennité par rapport à l'idée de stabilité se signale alors par l'introduction d'une dimension qualitative dans le contrat qu'il tend à protéger⁴¹. Contrairement à la pérennité, la stabilité présente, à notre sens, l'inconvénient de passer sous un relatif silence la nécessité pour le contrat d'être adapté s'il entend durer⁴², à l'image des espèces vivantes chez qui Lamarck a pu démontrer l'importance de l'évolution pour éviter leur extinction⁴³. De plus, le refus de toute adaptation du contrat, dans l'hypothèse où il ne serait pas fatal à l'existence même de l'engagement, ne protège en effet qu'une stabilité

³⁸ S. TOURNAUX, *op. cit.*, n°35.

³⁹ Le régime du licenciement pour l'essai, le régime du contrat à durée déterminée pour la requalification.

⁴⁰ Ce qu'exprime très clairement Madame Anne-Sophie Lafefve Laborderie en se demandant, dans la problématique de sa thèse consacrée à la pérennité contractuelle, « *comment le contrat parvient-il à traverser le temps continu et discontinu sans mettre en péril la stabilité indispensable à son existence ?* », A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°19.

⁴¹ « *La pérennité contractuelle envisage la vie du contrat en attribuant à la notion de durée sa dimension qualitative et non uniquement quantitative. Une distinction semble pouvoir être présentée entre la survie du contrat et la pérennité contractuelle. La survie concerne essentiellement le maintien durable de la convention, c'est-à-dire la dimension quantitative de la durée de la convention, tandis que la pérennité contractuelle vise le maintien durable et efficace du contrat, c'est-à-dire les dimensions à la fois quantitatives et qualitatives de la durée* », A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *op. cit.*, n°19.

⁴² A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *op. cit.*, n°399, « *la stabilité de la convention se manifeste en conséquence davantage dans l'adaptabilité de celle-ci que dans son immutabilité (...). La contradiction entre la stabilité nécessaire du contrat et l'inéluctable mutation permanente de l'économie se trouve donc dépassée par l'impératif économique de pérennité contractuelle* ».

⁴³ J.-B. LAMARCK, *Philosophie zoologique*, Flammarion, Paris, 1999.

formelle, de pure façade qui masque une altération profonde et injuste de la convention⁴⁴. À la différence de la stabilité, le souci de pérennité ne se satisfait pas de la seule survie du contrat et prend également en compte l'efficacité de son exécution, autrement dit son utilité incarnée par la cause de l'engagement⁴⁵.

516. Le droit du travail mesure à la fois la valeur de l'emploi occupé dans le patrimoine du salarié⁴⁶, et la nécessité, pour l'employeur, que le travail accompli corresponde à l'intérêt de l'entreprise. Il a su ainsi développer des techniques contractuelles appropriées et des interprétations originales des notions issues du droit commun au service de la pérennité d'un contrat de travail confronté aux événements susceptibles d'affecter la situation, tant physique qu'économique, du salarié comme de l'employeur. Ces apports du droit du travail à la longévité de l'acte juridique se mesurent à deux niveaux, chacun prenant racine dans les traits caractéristiques de la pérennité que nous venons d'évoquer. Il s'agit, tout d'abord, de protéger l'exécution de l'engagement contre les affres du temps en encourageant son adaptation (**Titre premier**). C'est ensuite par l'encadrement des ruptures de l'acte juridique que le droit du travail s'efforce de concourir à sa pérennité (**Titre second**).

⁴⁴ J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 190, « au-delà de cette stabilité formelle, doit être recherché une stabilité réelle qui, elle, postule un réaménagement du rapport contractuel destiné à compenser les effets perturbateurs de la conjoncture économique ».

⁴⁵ « On continuerait à vérifier la viabilité du projet contractuel, tout au long de sa mise en œuvre par les parties, ce qui ferait de la cause non seulement une condition de validité mais aussi de pérennité du contrat. L'essentiel est que demeure une créance utile », Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°187.

⁴⁶ Non qu'il faille ignorer les cas, toutefois peu répandus, dans lesquels la personnalité ou les compétences du salarié sont tels que la rupture du contrat de travail compromet sévèrement l'activité économique de l'entreprise.

Titre 1 : L'apport du droit du travail à l'adaptation de l'acte juridique

517. Le verbe adapter désigne l'action d'acclimater, d'accommoder, ou de modifier pour rendre conforme aux circonstances nouvelles¹. Face aux mutations économiques et sociales, pour ne retenir que ces deux paramètres, l'acte juridique doit faire preuve de souplesse afin de devenir moins cassant². Rester en l'état, ne rien changer, c'est prendre le risque de l'obsolescence et de la sclérose en demeurant sourd aux transformations de la vie³. C'est encore « *s'aligner sur une perception anachronique du temps et unitaire de la notion de contrats* »⁴.

L'encouragement du droit du travail à l'adaptation des engagements volontaires de droit privé s'inscrit dans le sillage d'une analyse renouvelée de l'espèce contractuelle⁵. Celle-ci accorde en effet à l'étude des engagements de longue durée une attention particulière, en insistant sur les conditions de leur pérennité. Parmi elles, l'adaptation de l'acte juridique occupe une place importante. En droit du travail, cet objectif se décline dans deux principales directions. Tandis que la matière promeut les adaptations supplétives de l'accord des parties (**Chapitre 1**), elle entreprend dans le même temps de contrôler celles qui procèdent exclusivement de la volonté des contractants (**Chapitre 2**).

¹ A. REY, D. MORVAN, *Dictionnaire culturel en langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2005.

²C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* ». *RTD civ.* 1997, p. 364 : « *la souplesse contractuelle peut contribuer à maintenir un contrat en vie alors que son mécanisme interne ou la défaillance du débiteur en aurait commandé l'anéantissement* », Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, PUAM, 1994, p. 68.

³ « *On a cru, pendant longtemps, que le besoin le plus impérieux du droit privé c'est la stabilité, et ont lieu à sacrifier tout autre chose. On commence maintenant à reconnaître que la stabilité est une chimère ; elle ne peut pas résister aux transformations de la vie, et c'est un autre besoin, plus impérieux et moins facile à réaliser, qu'il faut satisfaire : le besoin d'adaptabilité* », Ah. AL-SANHOURY, « *Le standard juridique* ». in *Mélanges Gény*, tome 2, Sirey, Paris, 1937, p. 114.

⁴ Ch. JAMIN, « *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil* ». *Dr. et patr.* 1998, p. 52.

⁵ « *Il est permis de constater que le principe de force obligatoire intègre la survie du contrat et exclut la pérennité contractuelle. En isolant le contrat de son contexte, la théorie classique du contrat compromet toute idée de pérennité contractuelle* », A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *op. cit.*, n°272.

Chapitre 1 : L'apport du droit du travail à la promotion des adaptations supplétives de l'accord des parties

518. Faut-il laisser aux parties une liberté totale dans la décision d'adapter ou non le contrat ? Leur accord doit-il obligatoirement être obtenu lorsqu'il s'agit d'altérer le produit de leur volonté commune ? Au premier regard, le respect du projet initial et de la loi des parties incite à répondre positivement à ces questions. Mais il est des cas où l'adaptation du contrat présente une importance capitale pour l'un des protagonistes, sans que son partenaire ne ressente la nécessité d'une modification de l'engagement du moment que ses intérêts demeurent intacts. On songe immédiatement à la survenance d'événements indépendants de la volonté des parties ayant pour conséquence de perturber l'équilibre des prestations réciproques en rendant, par exemple, plus onéreuse l'exécution de l'engagement par l'une d'entre elles. Chacun aura ici reconnu le substrat factuel de la théorie de l'imprévision. Dans le même sens, l'un des protagonistes peut se trouver dans l'impossibilité d'accomplir sa part du contrat, entravé momentanément, par des circonstances extérieures à sa volonté, hypothèse que vise la suspension du contrat.

Or, tous les contrats ne voient pas leur exécution intrinsèquement subordonnée à une active coopération des parties ; il est donc à craindre, dans l'une et l'autre de ces situations, que celui qui n'a pas à souffrir d'un changement de conjoncture refuse de venir en aide à son partenaire et exige de lui qu'il se conforme strictement aux termes de l'engagement. La continuité du contrat risquerait fort ici de porter atteinte à l'intérêt d'une des parties si elle n'est pas simultanément associée à la notion de pérennité l'idée d'une sauvegarde de l'équilibre initial. La précision est d'autant plus importante pour celui qui malgré l'alourdissement de ses obligations, entretient avec le contrat un rapport de subsistance ou un lien de nécessité tel, que la rupture de l'engagement engendrerait un préjudice encore supérieur.

Face à ce risque d'inertie, il paraît opportun d'encourager une adaptation du contrat nonobstant l'absence d'accord des parties. Si celles-ci, animées par un sentiment de loyauté, conviennent de modifier le contenu du contrat dans le souci de sauvegarder effectivement leurs intérêts réciproques, on ne peut que s'en réjouir. En revanche, dans le cas où aucune initiative ne serait prise en ce sens ou si d'aventure la renégociation ne devait pas aboutir, le

juge pourrait être amené à intervenir de manière supplétive. À ce titre, deux hypothèses méritent d'être envisagées à l'aune des exemples offerts en droit du travail la révision du contrat pour imprévision, d'une part (**Section 1**), sa suspension, d'autre part (**Section 2**).

Section 1 : La révision du contrat pour imprévision

519. Parmi les instruments et les notions pouvant être mobilisés au soutien d'une adaptation du contrat¹, la théorie de l'imprévision occupe une place particulière. Tout d'abord, elle demeure, à notre sens, la technique la plus emblématique d'une révision du contrat fondée sur un changement de circonstances. L'imprévision renvoie en effet à la situation où l'exécution de l'engagement demeure possible mais devient excessivement onéreuse, bouleversant l'économie contractuelle originelle². Une intervention sur le contenu obligationnel de l'engagement devient alors nécessaire afin de répartir la charge du risque créé par l'événement imprévu entre les parties de façon équitable, soit en réajustant le contrat, soit en y mettant fin³. L'autre raison du particularisme affiché par la théorie de l'imprévision tient, ensuite, à ce qu'en dépit des nombreuses exhortations doctrinales y incitant, la Cour de cassation n'a jamais formellement consacré de mécanisme de révision pour imprévision. Depuis la célèbre affaire du Canal de Craponne et aux termes de la non moins fameuse motivation de la haute juridiction, « *dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* »⁴.

Cette hostilité n'a toutefois plus lieu d'être depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le nouvel article 1195 du Code civil ouvre en effet la voie à la révision pour

¹ Si nos développements relatifs à l'imprévision se trouvent accordés au genre contractuel, il n'est pas interdit d'envisager l'hypothèse d'une révision appliquée à un engagement unilatéral de volonté.

² D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant, Collection du Centre interuniversitaire de droit comparé, Bruxelles, 1986, tome 27, n°663.

³ D. TALLON, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Mélanges Sayag*, Litec, Paris, 1997 p. 415.

⁴ Cass. civ. 6 mars 1876, *GAJC*, 11^e éd., n°163 ; confirmant cette hostilité, Cass. com. 18 décembre 1979, *Bull. civ. IV*, n°339, à propos du refus d'augmenter le tarif d'un contrat de magasinage en raison de circonstances économiques nouvelles

imprévision. Il dispose ainsi 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* ». L'alinéa 2 précise qu' « *en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». L'ordonnance retient ici une position différente des termes du projet de la Chancellerie dans sa version de 2015. Le rôle du juge, saisi par une partie, ne se limite plus seulement à mettre un terme au contrat, il peut désormais réviser les termes de l'engagement.

Il s'agit là d'une évolution significative du droit des contrats et qu'il convient de saluer, nonobstant les incertitudes entourant la mise en œuvre du mécanisme de révision. Le souci de pérennité du contrat, dont on a pu observer les justifications, incitait en effet à reconnaître aux magistrats le pouvoir d'adapter l'engagement, face aux perturbations auxquelles son inscription dans le temps peut le confronter⁵. Or, si le droit civil répugnait jusqu'ici à l'introduction d'un tel mécanisme de révision, le droit du travail de son côté, à travers l'obligation faite à l'employeur d'adapter le salarié à l'évolution des emplois de l'entreprise, n'hésitait pas à prendre en considération le poids des changements de circonstances sur la substance de l'engagement. Il ne s'agit certes pas, nous le verrons, d'affirmer que la discipline consacre une véritable théorie de l'imprévision : le juge du travail, pas plus que la jurisprudence civile antérieure à la réforme de 2016, ne s'autorise à redéfinir le contenu de l'engagement. Pour autant, malgré cette limite du « modèle » travailliste, l'exemple de la discipline pouvait fournir un substrat juridique favorable à l'accueil de la révision pour imprévision, sans nécessairement faire appel au législateur⁶. L'apport du droit du travail se

⁵ « *L'influence du temps réside dans les changements de circonstances extrinsèques aux contrats qui occasionnent de grandes perturbations au sein de l'exécution durable et efficace de la convention* », A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°147 ; A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, tome 48, n°124, « *s'agissant d'un contrat à durée indéterminée, le rejet de la révision devient un obstacle à la stabilité du lien contractuel* ».

⁶ Même si nous admettons volontiers que l'introduction de la révision pour imprévision dans le Code civil vide la question d'une grande partie de son intérêt.

manifestait ainsi dans l'identification de ses fondements (I), tout en apportant un éclairage bienvenu sur la détermination de ses modalités (II).

I. Les fondements de la révision

520. Deux types de fondements méritent d'être distingués. Il y a tout d'abord les arguments qui contribuent à mettre en avant l'opportunité de la consécration d'un mécanisme de révision pour imprévision, nous parlerons de fondements axiologiques (A). L'autre type de fondement s'attache ensuite au choix de la disposition légale permettant d'asseoir l'intervention du juge dans le contenu du contrat, il s'agira des fondements juridiques (B)⁷.

A. Les fondements axiologiques

521. Reconnaître au juge la faculté de réviser un contrat pour imprévision répond à la volonté de maintenir l'équilibre initial des prestations (1). Le droit comparé offre par ailleurs l'occasion d'observer que dans les hypothèses et les pays dans lesquels la théorie de l'imprévision est admise, le pouvoir modérateur du juge ne conduit en aucune manière à l'insécurité juridique et au chaos annoncés par ses détracteurs (2).

1. Une révision commandée par le maintien de l'équilibre initial des prestations

522. Le contrat est classiquement appréhendé comme un acte de prévision. Il offre à chaque partie la faculté de gérer les risques externes propres à l'opération économique qu'il permet de réaliser⁸. Partant, on peut se demander ce qui justifierait que le juge ait à prendre des mesures pour répondre à ces risques quand la partie intéressée ne l'a pas fait alors qu'elle le pouvait⁹. L'existence implicite d'une clause *rebus sic stantibus* est parfois avancée au soutien

⁷ Il faut néanmoins se garder d'exagérer la portée de l'opposition entre fondements axiologiques et fondements juridiques. Lorsque plusieurs fondements juridiques sont techniquement possibles, ce sont bien des considérations d'ordre axiologique qui vont conduire à privilégier une solution au détriment des autres. Aussi l'intérêt de la présente division est-il en grande partie pédagogique.

⁸ F. MANTILLA-ESPINOZA, « L'introduction de la révision pour imprévision - Rapport colombien ». *RDC* 2010, p. 1047.

⁹ On assisterait alors à « une espèce de parrainage de la partie qui ne s'est pas occupée avec diligence de ses intérêts privés », F. MANTILLA-ESPINOZA, *ibidem*.

d'une intervention du juge sur le contenu obligationnel du contrat. Elle relève toutefois davantage du mirage que de l'intention véritable des parties (a). Aussi le maintien de l'équilibre initial de la prestation implique-t-il un dépassement de l'intangibilité du contrat comme obstacle à sa révision (b).

a. Le mirage de la clause *rebus sic stantibus*

523. L'un des arguments à l'admission de la théorie de l'imprévision repose sur le respect de la volonté des parties. Il suppose de dépasser les mentions du contrat pour, derrière la lettre, en dégager l'esprit afin de sauvegarder l'équilibre convenu lors de l'échange des consentements. La clause *rebus sic stantibus* joue un rôle essentiel dans cette interprétation de l'engagement. Elle serait sous-entendue dans tout contrat de longue durée et conditionnerait son exécution au maintien des circonstances de fait contemporaines de l'échange des consentements¹⁰.

524. Séduisante, à l'image des adaptations conventionnelles des traités qu'elle impose en droit international¹¹, la clause *rebus sic stantibus* n'est pourtant pas admise en droit interne¹². La réticence dont témoigne ici la Cour de cassation est tout à fait justifiée. En appeler à l'implicite intention des parties pour autoriser une intervention judiciaire nous paraît pour le moins discutable : dégager une prétendue volonté commune tournée vers un maintien de

¹⁰ La formule latine signifie « les choses étant ou demeurant ainsi ». Le Vocabulaire juridique Cornu y voit une mention « utilisée pour désigner la référence à la situation (économique, monétaire, etc.) qui existait au moment de la conclusion d'un accord de longue durée, dans la question de savoir si le maintien de cette situation a été considéré (expressément ou implicitement) comme la condition du maintien de cet accord, de telle sorte que l'altération grave de cet état de choses justifierait la caducité ou l'adaptation de l'accord original », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013.

¹¹ L'article 62 de la Convention de Vienne de 1965 sur le droit des traités dispose que « 1. Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que : a) L'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité; et que b) Ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité. 2. Un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer : a) S'il s'agit d'un traité établissant une frontière; ou b) Si le changement fondamental résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité. 3. Si une partie peut, conformément aux paragraphes qui précèdent, invoquer un changement fondamental de circonstances comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer, elle peut également ne l'invoquer que pour suspendre l'application du traité ».

¹² « En droit interne français des contrats, la clause *rebus sic stantibus* n'a jamais pu détrôner la règle selon laquelle chacun doit tenir sa promesse : *pacta sunt servanda* », B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances ». *RDC* 2004, p. 69.

l'équilibre initial s'avère des plus artificiels, tandis que la mobilisation à son soutien de figures et d'écrits prestigieux demeure douteuse.

525. Artificiel tout d'abord, dans la mesure où, si l'on admet volontiers l'existence de types de contrats dont la bonne exécution suppose une intense collaboration¹³, voire une alliance des parties¹⁴, la variété du contrat-échange demeure néanmoins associée à un degré plus ou moins élevé d'antagonisme des intérêts en présence. Qu'un changement de circonstances survienne, augmentant le gain de X autant qu'il diminue le profit de Y et rien n'est moins sûr que la volonté du premier de revenir au *statu quo ante*¹⁵. Ce que la théorie du contrat gagne en réalisme en admettant la nécessité de prendre en compte le poids de l'environnement économique et social dans l'exécution des engagements, elle ne doit pas l'obtenir par excès d'angélisme. Si les parties tiennent tant à s'assurer un juste équilibre de leurs obligations réciproques, la voie de la renégociation et de la modification conventionnelle est toujours ouverte.

526. Douteux ensuite, pour peu que l'on prenne le temps, à l'invitation du Professeur Sérioux¹⁶, de revenir sur le propos des illustres auteurs dont tendent à se réclamer les défenseurs de la clause *rebus sic stantibus*. La pensée de Saint Thomas d'Aquin est ainsi régulièrement invoquée pour affirmer qu'il n'y a pas de violation de la parole donnée lorsque l'une des parties ne remplit pas un engagement pris dans des circonstances qui se sont trouvées par la suite bouleversées¹⁷. Saint Thomas reprend lui-même le point de vue de Sénèque, selon lequel « *pour être obligé de tenir une promesse, il faut que rien n'ait changé ; autrement, on ne fut pas menteur en promettant puisqu'on le fit sous certaines conditions ; on*

¹³ S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*. Economica, Paris, 2012, tome 27.

¹⁴ J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, Economica, Paris, 2012, tome 30.

¹⁵ Ce qu'indique très justement Monsieur Delmas-Saint-Hilaire en relevant que « *si l'un des contractants redoute les modifications éventuelles de la conjoncture, l'autre s'en accommode fort bien ; il les souhaite même car elles allégeront sa dette et c'est peut-être essentiellement en songeant à leur survenance qu'il a conclu un contrat de longue durée ; il serait donc faux de prétendre que l'insertion de la clause litigieuse dans la convention est conforme à la volonté commune des parties* », J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 201.

¹⁶ A. SÉRIAUX, Avant propos in Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, PUAM, 1994.

¹⁷ « *Pour les canonistes, le respect de la parole donnée et doit s'apprécier au regard des circonstances qui existaient lors de la conclusion ; si celles-ci viennent d'être bouleversées, le consentement initial s'en trouve dénaturé, sorti de son contexte ; il n'y a plus alors de raison de maintenir telle quelle convention* », C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats ». *RTD civ.* 1997, p. 367.

n'est pas infidèle en ne tenant pas, puisque ces conditions n'existent plus »¹⁸. Or, tel que le relève le Professeur Sériaux, l'hypothèse visée par ces auteurs se rapproche davantage de la force majeure que de la révision à laquelle invite la clause *rebus sic stantibus* : il s'agit tout au plus de savoir si l'on peut tenir pour responsables des débiteurs qui n'exécutent pas leur dette. La question d'un rééquilibrage des prestations ne se pose pas¹⁹. Il faut donc chercher ailleurs que dans la clause *rebus sic stantibus* la justification au maintien de l'équilibre initial dans une logique de pérennité du contrat.

b. Le dépassement de l'obstacle tenant à l'intangibilité du contrat

527. L'accord des individus est régulièrement représenté sous les traits d'une loi d'airain élaborée par les contractants et à laquelle ceux-ci souscrivent en toute liberté²⁰ ; le spectre de la révision pour imprévision se heurterait ainsi à la force obligatoire du contrat²¹. Pour dépasser l'obstacle de l'intelligibilité du contrat, il est nécessaire de nuancer la portée de la référence à la volonté commune en tant que synonyme d'immutabilité du contenu obligationnel.

528. L'existence de déséquilibres de puissance économique initiaux va en effet souvent de pair avec l'incapacité de l'un des protagonistes de peser sur le contenu de l'engagement²². La critique ne manque pas de portée lorsque l'on observe qu'une partie de la doctrine délaisse volontiers le terrain de l'imprévision pour inciter les parties à stipuler des clauses de variations²³. Ainsi que le remarque le Professeur Mustapha Mekki, tout se passe comme si

¹⁸ St. Th. AQUIN (d'), Somme théologique IIa-IIae, q. 110, art. 3, ad5, cité par A. SÉRIAUX, *ibidem*.

¹⁹ A. SÉRIAUX, *op. cit.*, p. 3.

²⁰ Récemment encore, L. AYNÈS, « La cause, inutile et dangereuse ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 40 ; C. GRIMALDI, « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots ». *D.* 2015, p. 815.

²¹ Quand bien même nous avons pu rendre compte du déclin de l'autonomie de la volonté dans la force obligatoire du contrat, voir *supra*, *Le déclin de l'autonomie de la volonté dans la force obligatoire de l'acte juridique*, n°122 et s.

²² L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats ». *RTD civ.* 1937, p. 1 ; F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion ». *JCP* 1993, I, 3673.

²³ « On ne peut que recommander aux parties désirant contracter, surtout s'agissant des contrats de longue durée, de prévoir l'imprévision et donc d'insérer dans leur contrat une clause de hardship », J.-L. JUHAN, « Le contrat bouleversé par la crise : vers un droit à la renégociation ? ». *RLDC* 2009, n°58, p. 25 ; voir également l'article 1135-1 de l'avant-projet Catala aux termes duquel, « 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 fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles ». L'article 1135-2 de l'avant-projet semble ouvrir la porte à une immixtion du juge dans la loi des parties en disposant qu'« à défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une

l'absence de mécanisme général de révision judiciaire pour imprévision invitait les parties de prendre leurs précautions lors de la rédaction du contrat²⁴. Un tel raisonnement fait malheureusement peu de cas des nombreuses hypothèses dans lesquelles même si une partie souhaite stipuler une clause de variation, l'absence de négociation caractéristique des contrats d'adhésion, ou son infériorité économique, l'empêchent d'introduire cet instrument d'adaptation²⁵. À tel point que chez les auteurs attachés à cette forme de souplesse contractuelle, certains en appellent à une intervention du législateur pour imposer la souscription de clauses de négociation ou d'indexation²⁶.

529. Le recours aux clauses de variation rencontre par ailleurs un second obstacle tenant, cette fois-ci, à la difficulté pour les parties d'anticiper l'ensemble des soubresauts susceptibles d'agiter la relation contractuelle²⁷. Si certains engagements affichent une nature propice à l'intégration d'instruments de flexibilité au moment de leur formation²⁸, pour d'autres la tentative s'avère plus délicate dès lors que l'on tente de protéger pour le futur l'équilibre des intérêts en présence²⁹. Face aux incertitudes de l'avenir, les contractants font parfois délibérément le choix de conclure les contrats incomplets³⁰, lorsque ceux-ci s'inscrivent sur le

nouvelle négociation », mais l'article 1335-2 limite considérablement la portée de l'intervention prétorienne estimant que « le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage ».

²⁴ M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? ». *JCP* 2010, 1219 ; voir également Y.-M. LAITHIER, « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de common law ». *RDC* 2010, p. 407. spé. p. 411.

²⁵ « Il n'est pas toujours possible d'insérer une clause relative au changement de circonstances ; l'on pense à certains contrats d'adhésion où la supériorité économique d'une des parties empêche l'autre d'apporter une quelconque modification aux clauses de la convention », D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant, Collection du Centre interuniversitaire de droit comparé, Bruxelles, 1986, tome 27, n°661.

²⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'intangibilité du contrat annuel entre fournisseur et enseigne de la grande distribution, confrontée à la hausse du prix des matières premières ». *RDC* 2012, p. 143.

²⁷ « Les parties ne sont pas si douées qu'elles soient capables de former des stipulations qui résistent à la durée : le contrat épuise ses forces avec le temps. D'où l'exigence de remises à niveau périodiques, protégeant le contrat contre une sclérose due aux circonstances de sa naissance », R.LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrats ». *RDC* 2004, p. 211.

²⁸ « Il faut (...) que les conditions de cette coopération soient fixées pour toute la durée de leurs relations. Il faut que les devoirs et les droits de chacun soient définis, non seulement en vue de la situation telle qu'elle se présente au moment où se noue le contrat, mais en prévision des circonstances qui peuvent se produire et la modifier », É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, Quadrige, Paris, 4^e éd., 2004, p. 190.

²⁹ « Ni l'interprétation à la lumière des données contractuelles originaires, ni même au vu des données contemporaines, ne suffiront à garantir l'équilibre de l'échange », S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, tome 335, n°762.

³⁰ « Pour que la question de l'imprévision se pose, il faut que les parties concluent ce que les économistes pourraient appeler des contrats complets. Or, les agents qui s'engagent aujourd'hui dans des relations contractuelles de longue durée sont dans l'obligation de gérer un très grand nombre d'incertitudes qui limitent

long terme. La pérennité d'un contrat de longue durée tient ainsi moins à l'immutabilité de son contenu qu'à la renégociation périodique, selon les circonstances, de ses termes initiaux³¹.

530. De l'imprévisibilité à l'imprévision, il n'y a qu'un pas que l'éventuelle impossibilité pour une partie de négocier la stipulation de clauses de variation incite à franchir. Le souci de prévisibilité de la relation contractuelle ne pourrait-il en pareil cas autoriser le juge à rétablir l'équilibre initial des prestations malmené par les circonstances ? La partie qui voit croître la portée de son obligation au détriment de son intérêt ne devrait pas avoir à souffrir de l'attitude de son partenaire qui, en amont, s'est opposé à la souscription de clauses de variation et, en aval, refuse de renégocier le contrat. Partant, et pour reprendre les termes du Professeur Jamin, « *ne pourrait-on pas reconnaître la théorie de l'imprévision au nom même de la prévisibilité contractuelle qui a jusqu'à présent servi à la condamner* »³² ? C'est ce que semble suggérer le droit comparé.

2. Une révision suggérée par le droit comparé

531. L'examen des législations étrangères ou relevant de l'ordre supranational (2), tout comme le recours au droit comparé interne (1), offre l'image d'une intégration réussie et maîtrisée de la théorie de l'imprévision en droit positif. Si les modalités de la révision varient d'un système à l'autre, les exemples ne manquent pas pour illustrer le bien-fondé d'une prise en compte de l'impact des changements de circonstances sur l'exécution du contrat.

la rationalité de leurs choix. Aussi la tendance est-elle à conclure des contrats incomplets, parce que le contenu de nombreuses clauses demeure ouvert ou indéterminé afin de réserver l'avenir », Ch. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil ». *Dr. et patr.* 1998, p. 50.

³¹ « (...) *l'immutabilité des conventions à long terme ou celle des contrats d'adhésion doit être infléchie au bénéfice d'une révision des volontés initiales, que cette adaptation soit conventionnelle ou judiciaire* », S. LE GAC-PECH, *ibidem*.

³² Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 52 ; voir également Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, PUAM, 1994, p. 65, « *Dans la mesure où (...) l'intangibilité des conventions peut se trouver justifiée que par le souci de sécuriser les parties quant à l'avenir, on peut douter de la qualité de cette règle au regard de la stabilité économique. La perspective est renversée : seule la révision assure aux contractants la sauvegarde de leurs prévisions* ».

a. Le droit comparé interne

532. Fondé sur l'application de la méthode comparatiste en droit interne³³, le droit comparé interne favorise, par exemple, la mise en évidence des interactions entre droit public et droit privé³⁴. Le thème de la révision pour imprévision est particulièrement propice à un tel examen comparatif lorsque l'on sait que le Conseil d'Etat, depuis l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* du 30 mars 1916³⁵, estime que le concessionnaire d'un service public ne peut être tenu d'assurer le fonctionnement du service dans les conditions prévues à l'origine, dès lors que des circonstances économiques nouvelles viennent bouleverser l'économie du contrat de concession. La Cour de cassation est malheureusement demeurée hermétique à ces considérations. Pour justifier cette réserve, on a pu exposer que la sollicitude du juge administratif à l'égard de la viabilité de l'opération supportée par le contrat tenait à la nécessité d'assurer la continuité du service public participant d'une mission d'intérêt général³⁶. L'argument n'est pourtant pas dirimant. La révision n'est nullement subordonnée au maintien du contrat, court-circuitant du même coup l'affirmation d'un interventionnisme conditionné à la mise en œuvre d'un service public. À plusieurs reprises³⁷, le Conseil d'État a ainsi décidé d'appliquer la théorie de l'imprévision pour protéger le droit du contractant à un certain équilibre financier³⁸, alors que le contrat avait pris fin, échafaudant ici une solution potentiellement transposable en droit privé³⁹.

³³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013 ; I. SZABO, « Le droit comparé "interne" ». in *Mélanges Ancel*, A. Pedone, Paris, 1975, p. 60, définissant également le droit comparé interne comme « l'application de la méthode comparatiste en droit interne ».

³⁴ S'inscrivant dans cette démarche, R. CHAPU, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, 1952, tome 8 ; Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, 1962, tomes 38 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, 2006, tome 248 ; J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 177.

³⁵ CE 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, *GAJA*, Dalloz, Paris, 19^e éd., 2013, n°34.

³⁶ CE 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, *GAJA*, Dalloz, Paris, 19^e éd., 2013, n°34 ; *Rec. concl. CHARDENT*, p. 125.

³⁷ CE 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, n°89655 ; CE 12 mars 1976, *Dpt. des Hautes-Pyrénées c/ Société Sufilia*, n°91471.

³⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances ». *RDC*, 2004, p. 73.

³⁹ À propos de la décision du Conseil d'État *EDF contre Shell* du 28 septembre 1976, le Professeur Tallon fait valoir que « la doctrine administrative ajoute un nouvel argument : le droit à l'équilibre financier, qui pourrait aussi être transposé au contrat de droit privé », D. TALLON, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé ». in *Mélanges Sayag*, Litec, 1997, p. 404.

533. *De lege ferenda*, le droit positif peut utilement être mis en perspective avec les projets de réforme du droit des obligations et l'ordonnance du 10 février 2016. La comparaison conduit alors, à l'intérieur de l'ordre juridique français, à envisager le futur de la révision pour imprévision à la lumière des modifications susceptibles d'être opérées à l'intérieur du Titre 3 du Livre 3 du Code civil. Son introduction en droit privé des contrats fait néanmoins l'objet de prises de positions hétéroclites. Quai de l'horloge, le groupe de travail de la Cour de cassation sur la réforme du droit des obligations et de la prescription a jugé nécessaire, à l'image de certains acteurs économiques comme le MEDEF⁴⁰, la consécration d'une authentique théorie de l'imprévision susceptible de jouer dans des circonstances caractérisées avec précision⁴¹.

534. Du côté de l'avant-projet Catala, l'imprévision ne jouit pas des mêmes faveurs⁴². Outre une préférence affichée pour les clauses de négociation dont on a déjà pu entrevoir les limites⁴³, la prééminence donnée à la volonté des contractants continue d'interdire la révision judiciaire du contenu obligationnel, condamnant tout essor de la théorie de l'imprévision⁴⁴. Le rapport Terré de l'Académie des sciences morales et politiques⁴⁵, semble quant à lui moins suspicieux à l'égard du juge puisque celui-ci, en cas d'échec de la renégociation conventionnelle de l'engagement, se voit reconnaître la faculté d'« *adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou [d'] y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* »⁴⁶. Enfin, le projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats, dans sa version

⁴⁰ I. TRÉMEAU, Direction des affaires juridique du MEDEF, *Observations du MEDEF sur le projet de réforme du droit des contrats*, Octobre 2008, insistant cependant sur la nécessité de s'assurer que « *les conditions de mise en œuvre de ce mécanisme sont suffisamment encadrées pour ne pas porter atteinte à la sécurité juridique, que le juge ne se voit pas octroyer le pouvoir de réviser le contrat sans l'accord des parties et qu'est assurée une juste indemnisation du cocontractant auquel la rupture du contrat pourrait être imposée en cas d'échec de la renégociation* ».

⁴¹ Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, n° 45.

⁴² Voir les articles 1135-1 et 1135-2 de l'avant-projet.

⁴³ Voir *supra*, n°530 et s.

⁴⁴ « *En somme, hors la liberté contractuelle, point de salut en cas de changement imprévisible de circonstances ! Cet avant-projet est donc hermétique à la théorie de l'imprévision sous toutes ses formes (...)* », D. MAZEAUD, note sous, Cass. com. 29 juin 2010, *D.* 2010, p. 2481.

⁴⁵ F. TERRÉ, (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz, Paris, 2009.

⁴⁶ L'article 92 du rapport dispose que « *Les parties sont tenues de remplir leurs obligations même si l'exécution de [la convention] 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'elle par suite d'un changement imprévisible des circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat. En l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitime des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* » ;

du 25 février 2015, prévoyait en son article 1196 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* ». Son alinéa 2 précisait qu' « *en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Tandis que le Gouvernement affirmait vouloir rendre le droit français des contrats plus compétitif⁴⁷, on pouvait regretter que la réforme, dans son avant-dernière version, ne se soit pas davantage inspirée de l'exemple des législations étrangères, comme aurait pu l'y inciter le recours au droit comparé externe.

b. Le droit comparé externe

535. Deux sous ensemble peuvent être distingués parmi les sources d'inspirations extérieures au droit interne, les droits étrangers d'une part, et les projets d'harmonisation du droit des contrats à l'échelle européenne d'autre part⁴⁸. Au titre des premiers, nombreuses sont les législations conférant au juge un pouvoir de révision du contrat, quoique sur des fondements et des modalités variant d'un pays à l'autre. En ce sens, l'article 868 du Code de commerce colombien dispose que « *lorsque des circonstances extraordinaires, imprévues ou imprévisibles, postérieures à la célébration d'un contrat à exécution successive, périodiques ou échelonnées, altèrent ou aggravent la prestation d'exécution future à la charge de l'une des parties, de manière telle que sa prestation en résulte excessivement onéreuse, elle pourra demander sa révision* »⁴⁹. En Algérie, l'alinéa 3 de l'article 107 du Code civil de 1975

É. SAVAUX, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision - Rapport français ». *RDC* 2010, p. 1057.

⁴⁷ L'étude d'impact de la réforme française réalisée en 2013, et rappelée par la Chancellerie en 2015, affirme que « *dans une économie mondialisée extrêmement concurrentielle, l'absence de modernisation du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations pénalise la France sur la scène internationale (...). Il est donc indispensable, pour la France, de se doter d'un droit des contrats lisible et prévisible, qui constituerait assurément un facteur susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les parties qui souhaiteraient rattacher leur contrat au droit français* »

⁴⁸ Pour une présentation complète voir F. BUJOLI, B. FAUVARQUE-CAUSSON, D. MAZEAUD, J.-B. RACINE, L. SAUTONIE-LAGUIONIE, G. WICKER, *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, Société de législation comparée, Paris, 2008, p. 74 et s.

⁴⁹ « *Le juge examinera les circonstances qui ont altéré les bases du contrat et ordonnera, lorsque cela est possible, les réajustements que l'équité prescrit ; dans le cas contraire, le juge prononcera la résolution du contrat* », F. MANTILLA-ESPINOZA, *op. cit.*, p. 1047.

« répudie la jurisprudence Canal de Craponne »⁵⁰, en ce qu'il dispose que « lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse, de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive ». L'article 6.258 du Code civil néerlandais autorise pareillement le juge à aménager le contrat, tout comme les législations civiles de la Suède, de la Finlande, de la Grèce et du Danemark. Enfin, le droit anglais des contrats permet au juge de se fonder sur les « implying conditions »⁵¹ – ou conditions sous-entendues – notamment celles prescrivant un devoir de coopération ou appelées à jouer en cas d'impossibilité d'exécution. Elles permettent d'extraire du contrat des obligations implicites, elle-même déduite de la volonté raisonnable des parties pour faire du contrat un instrument utilisable⁵². S'agissant des seconds, les Principes européens du droit des contrats⁵³, mais également les Principes Unidroit⁵⁴, tout en affirmant le caractère exceptionnel de l'action en révision, envisagent expressément l'adaptation du contrat par le juge en raison du changement de circonstances. Si bien que « la position française, dans son intransigeance, reste bien isolée »⁵⁵, ce qui par ailleurs n'est pas sans conséquence sur le rayonnement de notre droit des contrats.

536. Loin de ne donner lieu qu'à un simple inventaire des pratiques juridiques, les enseignements du droit comparé externe peuvent également être mobilisés au soutien d'une

⁵⁰ D. TALLON, *op. cit.*, p. 406.

⁵¹ Voir E. PATTERSON, « Judicial freedom of implying conditions in contracts », in *Mélanges Gény*, tome II, Sirey, Paris, 1937, p. 379, cité par Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°352

⁵² Th. GENICON, *op. cit.*, n°353.

⁵³ L'article 7.101 des Principes prévoit que « (1) Si le contrat devient profondément déséquilibré, au cours de son exécution, à la suite d'un changement de circonstances raisonnablement imprévisible, les parties doivent le renégocier afin de le réviser ou de le résilier. (2) Si, en dépit de la bonne foi des contractants, les négociations n'aboutissent pas dans un délai raisonnable, ceux-ci peuvent le résilier d'un commun accord ; à défaut, le juge peut réviser équitablement le contrat ou le priver d'effets pour l'avenir ».

⁵⁴ L'article 6.2.1 des Principes Unidroit dispose que « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship ». L'article 6.2.2. précise 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, et a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ; b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ; c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée ».

⁵⁵ D. TALLON, *op. cit.*, p. 411.

analyse économique du droit ; cela plus volontiers encore dès lors que la démarche n'a pas, une fois n'est pas coutume, pour objectif premier de prôner « une économie de Droit ». De la place accordée à la révision pour imprévision en droit des obligations dépend ainsi pour partie l'attractivité du droit français des contrats⁵⁶. Il convient en effet d'observer que les contractants désirant conclure un contrat de longue durée pourront être plus enclins à situer celui-ci sous l'empire d'une législation dotée d'instruments capable d'appréhender efficacement l'impact des changements de circonstances sur la substance de leur engagement⁵⁷. Cet ultime aspect des fondements axiologiques de la théorie de l'imprévision commandent à sa suite la détermination de ses fondements juridiques.

B. Les fondements juridiques

537. Avant que n'entre en vigueur la réforme du droit des contrats, deux fondements juridiques étaient classiquement avancés au soutien d'une consécration de la théorie de l'imprévision en droit privé : la cause et la bonne foi dans l'exécution du contrat. Les difficultés que rencontre la mobilisation de la cause (1) incitaient à se tourner vers l'obligation de bonne foi, sur le modèle du droit du travail qui en fait le fondement juridique du devoir d'adaptation du contrat de travail aux changements de circonstances (2).

1. Une difficile mobilisation de la cause

538. À la suite d'un arrêt remarqué de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 29 juin 2010⁵⁸, un auteur s'était interrogé sur la possibilité de voir dans l'équilibre du

⁵⁶ « L'influence d'autres modèles européens ne peut être négligée dans un monde dans lequel de nombreux contrats se forment contre des contractants de nationalités et de traditions juridiques diverses », A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°182.

⁵⁷ « La mondialisation et la dématérialisation des échanges fragilisent les contrats exposés à des fluctuations qui ne peuvent être maîtrisées par les parties. La concurrence économique entre les pays est également une concurrence entre les droits. Au nom de l'égalité entre les concurrents et au profit d'une meilleure compétitivité, indépendamment de la nationalité des contractants ou du droit applicable, les parties devraient pouvoir invoquer, sur un pied d'égalité, le mécanisme de la révision pour imprévision. Cette technique ne s'impose pas seulement pour des raisons d'équité et de justice mais aussi pour des raisons purement économiques », M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? ». *JCP* 2010, 1219, n°2.

⁵⁸ Cass. com. 29 juin 2010, n°09-67369, *D.* 2010, p. 2481, note D. MAZEAUD ; *D.* 2010, p. 2485, note Th. GENICON ; *JCP* 2010, 1056, note Th. FAVARIO ; *LPA* 2010, n° 256, p. 7, note A.-S. CHONÉ.

contrat au travers de la cause un substitut à la théorie de l'imprévision⁵⁹. L'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation, et singulièrement celle de la première chambre civile, conduit toutefois à douter de la portée de cette analyse pourtant séduisante⁶⁰. La mobilisation de la cause conjointement à l'admission de la théorie de l'imprévision en droit privé se heurte en effet à deux obstacles. S'agissant du recours à la cause partielle, il demeure entravé par le caractère exceptionnel des hypothèses dans lesquelles est reconnue l'existence d'un engagement lésionnaire (a). Quant à la prise en compte d'une disparition de la cause au cours de l'exécution du contrat, ce qui peut déjà apparaître en soit comme une avancée⁶¹, la caducité de l'acte juridique qui lui est classiquement attachée empêche de trouver ici un fondement juridique approprié à la révision pour imprévision (b).

a. La cause partielle entravée par le caractère exceptionnel de la lésion

539. Que survienne un changement de circonstances rendant plus onéreuses les obligations d'un des contractants et une fraction de son engagement se trouve dépourvue de contrepartie objective. Il est alors tentant d'établir un parallèle entre la théorie de l'imprévision et la reconnaissance de la cause partielle autour de l'idée d'un déséquilibre des prestations. La première chambre civile de la Cour de cassation avait ainsi semblé ouvrir la voie à une telle admission sur le terrain de la fausse cause dans un arrêt du 11 mars 2003⁶². La veuve d'un géomètre-expert dont l'activité devait être reprise par son neveu, avait souscrit au bénéfice de ce dernier une reconnaissance de dette pour un montant de 800 000 francs ; par la suite, elle l'avait assigné en nullité de l'acte. Faisant droit à sa demande, les juges du fond avaient considéré que la requérante ne pouvait être débitrice de la somme portée à la reconnaissance. La haute juridiction censure leur décision énonçant, au visa de l'ancien article 1131 du Code civil, que « *la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante* ». La dette n'étant pas inexistante mais

⁵⁹ S. LE GAC-PECH, note sous Cass. com. 29 juin 2010, *JCP* 2010, 2108.

⁶⁰ Voir encore A. CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, PUAM, 2001, n°176, selon qui « *la cause offre la possibilité d'adapter l'exécution du contrat aux contingences externes qui peuvent l'affecter, tout en respectant la volonté initiale des parties dont elle se fait l'écho* ».

⁶¹ La cause étant une condition de validité du contrat, son existence, enseigne-t-on, est généralement appréciée lors de sa formation, Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, Paris, 13^e éd., 2014, n°324.

⁶² Cass. civ. 1^{re} 1^{er} décembre 2003, n°99-12628, *Bull. civ. I*, n°67, *JCP* 2003, I, 142, obs. J. ROCHFELD ; *RTD civ.* 2003, p. 287, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *RDC* 2003, p. 39, obs. D. MAZEAUD.

seulement inférieure à la somme promise par la débitrice, les juges du fond auraient dû la réduire et non l'annuler.

540. La généralité de la solution rendue au visa de l'ancien article 1131 du Code civil n'a pas échappé à la sagacité des commentateurs enthousiastes, quoique prudents, et partisans d'un rôle plus affirmé de la cause au service d'une certaine équivalence des prestations. En effet, hormis quelques exceptions notables⁶³, comme par exemple la réduction des honoraires des membres des professions libérales⁶⁴, la Cour de cassation ne sanctionne pas les déséquilibres contractuels, autrement dit les absences partielles de cause. « *D'où, pour reprendre les mots du Professeur Mazeaud, l'intérêt de relever que ce qui est refusé à la notion d'absence de cause est accordé par la Cour de cassation à la fausse cause* »⁶⁵. D'autant que l'arrêt du 11 mars 2003 assortit la cause partielle d'une sanction adéquate, en substituant à la nullité classiquement attachée à l'ancien article 1131 la technique de la réduction, véritable « *mesure de sauvetage* »⁶⁶ dont il faut souligner la pertinence en matière d'actes juridiques assurant aux individus les moyens de leur existence⁶⁷. Partant, si l'on admet que le juge puisse ainsi pénétrer le contenu contractuel afin de redéfinir les termes de l'équilibre initial des prestations, rien ne s'opposerait *a fortiori* à une révision judiciaire dictée par un changement de circonstances totalement indépendant de la volonté des parties⁶⁸.

541. Un examen plus attentif de la décision entreprise et de la jurisprudence postérieure de la Cour de cassation conduit toutefois à abandonner l'idée que cette instrumentalisation de la fausse cause puisse faire le lit d'une consécration de la théorie de l'imprévision. D'une part, à supposer que l'on tente d'associer imprévision et absence partielle de cause, l'analogie ne permet pas d'étendre davantage la solution avancée par l'arrêt du 11 mars 2003. La motivation des hauts magistrats se réfère en effet à la « *fausseté partielle de la cause* », non à

⁶³ Sur lesquelles F. TERRÉ, François, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°317.

⁶⁴ Cass. civ. 1^{re} 3 mars 1998, *Bull. civ.* I, n°85, autorisant les tribunaux à « *réduire les honoraires convenus initialement entre l'avocat et son client lorsque ceux-ci apparaissent exagérés au regard du service rendu* ».

⁶⁵ « *Alors que la première n'est exploitée que pour sanctionner le défaut de contrepartie, la seconde est utilisée ici pour corriger le défaut d'équivalence* », D. MAZEAUD, *op. cit.* p. 40 ; du même auteur « *La cause* ». in *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, spé. p. 459.

⁶⁶ « *La Cour de cassation apporte une pierre supplémentaire à la reconnaissance de cette mesure de sauvetage original que constitue, au lieu de l'annulation, la réduction, et qui trouve à s'appliquer aussi bien au quantum de l'obligation qu'à la durée de l'acte* », J. MESTRE, B. FAGES, *op. cit.*, p. 288.

⁶⁷ Voir *supra*, *L'inopportunité du choix de la nullité en matière de dépendance économique*, n°163 et s.

⁶⁸ L'atteinte à la volonté commune serait d'une bien moindre ampleur puisqu'il s'agirait simplement de restaurer la substance du projet initial altérée par des circonstances extérieures aux prévisions des parties.

l'absence partielle de cause. Or, si les deux notions entretiennent une indéniable proximité, il demeure possible et nécessaire de les distinguer. La fausse cause est une absence totale ou partielle de cause sur laquelle vient se greffer un vice du consentement, le plus souvent une erreur⁶⁹. « Partant, observe Madame Judith Rochfeld, elle s'écarterait de l'absence de cause, qui se lirait au travers d'une appréciation objective de l'absence de toute contrepartie peu important les raisons de celle-ci »⁷⁰. Ceci amène quelques auteurs à refouler la cause au profit de l'erreur comme fondement de la réduction opérée par le Cour de cassation⁷¹. De plus, la fausse cause ainsi conçue voit son domaine limité à la période de formation du contrat, délaissant celle de son exécution, là où la théorie de l'imprévision trouve précisément à s'appliquer.

542. D'autre part, la portée de cette décision se trouve considérablement réduite par un arrêt de la même première chambre civile en date du 31 mai 2007 et par lequel la Cour de cassation proclame que « dans un contrat synallagmatique, la fausseté partielle de la cause ne peut entraîner la réduction de l'obligation »⁷². À l'issue de cet arrêt, honoré de la plus large diffusion, la fausseté partielle de la cause se trouve donc cantonnée aux seuls engagements unilatéraux, à l'exclusion des contrats reposant sur un échange de prestations⁷³. Les restrictions apportées par la haute juridiction n'ont cependant rien de surprenantes : elles confirment le refus prétorien de faire de la cause l'outil et le fondement d'un contrôle de l'équivalence des prestations, à l'image du caractère exceptionnel de la lésion prôné par l'ancien article 1118 du Code civil, et aujourd'hui affirmé à l'article 1706. Là où l'absence partielle de cause n'autorise pas le juge à contrôler l'équilibre du contrat, la fausse cause ne semble pas plus apte à remplir cette fonction⁷⁴. La notion se voit donc astreinte à un domaine si étroit que l'on peine à concevoir qu'elle puisse servir de fondement à une admission de la théorie de l'imprévision en droit privé. La prise en compte de la disparition totale de la cause durant la phase d'exécution du contrat ne sera pas plus utile.

⁶⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°351.

⁷⁰ J. ROCHFELD, *op. cit.*, n°7.

⁷¹ F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, Paris, 2008, n°272 et s.

⁷² Cass. civ. 1^{re} 31 mai 2007, *Bull. civ.* I, n°211, *D.* 2007, p. 2574, note J. GHESTIN ; *RTD civ.* 2007, p. 566, obs. B. FAGES.

⁷³ B. FAGES, *op. cit.*, p. 567.

⁷⁴ J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 2576.

b. La disparition de la cause enserrée dans la caducité du contrat

543. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 29 juin 2010 fut l'occasion de s'interroger sur l'imminence d'une admission de l'imprévision en droit privé⁷⁵. Deux sociétés, la Société d'exploitation de chauffage (SEC) et la société Soffimat, avaient conclu en 1998 un contrat d'une durée de 12 ans ou 43 488 heures portant sur la maintenance de deux moteurs d'une centrale de cogénération, moyennant une redevance annuelle forfaitaire. En 2008, la SEC assignait la Soffimat aux fins qu'il lui soit ordonné sous astreinte de réaliser les travaux de maintenance et notamment la visite des 30 000 heures de moteurs. La cour d'appel de Paris accueillait favorablement ses demandes, jugeant que le contrat n'était pas dépourvu de cause lors de sa signature. Les juges du fond écartaient ainsi les prétentions de la Soffimat en retenant que la caducité du contrat prévue par son article 12 ne visait que les conditions de reconduction de ce dernier au-delà de son terme et non pendant les 12 années de son exécution. Les magistrats parisiens ajoutaient que la force majeure ne pouvait résulter de la rupture d'équilibre entre les obligations des parties tenant au prétendu refus de la SEC de renégocier les modalités du contrat.

544. La Cour de cassation censure toutefois la cour d'appel pour manque de base légale aux vises des articles 1131 du Code civil et 873 al. 2 du Code de procédure civile. La haute juridiction reproche à la cour d'appel de n'avoir pas recherché, comme elle y était invitée, « *si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution* ». Contrairement aux juges du fond, la Cour de cassation accepte de vérifier l'existence de la cause de l'obligation d'une partie au stade de l'exécution du contrat, et non pas seulement au moment de sa formation.

⁷⁵ Cass. com. 29 juin 2010, n°09-67369, *D.* 2010, p. 2481, note D. MAZEAUD ; *D.* 2010, p. 2485, note Th. GENICON ; *JCP* 2010, 1056, note Th. FAVARIO ; *LPA* 2010, n° 256, p. 7, note A.-S. CHONÉ ; *JCP* 2010, 2108, note S. LE GAC-PECH.

545. La solution mérite une entière approbation, ne serait-ce que parce qu'elle traduit les mérites de l'abandon d'une conception purement quantitative de la pérennité contractuelle⁷⁶. Refuser d'apprécier la persistance de la cause d'une prestation au cours de la vie de l'engagement peut conduire, dans des hypothèses identiques à la décision entreprise, à maintenir un rapport d'obligation parfaitement inéquitable et sans aucun rapport, tel que la Cour de cassation prend soin de le relever, avec « *l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature* »⁷⁷. En l'espèce, il est réjouissant de voir la jurisprudence suprême poser les jalons d'une conception de la cause résolument tournée vers l'avenir⁷⁸.

546. Prenant appui sur cette motivation, une partie de la doctrine s'est livrée à des pronostics optimistes sur l'avenir de la théorie de l'imprévision en droit privé, évoquant tour à tour une Cour de cassation révisant sa perception de l'imprévision⁷⁹, ou engagée dans une politique de petits pas⁸⁰. Il faut reconnaître que les faits ayant donné lieu à la décision entreprise pouvaient inciter pareille mise en perspective, rappelant à bien des endroits l'affaire du Canal de Craponne assortie, cette fois, d'un dénouement *a priori* moins sévère pour le contractant victime des incidences économiques d'un changement de circonstances. En résumé, « *la Cour de cassation admet implicitement et potentiellement avec cet arrêt la caducité du contrat pour imprévision sur le fondement de la cause, et provoque une fissure dans le Canal de*

⁷⁶ « (...) contrairement aux enseignements de la théorie classique, la Cour de cassation n'hésite pas, toujours dans ce contexte spécifique [celui des contrats de longue durée], à prolonger la mission de la cause tout au long de l'exécution du contrat et à l'appréhender, donc, non plus comme une condition de validité du contrat mais aussi comme une exigence de sa pérennité », D. MAZEAUD, « La cause ». in *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, p. 462.

⁷⁷ Notons que la chambre commerciale de la Cour de cassation avait déjà accepté de mobiliser la cause au stade de l'exécution de l'engagement pour lier le sort de contrats indépendants et prononcer ainsi la résiliation d'un contrat de crédit-bail qu'un pharmacien avait conclu dans l'objectif d'accomplir une opération devenue par la suite irréalisable, Cass. com. 15 févr. 2000, *Bull. civ.* 2000, IV, n° 29 ; *D.* 2000, comm. p. 364, obs. Ph. DÉLEBECQUE ; *Defrénois* 2000, p. 1118, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. J. MESTRE ; solution reprise dans un arrêt de la première chambre civile Cass. 1^{re} civ. 4 avr. 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 190 ; *RDC* 2006, p. 700, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois* 2006, p. 1194, obs. J.-L. AUBERT.

⁷⁸ P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil ». in *Mélanges Kayser*, PUAM, 1979, tome II, p. 29, n°21 ; voir toutefois Cass. com. 18 mars 2014, n°12-29453, « attendu que la cause de l'obligation constituant une condition de la formation du contrat, la cour d'appel, appréciant souverainement la volonté des parties, a considéré que celle-ci résidait dans la mise à disposition de la marque et non dans la rentabilité du contrat », *Dr. et patr.* 2015, p. 63, obs. P. Stoffel-Munck remarquant que cet arrêt « ne ferme pas la porte à la prise en considération de l'intérêt qu'avait une partie au contrat ». Il estime que « cela dépend d'abord du point de savoir si cet intérêt avait ou non intégré le champ contractuel ».

⁷⁹ Th. FAVARIO, « La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion ». *JCP* 2010, 1056.

⁸⁰ A.-S. CHONÉ, « Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas ». *LPA* 2010, n° 256, p. 7

Craponne »⁸¹. Est-ce à dire, tel que le conclut un auteur, qu'à l'heure où la cause se meurt, l'imprévision ressuscite⁸² ? Cela reste peu probable, et pas seulement parce que rendu par la chambre commerciale, l'arrêt du 29 juin 2010 se borne à apporter une nouvelle pierre au particularisme des relations entre commerçants.

547. Aussi opportune que soit la sanction de la disparition de la cause de l'obligation en cours d'exécution du contrat, il n'est pas assuré, contrairement à une analyse assez répandue, que l'opération permette de maintenir une certaine équivalence entre les prestations des contractants⁸³. À dire vrai, l'arrêt du 29 juin 2010 se rattache avant tout à une hypothèse de caducité du contrat, ce qui réduit considérablement la possibilité de voir l'engagement des parties révisé pour imprévision. Contrairement à l'imprévision qui voit l'obligation d'un contractant partiellement amputée de sa cause, la caducité vise de manière plus radicale une disparition totale de la cause⁸⁴. Ciblant une situation distincte de l'imprévision, la disparition de la cause enserrée dans la caducité du contrat ne paraît donc pas de nature à fonder une révision de l'engagement.

548. Par-delà l'hétérogénéité de leurs éléments de qualification, l'incompatibilité entre caducité et imprévision se signale également du point de vue de leurs régimes respectifs. Tandis que l'imprévision encourage une révision de l'engagement et concourt à son maintien, la caducité suppose sa disparition pour l'avenir. Or, cette dernière sanction s'oppose nettement à l'objectif d'adaptation du contrat dans une logique de pérennité de l'engagement. Là où l'imprévision entreprend de rétablir l'équilibre contractuel antérieur aux changements de circonstances, la caducité s'inscrit dans une logique du tout ou rien. Ou bien la cause de l'obligation subsiste en partie et interdiction est faite au juge de réviser le contrat, ou bien la cause a disparu et commandement lui est donné de prononcer la caducité du contrat.

⁸¹ D. MAZEAUD, note sous, Cass. com. 29 juin 2010, *D.* 2010, p. 2481.

⁸² S. LE GAC-PECH, *op. cit.*

⁸³ « *Renouant avec les thèses de Capitant, la Cour de cassation sanctionne ici directement la disparition de la cause de l'obligation lors de l'exécution du contrat, pour libérer la cessionnaire de son obligation au paiement de la commission (...). Faire jouer la théorie de la cause lors de l'exécution du contrat permet de maintenir une certaine équivalence entre les prestations des contractants* », H. LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision ». in *Mélanges Terré*, PUF, 1999, p. 657.

⁸⁴ « (...) *en appelant la cause à la rescousse, la cour limite sensiblement le champ d'application de la théorie de l'imprévision au cas extrême, et donc fatalement assez rare, dans lequel le changement de circonstances provoque, non pas un simple déséquilibre contractuel d'ordre économique, fût-il très important, mais un déséquilibre d'ordre structurel, caractérisée par la disparition de la contrepartie contractuellement convenue* », D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 2481.

Parfaitement adaptée aux situations qui voient le contrat privé de toute utilité, la caducité s'avère en revanche inappropriée au traitement des « simples » déséquilibres survenant dans l'exécution du contrat⁸⁵. Cela explique, comme l'expose le Professeur Tallon, que la Cour suprême allemande affiche sa préférence pour l'adaptation par rapport à la caducité, considérant ainsi que la disparition du contrat est « *un pis-aller* »⁸⁶.

549. D'aucuns pourraient tenter d'adoucir cette critique à l'encontre de la caducité en faisant valoir que contrairement à la nullité, la notion entraîne la disparition du contrat uniquement pour l'avenir, permettant ainsi aux parties de conclure, le cas échéant, un nouvel accord portant sur un nouvel équilibre contractuel⁸⁷. Mais pourquoi donc ces parties seraient-elles prêtes soudainement à souscrire un nouvel accord là où, antérieurement à la caducité du contrat, l'échec d'une renégociation de leurs obligations réciproques n'a pas permis d'adapter et de maintenir l'engagement initial ? Certains commentateurs envisagent quant à eux une application à géométrie variable des effets attachés à la disparition de la cause, oscillant entre caducité et réfaction, selon que la cause fasse défaut en tout ou partie⁸⁸. La proposition n'est pas nouvelle⁸⁹, mais elle se heurte malheureusement à l'intransigeance des hauts magistrats gardiens d'une stricte admission de la lésion⁹⁰. En dépit de quelques décisions restées isolées⁹¹, et vite contredites⁹², la Cour de cassation condamne l'idée de résolution partielle⁹³. À l'image de la chambre sociale de la Cour de cassation, et face aux déconvenues de la

⁸⁵ « (...) la permanence du lien contractuel doit être poursuivie si le contrat conserve un intérêt pour l'une des parties. Précisément, cette permanence est obtenue par le rééquilibrage des prestations », S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, tome 335, n°920.

⁸⁶ D. TALLON, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Mélanges Sayag*, Litec, 1997, p. 415 ; voir également Ph. Stoffel-Munck dénonçant « ces techniques [qui] butent presque toutes sur la même difficulté : elles manquent à leur but. Elles conduisent en effet à la suppression de la convention et non à son maintien sous une autre forme », Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, PUAM, 1994, p. 81.

⁸⁷ Th. TITONE, F. COULON, M. DARY, « Circonstances économiques et déséquilibre contractuel ». *JCP E* 2011, 1435, n°26.

⁸⁸ « Privée de contrepartie, l'engagement peut être totalement anéanti. En revanche, si le déséquilibre requis n'a pas besoin d'être "total" et s'il se rapproche davantage d'une simple lésion, d'autres sanctions permettant le maintien du contrat – telle sa réfaction par le juge – semblent plus appropriées », A.-S. CHONÉ, *op. cit.*

⁸⁹ Par exemple, D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant, Collection du Centre interuniversitaire de droit comparé, Bruxelles, 1986, tome 27, n°120.

⁹⁰ Quand bien même, au risque de nous répéter, il existe une différence entre sanctionner un déséquilibre contemporain de la formation de l'acte juridique, c'est-à-dire entériné par la loi des parties et, intervenir sur une absence d'équivalence des prestations due à un changement de circonstances, autrement dit, indépendante de la volonté des cocontractants.

⁹¹ Par exemple Cass. soc. 17 juin 1981, *Bull. civ. V*, n°568, admettant que la résiliation partielle d'un contrat au motif que la convention, du fait d'une modification législative, « était devenue pour partie sans objet ».

⁹² Cass. civ. 3^e 16 avril 1986, n°84-721.

⁹³ Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 84.

disparition de la cause comme fondement de la révision pour imprévision, c'est donc vers l'obligation de bonne foi qu'il convenait de se tourner afin de dégager le support nécessaire à son admission en droit des contrats⁹⁴.

2. L'opportunité du recours à la bonne foi illustrée par le droit du travail

550. L'article L. 1222-1 du Code du travail dispose que le contrat de travail est exécuté de bonne foi. Ce dernier étant soumis aux règles du droit commun⁹⁵, l'énonciation peut sembler faire doublon avec l'ancien article 1134 al. 3 du Code civil. L'introduction par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 de l'article L. 1222-1 en droit du travail revêt cependant une dimension axiologique significative. Désormais, l'impératif de bonne foi censé guider la relation professionnelle dispose de son propre fondement dans le Code du travail, signant ici une autonomie renforcée de la matière⁹⁶. Plus qu'un symbole, le particularisme du droit du travail trouve par ailleurs une traduction certaine à travers le sens que la jurisprudence sociale a pu accorder à l'obligation de bonne foi⁹⁷, avant que le législateur n'intervienne pour retranscrire dans la loi les solutions prétoriennes. En droit du travail, la bonne foi est apparue comme le siège d'une obligation d'adaptation (**a**) dont il convient d'envisager, sur le principe, la diffusion en droit civil (**b**) au service de la révision pour imprévision.

a. La constitution de l'obligation d'adaptation en droit du travail

⁹⁴ Au risque de nous répéter, l'introduction d'un mécanisme de révision pour imprévision, par l'ordonnance du 10 février 2016, vide la question d'une grande partie de l'intérêt qu'elle conservait au temps de l'avant-dernière version de la réforme du droit des contrats, en 2015.

⁹⁵ C. trav. art. L. 1221-1.

⁹⁶ *Comp.* Ch. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail ». *Dr. soc.* 2004, p. 706, « tout d'abord une telle insertion devrait conforter et amplifier la mobilisation judiciaire de l'exigence de bonne foi dans le régime de l'exécution du contrat de travail. Ensuite, le recours à la bonne foi pourrait permettre d'uniformiser le fondement de la jurisprudence sur certains aspects du droit du licenciement. Enfin, et surtout, la bonne foi pourrait ouvrir de nouvelles voies dans la recherche d'une plus grande justice dans les rapports de travail salariés ».

⁹⁷ D. CORRIGNAN-CARSIN, « Loyauté et droit du travail ». in *Mélanges Blaise*, Economica, Paris, 1995, p. 125 ; M. BUY, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail ». in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 35 ; W. ROUMIER, « Bonne foi et loyauté en droit du travail : débat sémantique ou réalité juridique ? ». *TPS* 2003, n°2, p. 4.

551. L'adaptation du salarié à l'évolution de sa qualification est intrinsèquement liée à la pérennité de la relation de travail *via* l'idée de formation professionnelle⁹⁸. Opérant une synthèse entre l'impératif de compétitivité, notamment par un accroissement de la productivité, et la nécessaire sauvegarde de l'emploi⁹⁹, cette adaptation a constitué l'un des terrains privilégiés pour la négociation collective. Elle se présente comme un processus d'ajustement de la qualification concrète d'individus ou de groupes aux évolutions ou aux mutations de la qualification de l'emploi engendrées par les recompositions qui affectent la sphère du travail¹⁰⁰.

552. Il faut cependant attendre une décision du 25 février 1992 pour que la Cour de cassation la rattache expressément à l'obligation de bonne foi¹⁰¹. Dans le célèbre arrêt Expovit, la haute juridiction jugea un licenciement pour motif économique sans cause réelle et sérieuse, estimant que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi* ». Faute d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son poste de travail, sa prestation risque de perdre toute utilité. Titulaire du pouvoir de direction, l'employeur doit alors mettre en œuvre les moyens adéquats pour prévenir cette éventualité. Il ne saurait en effet s'abriter derrière son inaction pour ensuite invoquer l'insuffisance professionnelle du salarié et ses incidences négatives sur l'intérêt de l'entreprise, à l'appui de son licenciement¹⁰².

⁹⁸ A. LYON-CAEN, J.-M. LUTTRINGER, « L'émergence d'un droit de l'adaptation professionnelle ». *Liais. soc.* 1990, n°32.

⁹⁹ L'article 2 du Traité de la CECA du 18 avril 1951, disposait en ce sens que « *la Communauté doit réaliser l'établissement progressif de conditions assurant par elles-mêmes la répartition la plus rationnelle de la production au niveau de productivité le plus élevé, tout en sauvegardant la continuité de l'emploi (...)* ».

¹⁰⁰ P. GUILLOUX, « Négociation collective et adaptation professionnelle des salariés aux évolutions de l'emploi ». *Dr. soc.* 1990, p. 818.

¹⁰¹ Cass. soc. 25 février 1992, *Bull. civ.* V, n°122, *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. MESTRE ; *D.* 1992, somm., p. 294, obs. A. LYON-CAEN.

¹⁰² « (...) *le déséquilibre du contrat est certes créé par des circonstances extrinsèques qui commandent une réorganisation de l'entreprise, mais c'est bien l'aggravation de ce déséquilibre par le comportement de l'employeur qui est condamné. En effet, l'employeur n'a pas procédé à toutes les mesures nécessaires pour sauvegarder ou rétablir l'équilibre du contrat* », A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°729.

553. La jurisprudence Expovit a par la suite été reprise par la loi *via* l'introduction de l'actuel article L. 1233-4 du Code du travail¹⁰³. Avec la loi du 4 mai 2004¹⁰⁴, le législateur a renforcé ce dispositif de protection de l'emploi par l'article L. 6321-1 du Code du travail¹⁰⁵, lequel dispose en son alinéa 1^{er} que « *l'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail* ». Il n'en demeure pas moins que portée conférée par la chambre sociale à l'exigence de bonne foi se singularise par son intensité, à tel point, selon les mots du Professeur Mestre, que « *gagnant à présent le terrain de l'adaptation du contrat, elle pourrait bien peut-être fonder une obligation de négocier la révision du contrat en cas d'imprévision* »¹⁰⁶.

554. Il convient toutefois de remarquer que tous les actes de l'employeur en faveur d'une meilleure adéquation des capacités du salarié aux évolutions de son emploi, ne peuvent être rapprochés de l'imprévision telle que le droit civil pourrait être amené à l'envisager. Si l'article L. 6321-1 impose à l'employeur de veiller à la capacité des salariés à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations¹⁰⁷, cette obligation recouvre une situation différente, instaurant ce que l'on peut appeler, pour mieux la distinguer de l'obligation d'adaptation, une « obligation d'employabilité »¹⁰⁸. Dans cette hypothèse, ce n'est pas le poste de travail qui est l'objet de l'obligation¹⁰⁹; le concept d'employabilité fait peser sur l'employeur une obligation d'adapter

¹⁰³ Selon cet article, porté par la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002, « *Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient (...)* ». L'ancien article L. 932-2 disposait quant à lui que « *l'employeur a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi (...)* ».

¹⁰⁴ Par la loi n° 2010-499 du 18 mai 2010 « *visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement* ».

¹⁰⁵ Ancien article L. 930-1 al. 1.

¹⁰⁶ J. MESTRE, obs. sous Cass. com. 3 novembre 1992, *RTD civ.* 1993, p. 124 ; dans le même sens, l'arrêt *Expovit* conforte l'idée que « *sur le fondement de la bonne foi, le droit français pourrait mettre à la charge des parties une obligation de négocier, en vue d'adapter le contrat aux changements de circonstances* », B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 80.

¹⁰⁷ Dans son intégralité, l'article L. 6321-1 du Code du travail dispose que « *l'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations. Il peut proposer des formations qui participent au développement des compétences, ainsi qu'à la lutte contre l'illettrisme. Les actions de formation mises en oeuvre à ces fins sont prévues, le cas échéant, par le plan de formation mentionné au 1° de l'article L. 6312-1* ».

¹⁰⁸ S. BÉAL, A.-L. DODET, « Obligation d'adaptation et obligation d'employabilité », *JCP S* 2008, 1401.

¹⁰⁹ N. MAGGI-GERMAIN, « La capacité du salarié à occuper un emploi ». *Dr. soc.* 2009, p. 1235, pour qui toutefois « *l'obligation du maintien de la capacité d'emploi des salariés ne peut non plus être assimilée au concept managérial d'employabilité* ».

le salarié à occuper un emploi, dans l'absolu, le cas échéant hors de l'entreprise ou du groupe, et non un poste déterminé¹¹⁰.

555. Distincte de l'obligation d'adaptation, l'obligation d'employabilité¹¹¹, volontiers associée à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences¹¹², bénéficie d'une autonomie conceptuelle depuis que la Cour de cassation considère que sa méconnaissance établit un manquement de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail entraînant un préjudice distinct de celui résultant de sa rupture¹¹³. Il semble en effet difficile d'attendre de l'employeur qu'il se substitue à l'éducation nationale ou à Pôle emploi¹¹⁴. Reste que les actes de formation mis ici à la charge de l'entreprise paraissent difficilement assimilables à la renégociation dans la théorie de l'imprévision. Contrairement à la capacité à occuper un emploi qui vise à faciliter la conclusion et l'exécution de contrats à venir, l'imprévision se borne, plus modestement, au sauvetage de l'engagement présent. Mettre sur un même plan employabilité et imprévision reviendrait à attendre beaucoup trop du contractant en position de force, tout en faisant peu de cas de l'effet relatif des conventions.

556. L'obligation d'adaptation ne se limite toutefois pas à veiller sur la capacité du salarié à occuper de manière satisfaisante son emploi. Elle vise également son reclassement en cas de

¹¹⁰ S. BÉAL, A.-L. DODET, *op. cit.* 1401.

¹¹¹ Nous emploierons indifféremment les expressions d' « obligation d'employabilité » et de « capacité à occuper un emploi », conscient toutefois de ce que la première peut véhiculer l'image d'un « salarié marchandise », voir A. SUPIOT, « Ressources humaines et non « matériel humain ». *Le Monde initiatives*, nov. 2003, p. 13, cité par N. MAGGI-GERMAIN, *op. cit.*, 1235, « raisonner en terme d'employabilité conduit à voir dans les êtres humains des instruments qui doivent être adaptés aux besoins du marché ».

¹¹² L'article L. 2242-15 du Code du travail dispose que « dans les entreprises et les groupes d'entreprises au sens de l'Article L. 2331-1 de trois cents salariés et plus, ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire au sens des articles L. 2341-1 et L. 2341-2 comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France, l'employeur engage tous les trois ans une négociation portant sur : 1° Les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires ; 2° La mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur laquelle le comité d'entreprise est informé, ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés ».

¹¹³ Cass. soc. 27 octobre 2007, n°06-40950, *RDT* 2008, p. 33, note A. FABRE ; *JCP S* 2008, 1283, S. BÉAL ; en l'espèce, les salariées présents dans l'entreprise depuis respectivement 12 et 24 ans n'avaient bénéficié que d'un stage de formation continue de trois jours.

¹¹⁴ N. MAGGI-GERMAIN, *op. cit.*, p. 1238.

licenciement pour motif économique¹¹⁵. Avant que le législateur n'intervienne¹¹⁶, l'obligation de reclasser le salarié en cas de suppression ou de transformation de son emploi a d'abord été dégagée par la Cour de cassation au visa de l'ancien article 1134 du Code civil¹¹⁷. À cette occasion, la chambre sociale énonçait que « *dans le cadre de son obligation de reclassement dans l'entreprise, l'employeur doit, en cas de suppression ou transformation d'emplois, proposer aux salariés concernés, des emplois disponibles de même catégorie, ou, à défaut, de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification substantielle des contrats de travail* ». Un auteur ne manquait alors pas d'observer « *un enrichissement du contrat (...) [s'inscrivant] dans un mouvement de réhabilitation du droit commun des obligations, utilisé pour la protection du contractant le plus faible qu'est le salarié* »¹¹⁸.

557. En enjoignant à l'employeur de proposer au salarié une modification du contrat de travail pour lui permettre de conserver un emploi dans l'entreprise, la Cour de cassation prenait appui sur la bonne foi contractuelle afin de dégager une obligation d'adaptation. Or, là encore, cette situation entretient avec la théorie de l'imprévision une notable proximité conceptuelle¹¹⁹. L'obligation d'adaptation entreprend en effet de redéfinir un contenu obligationnel malmené par le poids des circonstances extérieures. Comme l'observe le Professeur Radé, « *alors que le droit civil des contrats s'oppose obstinément à l'admission de la théorie de l'imprévision, le juge social n'a pas hésité, depuis le début des années 1990, à contraindre l'employeur à assurer l'adaptation du salarié aux évolutions de son emploi mais également à envisager de modifier le contrat de travail afin de favoriser son reclassement* »¹²⁰. En définitive, la jurisprudence sociale témoigne de l'aptitude de la bonne

¹¹⁵ En ce sens, Monsieur Franck Héas définit le reclassement comme « *une action positive de l'employeur ou d'un tiers à la relation de travail visant à faciliter l'accès du salarié à un nouvel emploi, soit dans le cadre de l'ancien contrat de travail, soit au moyen d'un autre contrat de travail* », F. HÉAS, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ - Bibliothèque de droit social, 2000, tome 34, p. 22.

¹¹⁶ L'obligation de reclassement occupe désormais une place stratégique au cœur du droit de l'inaptitude. Lorsqu'un salarié est devenu inapte à son poste de travail, suite à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, l'article L. 1226-10 al. 1^{er} du Code du travail impose que « *l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités* », tout en précisant en son troisième alinéa que « *l'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail* ». L'article L. 1226-2 met également à la charge de l'employeur une obligation identique dans les cas où l'inaptitude ne connaît pas d'origine professionnelle.

¹¹⁷ Cass. soc. 8 avril 1992, *Bull. civ.* V, n°258, *JCP E* 1992, II, 360, note J. SAVATIER.

¹¹⁸ J. SAVATIER, *op. cit.*

¹¹⁹ Un auteur voit dans cette obligation de reclassement pour inaptitude une forme de « *révision pour imprévision sociale* », Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008, n°919.

¹²⁰ Ch. RADÉ, « *La figure du contrat dans le rapport de travail* ». *Dr. soc.* 2001, p. 806.

foi à servir de fondement juridique à une obligation d'adaptation du contrat aux changements de circonstances. Au plan des principes, rien ne semble s'opposer à envisager sa diffusion en droit privé.

b. La diffusion de l'obligation d'adaptation en droit privé

558. Etait-il concevable, sur le fondement de la bonne foi de l'ancien article 1134 al. 3, de prescrire une adaptation du contrat en cas de changement de circonstances portant atteinte à l'équilibre des prestations ? Dit autrement, la bonne foi du Code civil pouvait-elle faire office de porte d'entrée pour la théorie de l'imprévision en droit des contrats ? Une réponse affirmative semble possible, si tel est toutefois l'objectif que l'on souhaite poursuivre ; prétendre donner une définition de la bonne foi qui fasse l'unanimité au sein, de la doctrine relève de la gageure¹²¹. Il y a en effet, à l'instar de ce qu'observait le Professeur Savaux à propos de la théorie générale du contrat¹²², autant de perceptions de la bonne foi que d'interprètes de l'ancien article 1134 al. 3 du Code civil. Quant aux traductions qu'en donne la Cour de cassation, celles-ci varient considérablement selon le résultat recherché par les magistrats¹²³, y compris dans des situations de faits similaires¹²⁴.

559. Mais n'est-ce pas là, à la réflexion, le sens dans lequel le Code civil invite à s'approprier le concept de bonne foi ? Le législateur de 1804 aurait-il opté pour un terme aussi imprécis en totale ignorance de l'immensité de son potentiel régulateur¹²⁵ ? La bonne foi, rappelle Gérard Lyon-Caen, remonte au préteur romain et constitue « *le premier effort tenté pour ajuster plus parfaitement le droit à l'individu (...) pour corriger ce que le droit primitif avait de trop*

¹²¹ J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Les obligations. I. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°378, mentionnant « l'irréductible incertitude et [l'] incompressible subjectivisme » de la notion.

¹²² É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Paris, LGDJ - Bibliothèque de droit privé ; 1997, n° 264.

¹²³ Ainsi selon Vouin, « *il n'y a pas de principe général de la bonne foi ; il y a des correctifs spéciaux apportés dans certains cas au fonctionnement des règles juridiques pour désarmer leur rigueur, quand une raison quelconque la fait paraître excessive (...)* », R. VOUIN, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1939, p. 456

¹²⁴ Pour un exemple récent autour des clauses de garantie de passif, voir J. MESTRE, « Pour un principe directeur de bonne foi mieux éclairé ». *RLDC* 2009, n°48, p. 58.

¹²⁵ « *Bonne foi, équité, autant de notions cadres qui offrent aux juges toute latitude pour restaurer l'équilibre contractuel, apprécier les intérêts respectifs des contractants et, en fin de compte, déterminer l'économie nouvelle de la convention en fonction de son sentiment de la justice contractuelle* », D. MAZEAUD, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando ». in *Mélanges Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, p. 216.

rigide et de manifestation impersonnel »¹²⁶. Face à ces flottements, nous nous contenterons de mentionner l'existence d'écrits de qualité sur les différentes acceptions susceptibles d'être attribuées à la bonne foi¹²⁷, et ce, afin de retenir la définition la plus à même de fonder une révision du contrat pour imprévision¹²⁸.

560. Rappelons que selon le Vocabulaire juridique Cornu, la bonne foi s'attache à la loyauté que requiert l'exécution d'une obligation¹²⁹. Pour Morel, la bonne foi possédait ainsi une fonction créatrice et une fonction d'adaptation¹³⁰, cette dernière trouvant à se déployer lors de l'exécution du contrat. Avec la bonne foi, qui ne se limite pas à une banale prohibition de la malveillance, observe Monsieur Rémy Libchaber, « *ce que l'on demande à chacun des contractants c'est une certaine conscience d'agir d'abord au profit du contrat, c'est-à-dire de l'opération économique qu'il prend en charge* »¹³¹, notamment en considération des changements de circonstances susceptibles d'en compromettre la réalisation¹³². Tel que l'expose le Professeur Wicker, « *en l'absence de stipulations expresses, les parties ne doivent être obligées à cette collaboration que si elle est nécessaire soit à la définition de l'objet de leur prestation, ce qui est le cas des contrats informatiques, soit à sa bonne exécution, à l'exemple du contrat de travail* »¹³³.

561. Le lien entre cette conception de la bonne foi et la théorie de l'imprévision peut précisément être noué autour de l'idée de « bonne exécution », dès lors que celle-ci est entendue dans sa dimension qualitative et à l'égard de l'ensemble des parties à l'engagement.

¹²⁶G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi ». *RTD civ.* 1946, p. 75.

¹²⁷ Parmi tant d'autres, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°439 et s ; R. DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspective*, thèse Paris II, 1992 ; D. COHEN, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance ». in *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, p. 517.

¹²⁸ À supposer, tel que nous le faisons, que la consécration de la théorie de l'imprévision en droit privé soit l'œuvre du juge et non, à la différence des exemples étrangers, celle du législateur, du moins dans un premier temps ; voir J.-P. DELMAS-SAINTE-HILAIRE, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 195.

¹²⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013, p. 118.

¹³⁰ R. MOREL, *La bonne foi dans les actes juridiques*, cours de droit civil approfondi, Paris, 1936, cité par G. LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 78.

¹³¹ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrats ». *RDC* 2004, p. 227.

¹³² « *Parmi les fondement proposés par la doctrine pour justifier la théorie de l'imprévision, seule la bonne foi contractuelle doit être retenue* », Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1989, tome 208, n°189.

¹³³ G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat ». in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2003, p. 166 ; dans le même sens Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP* 1988, I, 3318.

C'est précisément ce à quoi incite l'objectif de pérennité du contrat¹³⁴. Il est en effet des contrats dans lesquels les partenaires coopèrent d'eux-mêmes en l'absence de toute injonction extérieure, non que ces cocontractants soient animés par un esprit de fraternité ou de solidarité particulier, mais conscients que chacun a besoin de l'autre pour accomplir le projet contractuel à l'image parfois des protagonistes de la relation de travail¹³⁵, ces individus se livrent tout naturellement à ce que Carbonnier dénommait une « *coopération antagoniste* »¹³⁶. Le bouleversement de l'équilibre des prestations par un changement de circonstances peut toutefois mettre à mal cet idéal.

562. En pareil cas, on peut craindre que l'antagonisme jusqu'ici canalisé par l'association des parties ne s'exprime au grand jour et ne rende nécessaire un certain forçage de leur collaboration¹³⁷, surtout auprès de celle qui ne subit aucun dommage dû à la nouvelle situation de fait ; et plus encore si elle peut aisément se passer du contrat là où son cocontractant y voit un moyen de satisfaire un besoin¹³⁸. En effet, si la bonne foi assurait vraiment dans l'exécution du contrat, le respect des attentes réciproques des contractants¹³⁹, il ne servirait à rien de chercher à imposer un comportement qui serait spontanément dicté par le respect de la volonté commune. Là où Pothier affirmait « *qu'exécuter de bonne foi, c'est exécuter utilement* »¹⁴⁰, on est donc tenté d'ajouter « dans le respect de tous les intérêts en présence »¹⁴¹. Combinant valeur patrimoniale du contrat et inégalité des parties¹⁴², le rapport

¹³⁴ « *La pérennité contractuelle envisage la vie du contrat en attribuant à la notion de durée sa dimension qualitative et non uniquement quantitative (...)* », A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *op. cit.*, n°19 ; « *la bonne foi joue un rôle d'importance dans l'interprétation des contrats sous deux formes. Dans la première, que l'on pourrait appeler la bonne foi statique, elle est utilisée pour déterminer l'esprit du contrat, ce qui peut conduire le juge à déterminer le contenu contractuel, y compris en le complétant. Dans la seconde, la bonne foi intervient afin d'assurer la pérennité de l'esprit du contrat : c'est la bonne foi dynamique qui, s'intéressant au devenir du contrat, glisse insensiblement de son interprétation à son adaptation* », Ph. LE TOURNEAU, « Bonne foi », *Rep. civ. Dalloz*, n°49.

¹³⁵ Ch. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail ». *Dr. soc.* 2004, p. 708

¹³⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil - Les biens - Les obligations*, PUF, Quadrige, Paris, 22^e éd., 2004, p. 227.

¹³⁷ Si l'on reproche parfois aux solidaristes d'idéaliser les relations contractuelles, l'instrumentalisation de la bonne foi à laquelle nous adhérons paraît s'inscrire dans ce courant du « *solidarisme pessimiste* » évoqué par le Professeur Lequette, Y. LEQUETTE, « *Bilan des solidarismes contractuels* ». in *Mélanges Didier*, Economica, Paris, 2008, p. 247.

¹³⁸ Voir *supra*, *Dépendance économique et domination*, n°73 et s.

¹³⁹ D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant, Collection du Centre interuniversitaire de droit comparé, Bruxelles, 1986, tome 27.

¹⁴⁰ R.-J. POTHIER, *De la vente*, 1825, n°202, cité par Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, PUAM, 1994, n°137.

¹⁴¹ En droit du travail, l'exigence de bonne foi est ainsi perçue comme un moyen de forcer chacun, si besoin, à « *respecter les intérêts essentiels de l'autre* », F. GAUDU, R. VATINET, *Les contrats du travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, Traité des contrats, Paris, 2001, n°185.

d'emploi s'inscrit, selon une classification empruntée à Monsieur Laurent Aynes¹⁴³, dans la catégorie des relations de confiance pour lesquelles la bonne foi contractuelle et ses différents prolongements revêtent la plus forte intensité¹⁴⁴. Sur la base d'un fondement juridique formellement identique, celui de la bonne foi, il était envisageable de diffuser l'obligation d'adaptation consacrée par l'arrêt *Expovit* droit civil¹⁴⁵. L'exemple du droit du travail pouvant en outre en éclairer, quoique dans une moindre mesure, quelques-unes des modalités de sa mise en œuvre.

II. Les modalités de la révision

563. Les modalités de la révision pour imprévision s'articulent autour de deux temps forts. Une première étape consiste à apprécier le déséquilibre généré par le changement de circonstances afin de vérifier la nécessité d'une redéfinition du contenu obligationnel du contrat (A). Se pose ensuite la question du traitement du déséquilibre, autrement dit, celle de la tentative de restauration de l'équilibre initial (B).

A. L'appréciation du déséquilibre

564. Chez les auteurs partisans d'une admission de la théorie de l'imprévision en droit privé, comme dans les législations étrangères qui lui réservent un accueil favorable, les conditions d'appréciation du déséquilibre survenu en cours d'exécution varient sensiblement. Les désaccords surviennent, tout d'abord, à propos du fait générateur de la hausse du coût de la prestation d'un des contractants, soit qu'elle devienne en elle-même plus onéreuse, soit que la contrepartie attendue perde de sa valeur. À cet égard, l'exemple travailliste permet d'éprouver les avantages d'un critère lié à l'exigence d'un événement indépendant de la volonté de la

¹⁴² La mise en évidence de ces particularités a pour but de conforter l'analogie entre droit du travail et droit civil. Elle ne doit pas être interprétée comme réservant le bénéfice de la théorie de l'imprévision aux seuls contrats pouvant se réclamer de pareils caractéristiques.

¹⁴³ L. AYNÈS, « L'obligation de loyauté ». *APD* 2000, p. 195.

¹⁴⁴ Ch. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 706.

¹⁴⁵ « Si la jurisprudence *Expovit* est donc propre au droit du travail, parce qu'elle s'inscrit dans une recherche de maintien de l'emploi existant, sa motivation ne me paraît cependant pas la rendre totalement étrangère à une conception plus générale que l'on peut se faire du contrat : à la fois économique (favoriser la solution dont le coût est le moindre) et "solidariste" (favoriser celle qui n'exclut pas l'une des parties du champ contractuel) », Ch. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil ». *Dr. et patr.* 1998, p. 55.

partie lésée (1). La controverse est ensuite portée sur le terrain d'une évaluation quantitative du déséquilibre des prestations, à la recherche du seuil permettant d'exiger des contractants un effort d'adaptation. Sur ce point, il semble possible de se référer aux stipulations des parties afin de subordonner la révision de leurs obligations au constat d'une rupture significative de l'équilibre initial (2).

1. L'exigence d'un fait générateur indépendant de la volonté de la partie lésée

565. Le domaine susceptible d'être accordé à la révision pour imprévision dépend de l'acception conférée au fait générateur du déséquilibre. La révision exige une concomitance entre l'exécution du contrat et l'événement perturbateur mais la question qui se pose n'est pas tant celle du moment de sa survenance que de sa nature. Un point d'équilibre doit alors être trouvé entre l'irréductible part d'incertitude inhérente à toute opération qui se projette dans l'avenir et la nécessité de sauvegarder l'essentiel du projet initial. La conciliation peut provisoirement se réaliser autour de la définition que Monsieur Louis Thibierge donne de l'imprévu, perçu comme un événement qui déjoue les prévisions des parties et rend leurs stipulations inadaptées à la poursuite de la finalité économique du contrat¹⁴⁶. Cette définition reste néanmoins provisoire, dans la mesure où la référence aux « prévisions des parties » doit être précisée, notamment au regard d'une opinion majoritaire tendant à exiger un effort plus ou moins important d'anticipation de la part des cocontractants.

L'exigence d'un fait générateur indépendant de la volonté de la partie lésée rencontre certes l'opposition d'une majorité de la doctrine. Sa mobilisation par les Principes Unidroit doit alors être souligné, tout comme sa supériorité sur des conceptions inutilement rigoureuses au regard de leur manque de réalisme (a). À l'inverse, l'appréhension travailliste de l'événement générateur du déséquilibre témoigne parfois d'une trop grande souplesse pour pouvoir être transposée *in extenso* en droit civil. Il conviendra donc de souligner les limites de l'analogie avec le droit du travail, en distinguant les solutions exportables au soutien d'une révision pour imprévision en droit des contrats de celles qui sont susceptibles d'ouvrir trop largement le mécanisme et pourraient conduire à une immixtion non désirée du juge dans l'économie du contrat (b).

¹⁴⁶ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, thèse Paris 1, Economica, 2011, tome 26, n°587.

a. L'opportunité d'un critère déjà mobilisé par les Principes Unidroit

566. En droit administratif, lorsque l'entrepreneur avait pu prévoir les aléas économiques susceptibles de se produire au cours de l'exécution du marché, le juge considère qu'il n'y a pas de situation d'imprévision¹⁴⁷ ; il sanctionne ainsi son imprévoyance¹⁴⁸. En droit privé, certains auteurs subordonnent pareillement l'application de la théorie de l'imprévision à la réalisation d'un aléa anormal¹⁴⁹. Monsieur Philippe Stoffel-Munck justifie ainsi la nécessité de cette exigence par le fait que « *si l'on analyse le contrat comme un instrument de répartition des risques d'une opération économique, l'impératif de justice [n'impose] pas qu'il faille se préoccuper de ceux qui ont consciemment couru à leur perte* »¹⁵⁰, autrement dit des imprévoyants. De même, le Rapport Terré de l'Académie des sciences morales et politiques accorde un pouvoir de révision judiciaire indépendant de la volonté des parties et va au-delà de la simple anormalité en visant « *un changement de circonstances imprévisible et insurmontable* »¹⁵¹. Plus rigoureuse que l'aléa anormal, la formule entretient néanmoins une troublante proximité terminologique avec les éléments constitutifs de la force majeure, dont on connaît les lacunes dans le traitement des situations appréhendées par la théorie de l'imprévision¹⁵². Enfin, les Principes européens du droit des contrats, également favorables à

¹⁴⁷ CE 19 février 1992, n° 47265, SA dragages et travaux public.

¹⁴⁸ CE 12 juin 1987, n° 30060, SA Billiard c/ CH Saint-Denis, un entrepreneur se voit refuser le bénéfice de la révision pour imprévision au motif que s'engageant pour un marché devant s'exécuter sur une longue période, il aurait dû prévoir les hausses possibles des coûts salariaux et du prix des fournitures ; *comp.* CE 5 novembre 1982, Sté Propetrol, où l'imprévision est admise en raison d'une augmentation des coûts d'exploitation résultant d'une hausse du prix du fuel ; CE 29 mai 1991, Établissement public aménagement Ville nouvelle Saint-Quentin-en-Yvelines, admission de l'imprévision en raison d'une hausse des salaires.

¹⁴⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, PUAM, 1994, n°196 et s.

¹⁵⁰ Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°196.

¹⁵¹ L'article 136 de l'avant-projet énonce que « *si un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une des parties qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

¹⁵² « *S'opposer à l'admission de la théorie de la révision pour imprévision reviendrait à se satisfaire du traitement de l'imprévu par la seule théorie de la force majeure. Or, cette théorie ne permet pas d'offrir un traitement pertinent à l'imprévu, ceci pour diverses raisons. D'une part, la force majeure n'est pas un remède, un traitement, mais une sanction de l'imprévu. Elle ne vise qu'à exonérer, a posteriori, le débiteur, et non à prodiguer une solution permettant à l'avenir au contrat de s'accommoder de l'imprévu. D'autre part, la théorie de la force majeure manque cruellement de nuance. Elle ne sanctionne l'imprévu que s'il rend impossible l'exécution, et y attache de drastiques conséquences : la mort du contrat. Ce faisant, elle se prive d'une réponse adaptée à la gravité de l'imprévu* », L. THIBIERGE, *op. cit.*, n°510 ; dans le même sens Cl. WITZ, « Effets, interprétation et qualification du contrat ». *RDC* 2009, p. 322, « *si le changement de circonstances est imprévisible et insurmontable, n'est-on pas normalement en présence d'un événement de force majeure ? Si l'événement est insurmontable, l'exécution est impossible. Or, précisément, la caractéristique première de la théorie de l'imprévision est de pouvoir jouer lorsque l'exécution est encore possible* ».

l'introduction de la révision pour imprévision, posent comme préalable un déséquilibre provoqué « à la suite d'un changement de circonstances raisonnablement imprévisible »¹⁵³. L'article 1195 du Code civil retient quant à lui une position intermédiaire en visant « un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat ».

567. Cette prudence conduisant à refuser de compenser la légèreté blâmable des contractants par l'action modératrice du juge peut légitimement se comprendre¹⁵⁴ ; pour autant, elle présente des inconvénients majeurs. Nous avons vu que l'encouragement à l'insertion de clauses de variation n'est d'aucun secours pour la partie qui, tout en y ayant potentiellement intérêt, n'est malheureusement pas en position de peser sur le contenu contractuel ; de la même manière, il est des cas où reprocher au contractant lésé de ne pas s'être montré suffisamment prévoyant ne fait qu'exacerber l'inégalité de puissance initiale. Continuer à se référer aux prévisions des parties là où la définition du contenu obligationnel dépend de la volonté unilatérale de l'un des protagonistes paraît inopportun, de surcroît lorsque celui-ci n'a pas à subir les conséquences de son incurie¹⁵⁵. Il conviendrait alors d'opter pour une définition de l'imprévu mettant l'accent sur la survenance d'un fait générateur indépendant de la volonté de la partie lésée.

568. Si l'idée va à l'encontre de la position majoritaire, elle trouve néanmoins un relais privilégié dans la version actuelle des Principes Unidroit, dont l'article 6.2.2 appréhende les événements générateurs du déséquilibre du point de vue de la partie lésée¹⁵⁶. En ciblant ceux

¹⁵³ Selon l'article 7.101 des Principes, « (1) si le contrat devient profondément déséquilibré, au cours de son exécution, à la suite d'un changement de circonstances raisonnablement imprévisible, les parties doivent le renégocier afin de le réviser ou de le résilier. (2) Si, en dépit de la bonne foi des contractants, les négociations n'aboutissent pas dans un délai raisonnable, ceux-ci peuvent le résilier d'un commun accord ; à défaut, le juge peut réviser équitablement le contrat ou le priver d'effets pour l'avenir ». L'article 0.201 des Principes contractuels communs se réfère quant à lui à « un changement imprévisible de circonstances ».

¹⁵⁴ Nonobstant les questionnements que ne manqueraient pas de susciter, en pratique, la diversité des conceptions de l'imprévu, l'altérité ainsi affichée tient finalement davantage à une différence de degré que de nature.

¹⁵⁵ Et il n'est pas illogique d'avancer que parmi les prérogatives que s'octroie le contractant en position dominante, celle de réduire ses prises de risques dans la réalisation de l'opération économique occupe une place de premier choix.

¹⁵⁶ L'article 6.2.1. dispose que « les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship ». L'article 6.2.2. précise 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, et a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ; b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ; c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée ».

que cette dernière n'a pu raisonnablement prendre en considération lors de la conclusion du contrat, les Principes ont d'abord le mérite de conjuguer l'imprévu au singulier, là où les autres opinions raisonnent à l'unisson dans une logique bilatérale. Ensuite, la rédaction de l'article 6.2.2 autorise la prise en compte de l'inégalité de puissance économique entre les parties. La formule « *n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération* » ouvre en effet la voie à une approche protéiforme de l'incapacité du cocontractant lésé à intégrer les éléments objectifs de fait au contenu contractuel. Il existait une perception classique de l'impuissance, incarnée par l'insaisissabilité de certaines données factuelles, telle l'extrême variation du coût de la prestation promise, y compris pour des cocontractants avisés. À la lumière de l'article 6.2.2, il est alors possible de compléter cette approche de l'incapacité en se référant au sort de la partie tenue à l'écart de la détermination du champ contractuel, celui-ci étant unilatéralement défini par l'autre protagoniste à la relation.

569. Témoignant d'un plus grand réalisme, cette orientation n'est pas pour autant synonyme d'abandon de toute condition préalable à la révision pour imprévision. Elle propose simplement, au regard de la physionomie de certains engagements, d'apprécier l'imprévu compte tenu des marges de manœuvre effectives de la partie lésée lors de la formation du contrat. De plus, il faut observer que l'identification de l'aléa anormal n'est guère aisée en pratique. Tout d'abord, la durée de la relation contractuelle augmente considérablement le poids et la fréquence des incertitudes, de sorte qu'il devient difficile de déterminer les coups du sort pouvant être légitimement pris en compte corrélativement à l'opération voulue par les parties ; à moins que l'on ne s'en tienne à l'objet de la convention et à son caractère spéculatif, situation dans laquelle le rejet de l'imprévu tombe sous le sens¹⁵⁷. Ensuite, entre aléa normal et anormal, séparer le bon grain de l'ivraie tient parfois de la gageure. Aussi vaut-il mieux déplacer le curseur de l'anormalité en le pointant non plus sur le fait générateur, mais sur ses conséquences sur l'économie du contrat, à la recherche d'une rupture significative avec l'équilibre initial¹⁵⁸. Mais avant de procéder à cette opération, il convient de souligner, sur ce point, les limites de l'analogie avec le droit du travail.

¹⁵⁷ La jurisprudence allemande refuse ainsi de faire jouer la théorie de l'imprévision en matière de contrat spéculatifs, voir Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1989, tome 208, n°202.

¹⁵⁸ Délaisser le critère de l'anormalité du fait générateur comporte en outre l'avantage de ne pas multiplier inutilement les notions aux contours incertains, pour s'en tenir à la seule identification d'un déséquilibre

b. Les limites de l'analogie avec le droit du travail

570. Les règles applicables au reclassement du salarié semblent elles aussi inviter à l'indifférence à l'égard des caractéristiques du changement des circonstances de fait. Néanmoins, il ne paraît pas possible d'établir une analogie parfaite entre les situations faisant appel à l'obligation¹⁵⁹. Le droit du travail impose en effet l'adaptation du contrat de travail dans des hypothèses où le fait générateur du déséquilibre de la relation n'affiche nécessairement pas le caractère d'extranéité exigé par la théorie de l'imprévision. L'obligation de reclassement destinée à parer un licenciement pour motif économique illustre cette ambivalence¹⁶⁰. L'adaptation qui en résulte y est commandée par le souci d'éviter la rupture du contrat de travail « *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, consécutive notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* »¹⁶¹.

571. À travers les difficultés économiques, ce sont bien les incidences d'éléments extérieurs à la volonté de l'employeur sur l'emploi qui sont ici visées par le législateur. La Cour de cassation retient par exemple la fraude et constate l'absence de cause réelle et sérieuse lorsque le licenciement économique résulte de l'organisation, par l'employeur, de sa propre insolvabilité¹⁶² ou de ses propres difficultés financières¹⁶³. Il en va de même lorsque le licenciement intervient afin de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, et ce, en dehors de toute difficulté économique avérée au moment de la rupture du contrat. Les juges doivent alors caractériser l'existence d'une menace sur la compétitivité de l'entreprise ou du secteur

commandant une intervention du juge ; *comp.* Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, PUAM, 1994, p. 200, pour qui « *en somme il importe peu que l'aléa qui est venu affecter la convention ait été à l'origine absolument imprévisible ou non. Il suffira qu'il soit suffisamment anormal, ou d'une ampleur suffisamment anormale, pour qu'il surprenne les contractants dans les prévisions qu'on peut objectivement leur prêter* ».

¹⁵⁹ Voir *supra*, *La constitution de l'obligation d'adaptation en droit du travail*, n°554 et s.

¹⁶⁰ Rappelons qu'aux termes de l'article L. 1233-4 al. 1^{er}, « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient* ».

¹⁶¹ C. trav. art. L. 1233-3.

¹⁶² Cass. soc. 9 octobre 1991, *Bull. civ.* V, n°402.

¹⁶³ Cass. soc. 5 octobre 1999, *Bull. civ.* V, n°365.

du groupe¹⁶⁴, les licenciements fondés sur la volonté de réaliser des économies¹⁶⁵ ou d'accroître les profits de la société¹⁶⁶ étant, à l'inverse, considérés comme dépourvus de cause réelle et sérieuse.

572. S'agissant des mutations technologiques et de leurs conséquences éventuelles sur l'emploi, il est en revanche difficile d'y voir un changement de circonstances indépendant de la volonté des parties. C'est en effet l'employeur qui prend la décision d'introduire une technologie nouvelle ; son choix peut tout aussi bien être dicté par la nécessité de conserver sa compétitivité que par la volonté d'accroître ses bénéfices¹⁶⁷. Quand bien même la modernisation de l'outil de production entraînerait un ou plusieurs licenciements, l'existence d'une cause réelle et sérieuse à ces derniers n'est nullement subordonnée à des difficultés économiques ou à une menace de la compétitivité de l'entreprise¹⁶⁸. La mutation technologique suffit à justifier la rupture du contrat de travail lorsque l'adaptation de l'emploi ou le reclassement du salarié est effectivement impossible¹⁶⁹. En outre, la volonté d'entreprendre des mutations technologiques, fut-elle dans une certaine mesure commandée par un contexte économique échappant aux attentes de l'employeur, ne peut s'analyser comme un événement affichant le visage de l'imprévu. Dans l'optique de l'introduction, en droit civil, d'une révision pour imprévision fondée sur la bonne foi au service d'un maintien de l'équilibre initial, seule paraît devoir importer l'existence d'un fait générateur extérieur à la volonté des parties. Une fois caractérisée, vient le moment d'en apprécier les conséquences par la recherche d'une rupture fondamentale avec l'équilibre initial de l'engagement.

2. L'identification d'une rupture fondamentale avec l'équilibre initial des prestations

¹⁶⁴ Cass. soc. 31 mai 2006, *RDT* 2006, p. 102, obs. Ph. WAQUET.

¹⁶⁵ Cass. soc. 24 avril 1990, *Bull. civ.* V, n°183.

¹⁶⁶ Cass. soc. 30 septembre 1997, *Bull. civ.* V, n°291.

¹⁶⁷ Par exemple lorsqu'un hypermarché décide d'installer des caisses automatiques destinées à remplacer des postes de caissiers à plus ou moins court terme.

¹⁶⁸ Cass. soc. 9 octobre 2002, n°00-44069, *RJS* 12/02, n°1373 ; voir également Cass. soc. 17 mai 2006, n°04-43022, *RJS* 8-9/06, n°934.

¹⁶⁹ Quelques décisions s'attachent cependant au contrôle de la qualification de « mutation technologique », par exemple Cass. soc. 13 mai 2003, n°00-4676, *RJS* 11/03, n°1135.

573. Face à la difficulté, pour le juriste, de déterminer précisément les circonstances assimilables à un imprévu digne d'être pris en compte, Monsieur Claude Ménard considère que l'importance du déséquilibre se mesure non pas à ses causes, mais par ses effets sur l'équilibre du contrat et sur l'utilité sociale qu'il y a à maintenir, modifier, ou interrompre ce contrat¹⁷⁰. Ce pouvoir discrétionnaire du juge, de distinguer entre les déséquilibres requérant une révision du contenu obligationnel du contrat et ceux dont l'ampleur ne le justifie pas¹⁷¹, paraît, de prime abord, menacer la sécurité des conventions en portant une atteinte excessive à la volonté des parties¹⁷². Pourtant, n'est-ce pas, à l'inverse, en prenant acte de l'incidence des changements de circonstances sur l'économie du contrat pour redéfinir, éventuellement, les obligations par lui créées que l'on parvient à s'assurer effectivement du respect de l'engagement initial ?¹⁷³ Monsieur Philippe Stoffel-Munck l'exprime d'ailleurs fort bien en observant que « *si les circonstances dévalorisent complètement la créance, ce n'est que par une révision que sera garantie une sécurité réelle aux contractants* »¹⁷⁴.

574. D'autant qu'il ne s'agit nullement d'instrumentaliser la révision pour imprévision dans l'optique de corriger toute absence d'une parfaite équivalence des prestations lors de la phase d'exécution du contrat¹⁷⁵. Là encore, les Principes Unidroit sont susceptibles d'éclairer les termes de l'arbitrage judiciaire attendu. L'article 6.2.2 des Principes retient ainsi l'existence d'une situation d'imprévision nécessitant une révision du contrat « *lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué* ». Nous préférons la terminologie retenue par les Principes à la référence de l'article 1195 du Code

¹⁷⁰ Cl. MÉNARD, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 670.

¹⁷¹ Cl. MÉNARD, *ibidem*.

¹⁷² Ainsi pour Josserand, « *le changement même des conditions économiques ne devrait pas, en thèse générale, justifier que le manquement à la parole donnée (...) ; la destruction du contrat est aussi celle de la confiance de la sécurité juridique ; si elle se généralisait, si, sous le complaisant prétexte d'ouvrir des soupapes de sûreté afin de sauvegarder la paix sociale, on la faisait entrer dans nos mœurs, elle entraînerait le retour à un régime non contractuel qui (...) était celui des sociétés primitives (...) ; à quoi bon contracter lorsque l'on sait que les engagements pris n'engagent pas ?* », L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 1939, n° 405, p. 228, cité par Th. GENICON, note sous Cass. com. 29 juin 2010, D. 2010, p. 2485.

¹⁷³ *A fortiori* dans une relation au sein de laquelle la détermination du contenu obligationnel échappe à la partie lésée.

¹⁷⁴ Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 64, « *comme l'avait pressenti Voirin, on passe d'une sécurité statique, trompeuse, à une sécurité dynamique authentiquement protectrice des prévisions contractuelles* ».

¹⁷⁵ De plus, la lésion « *vise à corriger un déséquilibre objectif des prestations ab initio. Or l'imprévision ne s'applique qu'aux bouleversements ultérieurs de la convention des parties. En outre l'article 1118 du Code civil interdit très clairement que l'on prenne en compte la lésion en dehors des cas expressément visés par la loi* », Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 82.

civil à une « *exécution [devenue] excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* »¹⁷⁶. En effet, cette formulation ne rend pas, à notre avis, suffisamment compte des hypothèses dans lesquelles le déséquilibre se traduit non pas au travers d'un accroissement du coût de la contre-prestation, mais par une diminution de la valeur de la contrepartie qui en est donnée¹⁷⁷

575. Dans le sillage de leur article 3-10 visant la nullité de la clause accordant « *injustement un avantage excessif à l'autre partie* »¹⁷⁸, il convient d'admettre que loin de stigmatiser toute variation de l'économie générale du contrat due à un changement de circonstances, les Principes entreprennent ici de ne régir que quelques situations particulières¹⁷⁹, de sorte que le déséquilibre survenu en cours d'exécution ne sera corrigé que s'il est fondamental¹⁸⁰. Le bouleversement du contenu obligationnel devra alors être estimé au regard des termes initiaux de l'engagement, peu important que l'échange des consentements entérine des droits et obligations disproportionnés ; la révision pour imprévision n'a pas vocation à contourner le refus du Code civil de consacrer un principe général de lésion. Il appartiendra ainsi au juge d'apprécier *in concreto* si le changement de circonstances occasionne une importante augmentation du coût de l'exécution ou une diminution de la valeur de la contre-prestation dans des proportions suffisamment importantes pour légitimer une révision du contrat¹⁸¹.

576. La notion de rupture fondamentale avec l'équilibre initial des prestations, reconnaissons-le, confère au juge un large pouvoir d'interprétation. Mais plutôt que d'y voir une menace pour la sécurité des conventions, nous préférons l'analyser comme un standard juridique nécessaire à la consécration de la révision pour imprévision en droit civil. La définition du standard que propose le Vocabulaire juridique Cornu se singularise par l'accent

¹⁷⁶ Article 1196 du projet.

¹⁷⁷ Par exemple, lorsque « *les circonstances dévalorisent complètement la créance, monétaire ou non-monétaire* », Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 64.

¹⁷⁸ Selon cet article, « *la nullité du contrat ou l'une de ces clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie (...)* ».

¹⁷⁹ Visant la correction des « *déséquilibres excessifs* », F. HINESTROSA, « Rapport général, La révision du contrat », in *Le contrat, Journées brésiliennes*, Association Henri Capitant, 2008, p. 411.

¹⁸⁰ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, tome 335, n°916.

¹⁸¹ En droit des marchés public, le Conseil d'État estime par exemple que la situation d'imprévision ne peut pas être établie lorsque le surcoût n'excède pas 3 % du montant définitif du marché, CE 30 novembre 1990, *Sté Coignet entreprise* ; il a pareillement été jugé qu'il n'y a pas d'imprévision lorsque la hausse des charges sociales représente 1 à 2 % du montant final du marché, CE2 juillet 1982, *Sté routière Colas*.

mis sur la dimension fonctionnelle de cette notion, conçue comme une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, espèce par espèce, à la lueur de données extra légales ou même extra juridiques, une occasion d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant¹⁸². Qu'il s'agisse d'adapter la règle générale et abstraite aux particularismes des situations soumises à son empire¹⁸³ ou d'évaluer comportements et situations en termes de normalité¹⁸⁴, on perçoit aisément les avantages que l'ordre public intégré à la théorie générale de l'acte juridique peut retirer d'une logique de protection assise sur la technique du standard¹⁸⁵.

577. Fruit du compromis entre des intérêts apparemment divergents¹⁸⁶, le standard se veut en effet l'instrument privilégié d'une meilleure appréhension des inégalités de fait dans laquelle pouvoir législatif et autorité judiciaire vont agir de concert. Aussi, la mobilisation du standard ne signifie nullement une abdication de la loi, elle relève tout au contraire d'un choix de légistique parfaitement défendable. Le législateur garde la main dans l'élaboration de la règle dont la relative imprécision¹⁸⁷ traduit la volonté de reconnaître au juge une compétence normative au moment de sa mise en œuvre¹⁸⁸. Plutôt que de « *multiplier les statuts de protection qui avancent dans les contrats comme un éléphant dans un magasin de porcelaine (...) c'est au juge du contrat qu'il faut donner le pouvoir de corriger ce déséquilibre au plus près du cas (...)* »¹⁸⁹. Ce que proposent les Principes Unidroit, le droit français des contrats

¹⁸² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013, p. 885.

¹⁸³ Ah. AL-SANHOURY, « Le standard juridique ». in *Mélanges Gény*, tome 2, Sirey, Paris, 1937, p. 145.

¹⁸⁴ S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, Paris, 1980, tome 135, n°93.

¹⁸⁵ C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 382, n°571 et s., et *infra*, n°275 et s.

¹⁸⁶ A. MARTINON, « L'utile en droit du travail ». in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Economica, Paris, 2011, n°37.

¹⁸⁷ Pour Madame Del Cont, le standard « *se présente comme un outil conceptuel permettant aux droits d'objectiver des pratiques économiques complexes et évolutives [de sorte que sa relative imprécision] n'est que le reflet des contradictions et des transformations que produit, dans les rapports sociaux, l'intensification de l'échange marchand* », C. DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 1997, p. 236.

¹⁸⁸ Etablissant un parallèle entre l'ordre public et les bonnes mœurs, la doctrine les assimile tous les deux à « *des normes à contenu indéterminé, des standards, qui ne répondent à aucune définition précise et qui ont donc souvent besoin du relais des juges pour être concrétisés* », F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°371.

¹⁸⁹ Ph. REMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions ». in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadiet, G. Cornu, (dir.), Economica, Paris, 1987, p. 271, spé. n°28 ; voir aussi, dans le même ouvrage, L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », p. 7, spé. n°47.

privés pourrait utilement l'expérimenter au service d'une identification des déséquilibres fondamentaux générés par un changement de circonstances, et ce, préalablement à leur traitement.

B. Le traitement du déséquilibre

578. Tandis que le droit du travail a pu consacrer une véritable obligation d'adaptation de la relation de travail à la charge de l'employeur, il n'autorise pas pour autant le juge à réviser la substance du contrat de travail. En d'autres termes, l'adaptation reste l'affaire des parties et demeure intimement liée à l'initiative de l'employeur. Le juge n'intervient qu'*a posteriori* pour vérifier qu'avant de licencier le salarié, l'employeur a satisfait à son obligation d'adaptation. Dans la négative, la rupture du contrat de travail sera considérée comme ne reposant pas sur une cause réelle et sérieuse. De ce point de vue, le droit du travail ne peut donc fournir qu'une source d'inspiration indirecte pour la révision judiciaire du contrat.

Pour autant, l'appréciation de l'effort d'adaptation attendu de l'employeur, et dans certains cas du salarié, à laquelle se livre la chambre sociale de la Cour de cassation peut tout de même éclairer quelques aspects du traitement du déséquilibre contractuel. Ainsi, les exemples issus de la jurisprudence sociale confirment que l'opération doit être placée sous le signe de la tentative. En fonction de l'importance du déséquilibre constaté, selon la conception retenue des efforts et concessions pouvant être légitimement attendus des parties, il sera ou non possible de restaurer l'économie générale de l'engagement tel qu'il existait au moment de sa formation. Cependant, avant d'identifier la teneur de la redéfinition à opérer dans le contenu obligationnel du contrat, se pose la question de l'organe chargé de sa mise en œuvre, entre renégociation menée par les parties et révision opérée par le juge. Nous étudierons successivement la tentative de rééquilibrage dans sa dimension *rationae personae* (1), puis sous son angle *rationae materiae* (2).

1. La tentative *rationae personae* d'un rétablissement de l'équilibre initial

579. Deux orientations sont classiquement avancées dans le débat sur la détermination de l'organe chargé d'adapter le contrat au changement de circonstances¹⁹⁰. La première suggère de réserver cette prérogative aux seules parties, à charge pour elles de renégocier le contrat ou, à défaut, d'y mettre un terme. La seconde, qui remporte notre adhésion, emprunte avec mesure la voie judiciaire puisqu'elle n'accorde aux magistrats le pouvoir de réviser le contrat que lorsque les parties ne sont pas parvenues à s'entendre. L'incitation à la renégociation *inter partes* (a) confère ainsi un caractère supplétif à la recherche d'une adaptation judiciaire (b).

a. L'incitation à la renégociation *inter partes*

580. Le droit du travail incite fortement les parties à renégocier les termes de leur collaboration dans le cas où un changement de circonstances viendrait menacer la pérennité du contrat de travail. L'obligation d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi en fournit une belle illustration : c'est en effet à l'employeur de proposer au salarié un changement de ses conditions de travail, ou une modification de son contrat de travail, pour tenir compte de la nouvelle donne économique¹⁹¹. Le juge ne joue aucun rôle dans la redéfinition des obligations respectives des parties ; il se borne à vérifier *a posteriori* les efforts consentis par l'une et l'autre au moment d'apprécier le bien-fondé du licenciement du salarié lorsque celui-ci décide de le saisir. Les projets français de réforme du droit des obligations accordaient pareillement une importance cardinale à la renégociation menée par les parties afin d'adapter le contrat au changement de circonstances, comme par exemple l'avant-projet de la Chancellerie¹⁹². Certains l'exigent préalablement à tout recours au juge¹⁹³, d'autres plus méfiants entendent ne confier qu'aux seuls cocontractants le soin de redéfinir le contenu obligationnel du contrat et n'attribuent aux magistrats qu'un rôle secondaire en leur

¹⁹⁰ Pour un exposé plus détaillé de chacune d'entre elles voir par exemple É. SAVAUX, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision - Rapport français ». *RDC* 2010, p. 1057.

¹⁹¹ *Op. cit.*, C. trav. art. L. 1233-4.

¹⁹² Son article 104 al. 2 dispose qu'« *en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat* ».

¹⁹³ Les alinéas 2 et 3 de l'article 92 de l'avant-projet Terré précise ainsi que « *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'elle par suite d'un changement imprévisible des circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat. En l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

interdisant toute révision de la convention¹⁹⁴. Cette éventualité d'une redéfinition du contenu contractuel passée au crible prétorien encourage par ailleurs une renégociation menée par les parties, dès lors que l'intervention du juge pourrait, notamment, être synonyme de sanction pour celle qui ne jouerait pas de bonne foi le jeu de la révision conventionnelle¹⁹⁵.

581. Si l'obligation d'adaptation en droit du travail dispose désormais de ses propres fondements textuels, son ancrage originel dans la bonne foi de l'ancien article 1134 du Code civil confirme l'opportunité d'une incitation à « l'auto-révision » du contrat¹⁹⁶. Tel qu'un auteur a pu le relever, « l'idée d'imposer aux créanciers une obligation de renégociation peut s'analyser comme une conséquence logique de l'obligation de coopération »¹⁹⁷. L'idée est par ailleurs reprise dans le célèbre arrêt *Huard* de la chambre commerciale ayant imposé une renégociation du prix sur le fondement de la bonne foi¹⁹⁸, et, plus récemment, dans une retentissante décision de la cour d'appel de Nancy du 26 septembre 2007¹⁹⁹. Lorsque les contractants ne parviennent toutefois pas à s'accorder sur un nouveau contenu obligationnel, l'adaptation du contrat est soumise à l'examen du juge²⁰⁰.

¹⁹⁴ Selon l'article 1135-1 de l'avant-projet 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 fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles » ; l'article 1135-2 de l'avant-projet semble ouvrir la porte à une immixtion du juge dans la loi des parties en disposant qu'« à défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation », mais l'article 1335-2 limite considérablement la portée de l'intervention prétorienne estimant que « le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage »

¹⁹⁵ « La règle supplétive pourrait encore assurer une autre fonction, cette fois "répulsive", afin d'inciter les parties à prendre en main leur destin contractuel. Une telle incitation est particulièrement nécessaire en matière de révision pour imprévision : dans un souci d'abaissement des conflits et de poursuite des relations contractuelles, mieux vaut que les parties prévoient elles-mêmes la révision du contrat, sans le secours d'un juge », B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 84.

¹⁹⁶ L'expression est de Monsieur Thomas Genicon, note sous Cass. com. 29 juin 2010, *D.* 2010, p. 2485.

¹⁹⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, PUAM, 1994, p. 245.

¹⁹⁸ Cass. com. 3 novembre 1992, *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. MESTRE ; *JCP* 1993 II 22164, obs. G. VIRASSAMY ; rapprochant l'arrêt *Huard* de l'arrêt *Expovit* rendu par la chambre sociale, Madame Fauvarque-Cosson y perçoit la confirmation de ce que « sur le fondement de la bonne foi, le droit français pourrait mettre à la charge des parties une obligation de négocier, en vue d'adapter le contrat aux changements de circonstances », B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances ». *RDC* 2004, p. 80.

¹⁹⁹ CA Nancy 26 septembre 2007, *SAS Novacarb contre SNC Socoma*, *D.* 2008 p. 1120 note M. BOUTONNET ; *JCP* II 10091, obs. M. LAMOUREUX ; *RDC* 2008, p. 738, obs. D. MAZEAUX ; voir également É. SAVAUX, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision - Rapport français ». *RDC* 2010, spé. p. 1061.

²⁰⁰ Voir par ailleurs la loi du 6 août 2015 sanctionnant les distributeurs de produits agricoles et alimentaires qui pratiqueraient un prix d'achat de ces derniers, ne tenant pas compte des augmentations des coûts de production s'agissant de produits affectés par des fluctuations de prix des matières premières, sur ce point D. FERRIER, « La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques... en matière de distribution (?) ». *D.* 2015, p. 1904

b. La recherche d'une adaptation judiciaire subordonnée à l'échec de la renégociation

582. Les Principes Unidroit²⁰¹, comme les Principes européens²⁰², prévoient que l'une des parties peut saisir le juge à la suite de l'échec de la renégociation, à charge ensuite pour ce dernier de tenter de réviser le contrat à la lumière du changement de circonstances²⁰³. Supplétive²⁰⁴, la révision judiciaire joue néanmoins un rôle important dans le contrôle des efforts consentis par l'un et l'autre des contractants afin de retrouver l'équilibre perdu, efforts que le magistrat apprécie à l'aune de l'obligation de négocier de bonne foi²⁰⁵, voire de l'abus de droit²⁰⁶.

583. Sur ce point, nous ne partageons pas la position adoptée par le projet de réforme du droit des contrats dans sa version du 25 février 2015, lequel n'envisageait l'intervention du juge

²⁰¹ L'article 6.2.3 dispose que « 1) en cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée. 2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations. 3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal. 4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ».

²⁰² Dont l'article 6.111 relatif au « changement de circonstances » prévoit qu' « (1) Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. (2) Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances (a) qui est survenu après la conclusion du contrat, (b) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat, (c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat. (3) Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut (a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, (b) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances. Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations ».

²⁰³ Voir D. MAZEAUD, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando ». in *Mélanges Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, p. 205.

²⁰⁴ Voire facultative, dans la mesure où en disposant que « le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin » (nous soulignons), la rédaction de l'article 1195 du Code civil davantage une faculté qu'une obligation ; voir plus largement Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat ». *RDC* 2016, p. 30 ; Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat ». *RDC* 2016, p. 373.

²⁰⁵ Cass. com. 3 novembre 1992, *op. cit.*

²⁰⁶ Cass. com. 24 novembre 1998, par lequel la Cour de cassation sanctionne « le comportement des contractants qui n'ont pas collaboré de manière suffisamment active afin d'améliorer la situation contractuelle qui s'était aggravée durant l'exécution de la convention », A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°692 ; l'auteur ajoute que « l'abus, en intégrant de manière extensive les manquements aux exigences de bonne foi, permet de contrôler la cohérence du comportement des contractants. L'évolution de la notion d'abus autorise son enrichissement par ce critère nouveau qui contribue à rendre plus intelligibles les règles comportementales des contractants à une convention de longue durée », n° 696, reste que la conception de l'abus que retient le plus souvent la Cour de cassation, fondée sur l'intention de nuire, restreint considérablement le rôle que la notion pourrait être amenée à jouer dans le contrôle de la révision menée par les parties, voir à propos de l'abus *supra*, *Les limites de la conception subjective*, n°149 et s.

que lorsque les parties le demandaient de concert²⁰⁷. On peut en effet douter que le contractant qui refuse de renégocier sa contrepartie attendue du contrat soit nécessairement plus enclin à accepter l'intervention du juge²⁰⁸. Il est difficile d'imaginer qu'en cas d'échec des négociations les parties en désaccord acceptent de s'en remettre aveuglément au juge pour adapter le contrat²⁰⁹. De plus, celui qui n'est pas impacté par le changement de circonstances aura tout loisir de rejeter la renégociation, soit parce qu'il ne craint pas la rupture du contrat, soit parce qu'il sait que son partenaire entretient avec lui un rapport de nécessité qui l'empêche de pouvoir y mettre un terme ; le déséquilibre perdurera. En outre, et à l'instar de ce que nous avons pu observer en matière de réfaction des clauses de non-concurrence²¹⁰, on peut penser que plutôt que de retenir une logique du « tout ou rien », la révision du contrat par le juge permet de parvenir à un compromis respectueux des intérêts de chacun²¹¹.

584. De ce point de vue, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats opère une avancée significative en comparaison avec le projet de texte dévoilé précédemment. En 2015 en effet, au regard du périmètre alors fixé par l'article 1196 du projet d'ordonnance, l'intervention du juge sur le contenu de l'engagement semblait des plus réduites. Hormis une éventuelle adaptation à la demande des contractants qui ne seront pas parvenus à s'entendre, le juge n'était appelé à intervenir que pour mettre fin au contrat « *à la date et aux conditions qu'il fixe* » : la rupture excluait toute révision. Le Professeur Rouhette proposait certes une interprétation plus optimiste de cette disposition. Il considérait que les termes choisis par la Chancellerie autorisaient « *quant à la date, de fixer [la rupture] au jour où le contrat aurait dû*

²⁰⁷ Rappelons que selon l'article 1196 de l'ordonnance prévoit que « *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* ». L'alinéa 2 ajoute qu'« *en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

²⁰⁸ Dans le même sens voir l'article consacré par le Professeur Latina à l'imprévision sur le blog Dalloz dédié à la réforme du droit des obligations. L'auteur propose de rédiger ainsi l'alinéa 2 de l'article 1195, « *en cas de refus ou d'échec de la renégociation, le contractant victime des circonstances, peut demander au juge de corriger le déséquilibre contractuel ou de résilier le contrat, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

²⁰⁹ C. WITZ, « Effets, interprétation et qualification du contrat ». *RDC* 2009, p. 323 ; dans le même sens G. ROUHETTE, « La réforme française du droit français des contrats en droit positif. Préface ». *RDC* 2009, p. 271, qui lui aussi « *voit mal comment des parties qui ne se seraient pas accordées dans une négociation tendant à adapter le contrat seraient d'accord pour conférer au juge le pouvoir de le rééquilibrer* ».

²¹⁰ Voir *supra*, n°420.

²¹¹ I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, n°52, Paris, 2001, n°491.

*prendre fin ; quant aux conditions, d'opérer une modification des clauses du contrat de façon à supprimer l'excessive onérosité en rééquilibrant les prestations »*²¹².

585. L'interprétation était séduisante, mais dans le même temps, elle nous semble buter sur quelques sérieux obstacles. D'une part, la solution préconisée par l'auteur n'était pas applicable aux contrats à durée indéterminée pour lesquels nul ne peut prévoir le jour où l'engagement aurait dû prendre fin. Or, ceux-ci peuvent occuper une place essentielle dans les ressources de l'individu, au point qu'y mettre fin compromettrait gravement ses intérêts, comme en matière de contrats de dépendance. L'alternative qui consisterait à choisir entre le maintien d'un contrat profondément déséquilibré ou une rupture préjudiciable n'est donc guère satisfaisante ; et mieux vaudrait lui substituer une révision au service de la pérennité de l'engagement. D'autre part, il n'était pas certain que l'article 1196 encourageait le juge à réviser le contrat. Premièrement, le texte ne prévoyait l'adaptation du contrat qu'avec l'accord des parties²¹³. Deuxièmement, même en admettant que l'expression « *aux conditions qu'il fixe* » l'autorisait à adapter le contenu contractuel, le juge devait agir « *pour mettre fin* » au contrat, et non redéfinir les conditions de son exécution jusqu'au jour où celui-ci aurait dû prendre fin. Autrement dit, il était difficile de prétendre que le juge pouvait à la fois mettre fin à l'engagement et le mener jusqu'à son terme normal. Tout au plus, l'article 119 l'autorisait à adapter rétrospectivement le contrat, pour la période située entre le moment où l'un des contractants en sollicite la rupture et celui auquel elle intervient.

586. Mais face à un tel pouvoir modérateur, on ne s'étonnera pas de retrouver, une fois encore, la crainte d'un gouvernement des juges²¹⁴. Pourtant, l'effet produit par un accroissement des marges de manœuvres du pouvoir prétorien, notamment *via* les standards juridiques, est souvent inversement proportionnel à l'interventionnisme attendu par le

²¹² G. ROUHETTE, *ibidem*.

²¹³ D. MAZEAUD, « Rapport de synthèse ». *RDC* 2009, p. 412, qui observe qu'en « *décidant que si la renégociation conventionnelle est refusée ou échoue, le juge peut "avec l'accord des parties", adapter le contrat profondément déséquilibré, le projet refus donc d'intégrer la révision judiciaire pour imprévision (...)* ».

²¹⁴ Faisant apparemment peu de cas de la distinction entre imprévision et lésion, voir par exemple, F. MANTILLA-ESPINOZA, « L'introduction de la révision pour imprévision - Rapport colombien ». *RDC* 2010, p. 1047, pour qui la révision judiciaire « *risquerait d'entraîner le juge à entendre par "équité" ses propres principes moraux et sa conception intime de la justice, comme critères pour résoudre les cas particuliers. Ainsi, le juge pourrait aller jusqu'à imposer l'équivalence objective des prestations* ».

législateur²¹⁵. Tout d'abord, l'ouverture de la révision reste subordonnée à l'existence d'une situation d'imprévision dont la reconnaissance, soumise à des critères identifiés et identifiables²¹⁶, présente un caractère exceptionnel. Ensuite, les exemples issus du droit comparé nous enseignent que dans les pays où la révision pour cause d'imprévision est admise, « *il n'apparaît pas (...) que le pouvoir modérateur accordé au juge ait porté une atteinte sérieuse à la sécurité des contrats du fait d'un interventionnisme débridé* »²¹⁷. Enfin, lorsque le juge intervient sur le contenu du contrat, c'est moins pour forcer la volonté des parties que pour restaurer les termes de leur engagement initial qu'un coup du sort est venu bouleverser²¹⁸.

587. Ces considérations méritent d'être étendues au-delà de la seule révision du contrat par le juge. Placée sous le signe de la tentative, l'adaptation du contrat n'est jamais assurée et le magistrat pourra tout autant être sollicité par les parties sur la meilleure façon dont il convient d'y mettre un terme. Confronté à une pluralité d'options, le raisonnement prétorien doit alors s'appuyer préalablement sur la représentation de ce qu'il est raisonnable d'exiger des parties en vertu de l'obligation d'adaptation du contrat. Dit autrement, ce n'est que par référence, *in concreto*, à l'adaptation *rationae materiae* sur laquelle les parties auraient pu se mettre d'accord que le juge sera en mesure de décider de l'avenir qu'il convient de donner au contrat.

²¹⁵ Les imprécisions véhiculées, notamment, par les standards peuvent conduire le juge à éprouver la sensation de se trouver face à des concepts évanescents, impropres à fonder une solution rationnelle et à justifier une atteinte aux prévisions des parties. Comparant le formalisme du droit français des contrats, à la plasticité du cadre posé par les Principes européens du droit des contrats, le Professeur Wicker pointe le risque, pour ces derniers, « *de déboucher sur un droit mou* », G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat ». in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2003, p. 153. Reste que face à une situation produisant des conséquences qu'il considère comme excessivement injuste, tel l'accroissement du coût d'une prestation en cas de changements de circonstances indépendants de la volonté de la partie lésée, le juge doit pouvoir croire en la légitimité de l'exercice d'un large pouvoir modérateur, lequel, rappelons-le, lui est confié par le législateur.

²¹⁶ Voir *supra*, *L'appréciation du déséquilibre*, n°567.

²¹⁷ D. TALLON, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé ». in *Mélanges Sayag*, Litec, Paris, 1997 p. 410.

²¹⁸ On remarquera que le juge ne prend pas place au banquet contractuel sans y avoir été convié par au moins l'une des parties au contrat, certainement celle qui a le plus à souffrir de l'indifférence de son cocontractant à l'égard non seulement du changement de circonstance, mais encore et par voie de conséquence, au respect de l'équilibre initial convenu entre les parties.

2. La tentative *rationae materiae* d'un rétablissement de l'équilibre initial

588. Les manifestations que connaissent les obligations d'adaptation en droit du travail représentent une source d'inspiration de premier ordre au moment de s'interroger sur les contours qu'il conviendrait de lui assigner en droit civil. Un compromis semble pouvoir être trouvé autour de l'idée d'un partage équitable de l'effort d'adaptation, notion qu'il appartient de préciser à la lumière, notamment, de la jurisprudence sociale de la Cour de cassation (**a**). Mais le retour à l'équilibre initial n'est pas toujours envisageable au regard de l'impact du changement de circonstances, et ce peut être là l'une des raisons de l'échec de la renégociation. En tout état de cause, si l'adaptation conventionnelle échoue, se posera avec intensité la question du sort du contrat (**b**).

a. Un partage équitable de l'effort d'adaptation entre les parties

589. La satisfaction de l'obligation d'adaptation dépendant intrinsèquement des données économiques et sociales en présence²¹⁹, la mesure de l'effort exigible de la part des cocontractants peut difficilement donner lieu à une évaluation quantitative *a priori*. Il faut donc se résoudre à une exigence délibérément imprécise, celle d'un partage équitable de l'effort d'adaptation²²⁰, non sans essayer auparavant d'en fixer la teneur et les limites. Sur ce point, l'apport du droit du travail apparaît inégal. En effet, là où la matière peut contribuer à l'identification de la nature de l'effort d'adaptation (**α**), elle ne fournit qu'une source d'inspiration fragmentaire s'agissant des conditions de son partage (**β**).

²¹⁹ Plus largement, Monsieur Chazal rappelle que « *la conception du contrat, loin d'être universelle ou imperméable aux évolutions sociales, est inséparable du contexte dans lequel existent, des besoins économiques et sociaux de son époque* », J.- P. CHAZAL, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat ». *RDC* 2003, p. 30.

²²⁰ Ce que suggère l'article 6.111 des Principes européens en considérant qu'en cas d'échec de la renégociation, le juge doit adapter le contrat « *de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances* »; *contra* jugeant ces termes trop évasifs, voir M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision ». *JCP* 2010, 1257, spé. n°18.

α. L'apport du droit du travail à l'identification de la nature de l'effort d'adaptation

590. Quelle traduction juridique l'effort d'adaptation peut-il recevoir ? Le droit du travail incite ici à se tourner vers une obligation de moyen. Un parallèle mérite en effet d'être réalisé entre l'obligation d'adaptation en matière d'imprévision et celle attachée au reclassement du salarié, en dépit d'avis divergents sur la nature de cette dernière, les auteurs évoquant tour à tour une obligation de moyens²²¹, de moyens renforcés²²² ou encore de résultat atténuée²²³. L'existence d'une obligation de moyens s'impose avec la force de l'évidence. La source du déséquilibre contractuel peut en effet produire des conséquences telles que la poursuite du contrat n'est plus concevable²²⁴, à l'instar d'une altération de l'état de santé du salarié qui le rendrait définitivement inapte à tout poste dans l'entreprise ou d'une destruction d'emploi si importante qu'elle empêcherait tout reclassement.

591. Si la renégociation des parties en vue d'adapter le contrat est assurément une obligation de résultat, la conclusion d'un accord, en revanche, n'est nullement assurée et demeure une obligation de moyens²²⁵. Les décisions rendues en matière de reclassement du salarié attestent de ce que si l'employeur est tenu à son égard d'un devoir d'adaptation à l'évolution de son emploi, cette obligation connaît des limites. Il ne lui appartient pas, par exemple, de mettre en œuvre une formation complète débouchant sur une qualification radicalement différente de celle afférente au poste précédemment occupé²²⁶, ou sur l'accomplissement de tâches n'ayant

²²¹ « L'objet des obligations de reclassement étend l'étude sérieuse toutes les solutions alternatives aux licenciements, ses obligations doivent être considérées comme des obligations de moyens », F. HÉAS, « Les obligations de reclassement en droit du travail ». *Dr. soc.* 1999, p. 507.

²²² B. LARDY-PELISSER, « L'obligation de reclassement ». *D.* 1998, p. 399.

²²³ H. BLAISE, « Une jurisprudence en pleine évolution ». *RJS* 2/92, p. 90.

²²⁴ Ce sera par exemple le cas si les coûts d'approvisionnement de l'une des parties subissent une hausse si forte que leur prise en charge, même partielle, par son cocontractant s'avère supérieure « à l'accroissement global de richesse qu'est censée procurer la poursuite du contrat dont le juge aura admis la révision », Ch. JAMIN, *op. cit.* ; de manière plus radicale, le changement de circonstance peut vider le contrat de tout intérêt de sorte que les parties conviendront de sa résiliation, à moins que, saisi par l'une d'entre elle, le juge n'en constate ici la caducité.

²²⁵ M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision ». *JCP* 2010, 1257, spé. n°16 ; « le reclassement ne doit pas créer à la charge de l'employeur des obligations excessives », A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, Tome 48, n°139.

²²⁶ CA Montpellier 27 mars 2002 n° 01-17, ch. com. SAS Abilis France c/ Baudemont ; dans le même sens CA Paris 9 octobre 2003 n° 02-33091, 21^e ch. C, SA VP Electronique c/ Mamlouk et Cass. soc. 17 mai 2006, n°04-43022, « si l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, en leur donnant au besoin une formation complémentaire, il ne peut lui être imposé de leur délivrer une qualification

aucune finalité pour l'entreprise²²⁷. En revanche, la diffusion de la conception travailliste des conditions de partage de cet effort d'adaptation s'avère difficilement envisageable en dehors de la seule discipline. Sur ce point, l'apport du droit du travail apparaît fragmentaire.

β. L'apport fragmentaire du droit du travail à la détermination des conditions de partage de l'effort d'adaptation

592. Certains « fragments » du droit du reclassement peuvent contribuer à déterminer les conditions de partage de l'effort d'adaptation du contrat. En droit du travail, l'obligation d'adaptation vise à assurer autant que possible au salarié la conservation de son emploi. Elle prend en compte au regard de l'incidence éventuelle des circonstances extérieures sur son aptitude à accomplir une tâche dans l'intérêt de l'entreprise. À ce titre, la collaboration prescrite par l'exigence de bonne foi ne concerne pas seulement l'employeur, elle vise également le salarié. La Cour de cassation en donne l'exemple dans un arrêt du 5 décembre 2007 par lequel elle approuve une cour d'appel « *qui a constaté, par une décision motivée, que la salariée avait refusé, sans motif légitime, de suivre une action de formation décidée par l'employeur dans l'intérêt de l'entreprise, [d'en avoir déduit] que son comportement présentait un caractère fautif* »²²⁸. Dans le même sens, le juge veille également à situer l'obligation d'adaptation dans une juste mesure en s'assurant, notamment, que l'effort demandé à l'employeur ne soit pas excessif au regard des compétences initiales du salarié²²⁹, ou qu'il corresponde à la définition d'un nouvel emploi présentant une réelle utilité pour l'entreprise²³⁰.

nouvelle leur permettant d'accéder à un poste disponible de catégorie supérieure ; qu'ayant constaté que la formation de l'intéressée était insuffisante pour occuper le seul emploi vacant de contrôleur de gestion et retenu à bon droit que l'acquisition de cette formation ne relevait pas de l'obligation d'adaptation de l'employeur, la cour d'appel a caractérisé l'impossibilité de son reclassement ». ; la Cour d'appel de Toulouse estime que L'obligation de reclassement du salarié inapte physiquement à son poste de travail après un accident du travail, qui est une obligation de moyen, n'impose pas à l'employeur la création d'un poste ou la formation de l'intéressé à des tâches n'ayant aucune finalité pour l'entreprise, CA Toulouse 13 décembre 2002, n°02-1822, 4^e ch. com. L'Hich c/ SA Guima ; voir aussi Ph. WAQUET, « Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale ». *Dr. soc.* 2002, pp. 264.

²²⁷ CA Toulouse 13 décembre 2002 n° 02-1822, Hich c/ SA Guima.

²²⁸ Cass. soc. 5 décembre 2007, n°06-42905, *JCP S* 2008, n°16, 1233, note A. BARÈGE.

²²⁹ Ainsi, la Cour d'appel de Paris a-t-elle pu considérer que si l'employeur est tenu, dans le cadre de son devoir d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi, de lui procurer la formation adéquate, il ne saurait pour autant être exigé de lui qu'il dispense à l'intéressé une formation initiale qu'il ne possède pas, CA Paris 9 octobre 2003 n° 02-33091, 21^e ch. C, SA VP Electronique c/ Mamlouk

²³⁰ CA Toulouse 13 décembre 2002, *op. cit.*

593. En dépit de ces tempéraments à l'idée d'une obligation d'adaptation à la charge exclusive de l'employeur, il n'en demeure pas moins, à notre sens, que le plus gros de l'effort repose *in fine* sur ce dernier. Ainsi, l'analogie entre l'approche travailliste de l'adaptation du contrat aux changements de circonstances et la théorie de l'imprévision en droit commun demeure entravée par l'altérité de leurs ambitions respectives. En effet, là où la révision est commandée par le maintien de l'équilibre initial des prestations, l'obligation d'adaptation dégagée en droit du travail répond avant tout à la volonté de maintenir un contrat dont l'une des parties, le salarié, tire l'essentiel de ses moyens d'existence. Dans ce cadre d'examen, l'employeur est considéré à la foi comme le cocontractant qui a le moins à perdre en cas de rupture du contrat et comme celui-ci qui dispose des moyens de tout mettre en oeuvre pour assurer la survie de la convention et le maintien de son efficacité économique²³¹ .

594. La mise en place des accords de maintien de l'emploi conduit à nuancer quelque peu cette présentation. Lorsque l'entreprise connaît des difficultés économiques, le paiement du salaire représente une charge plus importante dans la mesure où la prestation de travail, dont elle est la contrepartie, ne génère plus le profit escompté et entraîne soit un manque à gagner, soit une perte nette²³². Or, depuis la loi du 14 juin 2013²³³, préfigurée par l'ANI du 11 janvier 2013²³⁴, l'employeur peut conclure avec les représentants des salariés des accords dits « de maintien de l'emploi ». Leur objet est précisément de répondre aux graves difficultés économiques conjoncturelles que rencontre l'entreprise, en autorisant l'employeur à aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération²³⁵. L'initiative de l'adaptation a beau être prise par l'employeur, ses conséquences matérielles sont en grande partie supportées par les salariés. En témoigne l'article L. 5125-2 al. 2 du Code du travail prévoyant que « *lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à*

²³¹ « *Il est certain effet que cette décision [l'arrêt Expovit] participe à la philosophie de cette théorie [de l'imprévision], J. MOULY, « Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique ». in Mélanges Lambois, PU Limoges, 2004, p. 384.*

²³² Voir Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, PUAM, 1994, n°177 et s., envisageant successivement, selon le fondement retenu pour la révision, le dommage consistant en un *lucrum cessans* puis en un *damnum emergens*. Le même raisonnement peut être tenu à propos du salarié dont l'inaptitude obère sa capacité à accomplir la prestation convenue.

²³³ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi

²³⁴ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 sur la sécurisation de l'emploi ; pour une stimulante critique, voir M. POIRIER, « À propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » », *Dr. ouvr.* 2013, p. 240.

²³⁵ C. trav. art. L. 5121-1.

leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique, il est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord »²³⁶. Néanmoins, l'adaptation dont il s'agit ici diffère de celle que nous avons envisagée jusqu'à présent. D'une part, ses fondements, aussi bien axiologiques que juridiques, n'entretiennent aucun rapport avec l'idée de bonne foi dans l'exécution du contrat. D'autre part, même si le salarié qui s'oppose à l'application de l'accord en paye le prix fort, la loi ne consacre expressément une « obligation » d'adaptation comme elle l'a fait s'agissant de l'employeur.

595. En définitive, il nous semble que l'essentiel de l'effort d'adaptation du contrat se trouve assumé par l'employeur²³⁷, et ce, alors qu'il est dans le même temps le seul à voir son obligation, celle de verser un salaire, devenue plus onéreuse, ou moins profitable, du fait d'un changement de circonstance²³⁸. À ce titre, les solutions propres au droit du travail peuvent difficilement inspirer l'interprétation d'un texte, l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil²³⁹, potentiellement applicable à l'ensemble des contrats de droit privé.

596. En revanche, il n'est pas interdit de penser que l'analyse travailliste puisse se voir reprise par les législations spéciales amenées à régir des relations marquées par l'état de dépendance économique de l'un des contractants. Dans cette optique, le droit du travail pourrait faire figure, selon l'expression du Professeur Martinon, de laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux²⁴⁰, ou à tout le moins de ceux dont les caractéristiques rappellent la physionomie de la relation de travail. La théorie de l'imprévision n'a certes pas pour objectif de pallier l'absence de prohibition générale de la lésion. À cet égard, elle se montre indifférente aux déséquilibres des prestations entérinées *ab initio* par l'échange des

²³⁶ P. LOKIEC, « Le motif économique après la loi de sécurisation de l'emploi ». *SSL* 2013, n°1592, p. 57.

²³⁷ « Précurseur en la matière, le droit du travail impose à l'employeur l'obligation de réviser les obligations contractuelles afin de maintenir le contrat de travail », A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, tome 48, n°130.

²³⁸ Non qu'il soit ici question de le déplorer, la possibilité du gain de l'opération économique ayant pour pendant logique l'éventualité d'une perte financière, là où le salarié consent à une contrepartie forfaitaire indifférente à la valeur que son activité génère au bénéfice de l'entreprise, « mettant sa force de travail à la disposition de l'employeur pendant la durée convenue, le travailleur perçoit le salaire correspondant et demeure à l'abri de faibles rendements dus à ses moyens limités ou au mauvais fonctionnement de l'entreprise », G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, p. 881, n°857.

²³⁹ Désormais article 1104 du Code civil.

²⁴⁰ A. MARTINON, « Le contrat de travail, laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? ». *LPA* 2012, n°238, p. 16.

consentements²⁴¹. Cependant, la référence à l'équité encourage, à notre sens, une mise à contribution renforcée du contractant dont les intérêts ont été épargnés par le changement de circonstances²⁴². De sorte que la prise en charge par l'une des parties d'une fraction plus importante du manque à gagner de son partenaire peut conduire, dans des proportions variables, à un comblement de leurs écarts de valeur²⁴³.

597. Dans la même logique, on peut penser que la dépendance économique d'un contractant puisse encourager un partage inégalitaire de l'effort d'adaptation. C'est sans doute ce qui explique qu'en droit du travail l'adaptation qui accompagne le reclassement s'inscrit dans la lignée du droit à l'emploi énoncé dans le préambule de 1946²⁴⁴, faisant apparaître le licenciement comme l'« *ultima ratio* »²⁴⁵. Faute d'une pareille assise constitutionnelle dans les autres disciplines²⁴⁶, l'obligation d'adaptation ne devrait-elle donc être analysée que comme une « simple » obligation de moyens ? Nous ne le croyons pas. Il est en effet des hypothèses où le contrat revêt, pour l'une des parties, une valeur patrimoniale telle que sa rupture lui causerait un préjudice au moins aussi grave que la perte d'un emploi. Il faut ici songer aux contrats dits « de dépendance », tout comme aux « life time contracts » que nous avons évoqués plus haut, supports juridiques d'un échange économique offrant à un individu les moyens d'assurer sa subsistance, ou occupant une place cardinale dans l'activité le lui permettant. Pour ces personnes, leur état de dépendance économique doit, à tout le moins, commander une sollicitude particulière à leur endroit de la part des cocontractants dont les

²⁴¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 82.

²⁴² Pour le Professeur Jamin, c'est, plus radicalement, « *la partie pour laquelle la modification est la moins onéreuse qui doit supporter l'augmentation du coût du contrat. Mais ce principe ne vaut me semble-t-il, que si cette augmentation, mise à la charge de l'une des parties, est inférieure à l'accroissement global de richesse qu'est censée procurer la poursuite du contrat dont le juge aura admis la révision* », Ch. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil ». *Dr. et patr.* 1998, p. 53.

²⁴³ Imaginons un contrat unissant Y et Z et permettant à Y de générer un profit de 20 là où Z réalise un gain de 10. Survient un changement de circonstance venant grever les charges d'exploitations de Z et réduisant son bénéfice à 5. Si l'on imagine un effort d'adaptation renforcé à hauteur de 3 pour Y, et de 2 pour Z, le nouvel équilibre des profits sera de 8 pour Z et de 17 pour Y, soit un écart de 9 contre 10 antérieurement.

²⁴⁴ G. COUTURIER, « Vers un droit du reclassement ? ». *Dr. soc.* 1999, p. 502 ; D. BAUGARD, « Le droit à l'emploi ». *Dr. soc.* 2014, p. 332.

²⁴⁵ « *Le licenciement doit demeurer un ultima ratio, dans ce sens où l'employeur est tenu d'envisager toutes les possibilités permettant de maintenir la situation contractuelle de l'intéressé : il doit mettre en oeuvre tous les moyens dont il dispose pour éviter la rupture* », F. HÉAS, *ibidem* ; dans le même sens G. COUTURIER, *op. cit.*, p. 502, pour qui la Cour de cassation, dans l'arrêt *Stenger* du 17 mars 1999, attend de la cause économique « *qu'elle justifie la suppression d'emplois, ni plus ni moins ; cependant, le licenciement qui procède de cette suppression d'emplois, s'il appartient à la catégorie des licenciements pour motif économique, n'a une cause réelle et sérieuse que si le reclassement du salarié est impossible* ».

²⁴⁶ Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 intégré au bloc de constitutionnalité énonce en son cinquième paragraphe, que « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ».

intérêts ont été épargnés par le changement de circonstances. Leur refus d'y consentir de plein gré pourrait alors déboucher sur un échec de l'adaptation conventionnelle.

b. Le sort du contrat en cas d'échec de l'adaptation conventionnelle

598. L'échec de l'adaptation conventionnelle peut se signaler par la résiliation du contrat d'une commune intention des parties. Celles-ci ont essayé de trouver un nouveau terrain d'entente conforme aux circonstances nouvelles, hélas sans succès. Lorsqu'il trouve origine dans un changement de contexte dont chacun s'accorde à reconnaître qu'il rend impossible la poursuite du contrat, l'échec ne suscite pas d'interrogations ou de litiges particuliers. Mais il convient d'envisager le cas où le juge serait saisi par l'une des parties, imputant cet échec à la mauvaise foi de son cocontractant²⁴⁷. En ce sens, nous distinguerons deux hypothèses, la première relative au maintien du contrat en cas de révision judiciaire (α), la seconde visant la caducité du contrat faute de toute possibilité d'adaptation (β)

α . Le maintien du contrat en cas de révision judiciaire

599. L'échec de l'adaptation conventionnelle ne tient pas toujours à une réelle impossibilité d'adapter le contrat. L'une des parties, celle pour qui la valeur patrimoniale du contrat ne justifierait pas qu'elle se livre à un effort d'adaptation, peut ne trouver qu'un intérêt réduit à la pérennité de la relation contractuelle. Ce serait toutefois faire peu de cas de l'intention commune des parties au moment de l'échange des consentements que de laisser ce contractant se libérer aussi facilement pour l'avenir de ses engagements. La révision judiciaire sera donc l'opération par laquelle l'une des parties confie au juge le soin de redéfinir le contenu contractuel à la lumière des circonstances nouvelles et à l'aune de ce qu'il aurait été raisonnable d'attendre d'une renégociation exempte de mauvaise foi, sous les auspices d'un partage équitable de l'effort d'adaptation entre les contractants.

600. Cependant, nombre d'auteurs réceptifs à une admission de la théorie de l'imprévision fondée sur l'obligation de bonne foi n'hésitent pas à écarter la redéfinition judiciaire, au profit d'une sanction du manquement au devoir de collaboration par le seul octroi de dommages-

²⁴⁷ Peu important que celui-ci, dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, ait décidé de rompre unilatéralement la convention, la saisine *a posteriori* demeure possible.

intérêts²⁴⁸. L'allocation de dommages-intérêts n'est certes pas totalement incompatible avec l'idée de pérennité contractuelle ; s'ils sont suffisamment élevés, leur montant peut éventuellement couvrir le préjudice économique consécutif au changement de circonstances et mécaniquement, contribuer à rééquilibrer le contrat²⁴⁹. L'hypothèse montre toutefois ses limites dès l'instant où le contractant condamné à indemniser son partenaire décide de rompre le contrat. Ainsi, hors cas de contrat à durée déterminée, la logique indemnitaire n'offre aucune garantie en termes de maintien de la relation contractuelle, contrairement à la révision judiciaire. S'il est vrai qu'elle ne présage aucunement de l'avenir du contrat, elle a au moins l'avantage de l'inscrire dans un objectif de pérennité, tel un objet usé que l'on entreprendrait de réparer afin de lui donner une seconde vie²⁵⁰.

601. La révision judiciaire ne vise, en effet, rien d'autre qu'à maintenir le contrat en imposant par voie d'autorité un contenu sur lequel les parties auraient pu s'entendre si elles avaient collaboré de bonne foi. Tout d'abord, elle sera soumise aux mêmes limites matérielles que celles précédemment évoquées quant à la portée de l'obligation d'adaptation²⁵¹. Le juge ne révisera pas le contrat au mépris de son environnement, de la nature des obligations qu'il crée ou encore des capacités d'effort respectives des partenaires. L'obligation d'adaptation reste une obligation de moyen. N'oublions pas, ensuite, que le juge intervient à la demande de l'un des contractants s'estimant lésé et non de sa propre initiative : dans ces conditions, pourquoi devrait-on considérer que la volonté des parties serait davantage respectée en écartant la révision judiciaire dès lors que l'un des protagonistes s'oppose à la renégociation

²⁴⁸ À propos de l'arrêt *Huard* précité, Madame Fauvarque-Cosson, tout en reconnaissant que « sur le fondement de la bonne foi, le droit français pourrait mettre à la charge des parties une obligation de négocier, en vue d'adapter le contrat aux changements de circonstances », considère néanmoins que « le juge n'interviendrait alors qu'afin de vérifier si le refus de négocier n'a pas constitué un manquement à l'exigence de bonne foi susceptible d'être sanctionné sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Il ne procéderait pas lui-même à l'adaptation judiciaire du contrat », B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances ». *RDC* 2004, p. 80 ; « le défaut de renégociation de bonne foi, auquel on assimile l'absence totale de recherche d'un compromis, ne peut, à notre sens, qu'être sanctionné par l'octroi de dommages-intérêts », Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 269.

²⁴⁹ Et l'on peut parfaitement concevoir que dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, la partie victime du changement de circonstances, faute de concessions de son cocontractant, préfère emprunter la voie indemnitaire jusqu'à l'échéance de l'engagement dont elle sera alors libérée.

²⁵⁰ Sur l'insuffisance des dommages-intérêts dans l'optique d'un maintien du contrat voir notamment D. TALLON, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé ». *in Mélanges Sayag*, Litec, Paris, 1997, p. 403.

²⁵¹ Et peut-être même davantage dès lors que l'on reconnaîtrait au juge le pouvoir de modifier le *quantum* d'une obligation monétarisée – un prix, un salaire – mais pas celui de créer de nouvelles obligations ou de modifier la nature de celles prévues par les parties – ce que, à l'inverse, l'employeur peut, et même doit faire en proposant au salarié une modification de son contrat de travail portant, par exemple, sur la nature des tâches à accomplir.

des termes du contrat ? N'est-ce pas précisément en donnant force à la saisine du contractant lésé que l'on tentera le plus sûrement un retour à l'équilibre initial des prestations, véritable creuset de la commune intention des parties ? En pareille hypothèse, et à l'image des Principes Unidroit²⁵² comme des Principes européens²⁵³, on peut se réjouir que le juge français soit désormais autorisé à réviser le contrat pour d'imprévision, sauf, bien sûr, à ce que l'échec de la renégociation trouve sa cause dans une impossibilité d'adaptation.

β. La caducité du contrat en cas d'impossibilité d'adaptation

602. Si les conséquences du changement de circonstances sur l'économie du contrat sont telles qu'il devient impossible de réaliser l'opération envisagée par les parties, l'un des contractants au moins voit son engagement privé de toute contrepartie réelle. L'impossible adaptation du contrat débouche ici sur une situation déjà traitée par la jurisprudence, celle de la caducité du contrat en raison de la disparition de la cause en cours d'exécution²⁵⁴. L'objectif de pérennité de la relation contractuelle commande en effet de ne réserver la caducité qu'aux seuls cas où le contrat ne présente plus aucun intérêt pour la partie lésée²⁵⁵, suite à l'échec d'une révision judiciaire²⁵⁶. Une réserve doit être faite dans l'hypothèse où les obstacles à cette révision présenteraient un caractère temporaire, de nature à encourager la suspension du contrat en lieu et place de sa disparition.

²⁵² Article 6.2.3.

²⁵³ Article 6.111.

²⁵⁴ Cass. com. 29 juin 2010, n°09-67369, *D.* 2010, p. 2481, note D. MAZEAUD ; *D.* 2010, p. 2485, note Th. GENICON ; *JCP* 2010, 1056, note Th. FAVARIO ; *LPA* 2010, n° 256, p. 7, note A.-S. CHONÉ ; *JCP* 2010, 2108, note S. LE GAC-PECH, la haute juridiction sanctionnait une cour d'appel pour n'avoir pas recherché « *si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat telle que voulue par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution* »

²⁵⁵ « (...) la permanence du lien contractuel doit être poursuivie si le contrat conserve un intérêt pour l'une des parties. Précisément, cette permanence est obtenue par le rééquilibrage des prestations », S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, tome 335, n°920, à condition de viser ici la partie affectée par le changement de circonstances, tant le maintien de l'utilité du contrat pour le ou les cocontractants qui n'en subissent pas les conséquences paraît évident.

²⁵⁶ « *Si on fait de la révision pour imprévision un moyen de protéger la pérennité du lien contractuel encore utile socialement et économiquement, la révision doit être une étape précédant la résiliation ou la caducité. Ce n'est que si la révision est impossible que la résiliation ou la caducité devra être prononcée par le juge* », M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision ». *JCP* 2010, 1257, spé. n°18.

Section 2 : La suspension du contrat

603. La difficulté que l'on éprouve à saisir ce qu'est la suspension du contrat, expression certes approximative mais que nous emploierons néanmoins par commodité de langage²⁵⁷, tient pour partie à l'hétérogénéité des fonctions qui lui sont attribuées. Aussi, la définition proposée par le Vocabulaire juridique Cornu a-t-elle le mérite de la généralité en envisageant la suspension comme une mesure temporaire qui fait provisoirement obstacle à l'exercice d'une fonction ou d'un droit, à l'exécution d'une convention ou d'une décision, soit à titre de sanction, soit par mesure d'adaptation²⁵⁸.

604. S'agissant d'une sanction²⁵⁹, la suspension demeure associée à l'exception d'inexécution : elle autorise le créancier d'un engagement inexécuté à suspendre l'accomplissement de ses propres obligations dans le but de faire pression sur son débiteur²⁶⁰, poursuivant ici une fonction comminatoire²⁶¹. Lorsqu'elle ne consiste pas en ce moyen de contrainte contre un partenaire défaillant²⁶², elle s'affiche plus volontiers sous les traits d'un instrument d'adaptation au service de la pérennité de la relation contractuelle²⁶³. Véritable

²⁵⁷ Tel que nous l'observerons au moment d'aborder les effets de la suspension, il serait en effet plus exact de viser la suspension de certaines obligations contractuelles, le mécanisme recouvrant les « hypothèses où, en raison d'un certain nombre d'événements extérieurs au contrat (...), l'exécution des principales obligations du contrat se trouve entravée. Le contrat (...) n'est pas rompu, mais certaines de ses composantes se trouvent suspendues », F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 4^e éd., 2014, n°376 ; « il ne paraît y avoir qu'une alternative : ou bien le contrat existe, ou bien il n'existe pas, et, s'il existe, c'est seulement son exécution qui se trouve affectée. L'expression correcte serait donc celle de suspension de l'exécution du contrat de travail », J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail. Essai d'une théorie générale*, thèse Lyon, 1979, p. 303.

²⁵⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013..

²⁵⁹ Sur le recours à la suspension en tant que sanction, C. COULON, « L'influence de la durée du contrat sur l'évolution des sanctions contractuelles ». in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, F. Collart Dutilleul, C. Coulon (dir.), Economica, Paris, 2007, p. 29.

²⁶⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°630 et s., y percevant la « voie d'une justice privée ».

²⁶¹ P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse Paris I, 2000, n° 33 ; voir également M. LATINA, J.-Cl., Contrats - Distribution, Fasc. 171 : Suspension du contrat, juillet 2010 distinguant la suspension-pression, la suspension-impossibilité et la suspension faveur ; *contra*. J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, Traité de droit civil, Paris, 3^e éd., 2001, n°354 et s., spé. n°400.

²⁶² L. BOYER, « Suspension », *Rep. civ. Dalloz*, n°431.

²⁶³ « Le souci de protection du lien contractuel a conduit (...) le juge à faire de la suspension du contrat un mécanisme de théorie générale, applicable à ce titre en dehors même des cas où la loi (...) le consacre », J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat ». in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 97 ; « plus fragile que le contrat instantané, le contrat à exécution successive mérite un complément d'attention. Préserver son existence et assurer son avenir est le rôle qui doit être assigné à la suspension lorsqu'elle s'applique à ce type de contrat », J.-F. ARTZ, « La suspension du contrat à exécution successive ». *D.* 1979, chron., p. 95. La suspension « est ainsi un mécanisme d'adaptation du

palliatif à la rupture du contrat, la suspension est alors mise en œuvre lorsque l'une des parties, ou les deux, sont autorisées à ne plus exécuter tout ou partie de leurs obligations sans que l'autre puisse en exiger l'exécution forcée ou demander la résolution du contrat²⁶⁴.

605. Le droit du travail est souvent cité en tant que facteur de développement et de perfectionnement de cette technique²⁶⁵. Si l'affirmation n'est pas entièrement fautive, il convient néanmoins de la nuancer, en rappelant que le droit du travail n'est aucunement précurseur dans la découverte de la suspension comme un moyen d'évitement de la rupture²⁶⁶. Dès 1872, la Cour de cassation prenait appui sur la technique afin d'atténuer les effets d'une exécution tardive de l'engagement par l'un des contractants²⁶⁷; en 1888, elle lui permettait d'éviter la rupture de l'engagement en tenant compte du caractère momentané de l'empêchement d'un débiteur²⁶⁸.

contrat au service de sa force obligatoire qui fait échec à sa résolution », J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n°398.

²⁶⁴ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n°354.

²⁶⁵ « *Sur le plan historique, nombre d'espèces qui ont permis à la jurisprudence dégager le mécanisme de la suspension ont eu pour cadre le contrat de travail. Ayant ainsi participé à la création même de la théorie de la suspension, le contrat de travail se devait-il d'offrir des types purs de cette forme de suspension engendrée par la force majeure* », J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail. Essai d'une théorie générale*, thèse, Lyon, 1979 ; « *il semble bien que l'idée de la suspension comme moyen de sauvegarder le contrat à exécution successive et pas seulement comme conséquence du jeu normal de l'exception d'inexécution soit née dans le domaine des relations de travail à propos des périodes de réserve militaire (loi du 18 juillet 1901) et de la femme en couches (loi du 27 novembre 1909)* », P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail : modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Dalloz, Paris, 2004, p. 205 ; « *la technique de la suspension du contrat existe depuis longtemps en droit du travail. Ce droit est très souvent en avance sur son temps C'est presque une évidence de dire que le droit du travail est un terrain d'expérimentation privilégié pour les techniciens du droit des contrats. L'engagement unilatéral y trouve ses plus forts arguments. La modification du contrat est (...) une pratique courante, sans parler de la véritable suspension du contrat* », C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 380, n°347 ; observant la prise en considération « *au-delà du temps court de l'échange contractuel, le temps long de la vie des travailleurs* », le Professeur Supiot rappelle que « *ce fut d'abord l'affaire des assurances sociales mais aussi du droit du travail, qui a servi à stabiliser le contrat grâce à des techniques innovantes telles que la suspension (...)* », A. SUPIOT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats ». in *Le Code civil entre jus commune et droit privé européen*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 65 ; J. MESTRE, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats ». *Dr. soc.* 1988, p. 405.

²⁶⁶ L'objectif consistant à éviter une rupture, la pérennité recouvre ici une signification proche de celle de stabilité.

²⁶⁷ Cass. req. 13 févr. 1872 : DP 1872, 1, p. 186, « *que pour prononcer cette condamnation, l'arrêt attaqué s'est fondé sur ce que les parties n'ont pas fait des époques de livraison déterminées par elles une condition essentielle des ventes, et, d'autre part, sur ce qu'en admettant qu'il y ait eu, non pas simple difficulté, mais empêchement absolu de fabriquer, cet empêchement a eu pour conséquence, non d'anéantir les marchés, mais seulement d'en suspendre l'exécution ; que ces appréciations de l'intention des parties, du sens et de la portée des marchés, de la nature et de l'étendue des circonstances constitutives de la force majeure, sont souveraines* ».

²⁶⁸ Cass. civ. 15 févr. 1888 : DP 1888, 1, p. 203, « *attendu que la force majeure ne fait obstacle à l'exécution des obligations qu'autant qu'elle a empêché le débiteur de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ; qu'il suit de là que, si l'empêchement est momentané, le débiteur n'est pas libéré, que l'exécution de l'obligation est seulement suspendue jusqu'au moment où la force majeure vient à cesser* ».

Au plan légal, en revanche, l'idée d'une antériorité du droit du travail dans l'avènement de la suspension en droit privé peut s'appuyer sur quelques exemples significatifs²⁶⁹. Les premières interventions législatives faisant appel à ce mécanisme concernent en effet la suspension des contrats de travail pour les périodes de réserve en 1901²⁷⁰ et la protection des femmes qui accouchent²⁷¹. La première de ces deux dispositions s'inscrit dans un mouvement favorable à la suspension et impulsé par la jurisprudence à l'occasion de la guerre franco-prussienne de 1870 au regard de ses conséquences sur la poursuite des contrats à exécution successive²⁷². La seconde, en revanche, s'en démarque sensiblement pour prendre en compte des événements affectant personnellement le débiteur d'une prestation mais qui toutefois ne présentent pas un caractère exceptionnel. Dit autrement, en suspendant le contrat de travail de la femme enceinte, le législateur a cherché à protéger un contractant par le maintien de l'engagement lui garantissant les moyens financiers de son existence.

606. En somme, il semble que l'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique réside moins dans la promotion d'une technique nouvelle que dans la singularité dont témoigne la discipline en matière de suspension du contrat²⁷³. Le droit du travail contribue ainsi à éclairer le domaine (I) et les effets (II) susceptibles d'être attribués à la suspension, et ce, en vue d'assurer dans les situations qui le réclament la pérennité du contrat.

²⁶⁹ voir J. TREILLARD, « De la suspension des contrats ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 59, spé. n°13.

²⁷⁰ Loi du 18 juillet 1901.

²⁷¹ Loi du 27 novembre 1909, prévoyant que « la suspension du travail par la femme, pendant huit semaines consécutives, dans la période qui précède et suit l'accouchement, ne peut être une cause de rupture du contrat de louage de services ».

²⁷² « Le recours à la suspension des contrats successifs peut historiquement se situer avec précision. Ce sont les tribunaux qui, à l'occasion d'événements graves – guerres de 1870, 1914 –, ont les premiers envisagé la possibilité d'une suspension dans l'exécution de certains contrats successifs. Le plus souvent, il s'agissait de marchés d'approvisionnement qui du fait de la guerre n'avaient pu être exécutés », J.-F. ARTZ, *op. cit.*, p. 96.

²⁷³ D'autant que le droit du travail n'est pas le seul à prévoir des cas de suspension légale, citons pêle-mêle l'article L. 113-3 du code des assurances qui, au cas de non-paiement des primes par l'assuré, suspend le contrat et donc la garantie de l'assureur, les articles L. 311-21 et L. 312-19 se rapportant respectivement au crédit à la consommation et au prêt immobilier ou encore, dans le Code civil, l'article 1724 prévoyant la suspension partielle du contrat de bail lorsque la chose louée a besoin de réparations urgentes.

I. Le domaine de la suspension du contrat

607. À lire certains manuels de droit des contrats, la suspension est aujourd'hui une technique générale du droit contractuel²⁷⁴. Il est vrai que la notion fait l'objet d'une attention particulière chez les auteurs et les praticiens sensibles à la pérennité des engagements à forte valeur patrimoniale²⁷⁵. Ces derniers se montrent en effet sensibles aux outils permettant d'éviter leur rupture lorsque ceux-ci n'ont pas perdu tout intérêt²⁷⁶. Toutefois, rappellent certains auteurs, le Code civil ne contient aucune règle permettant de généraliser la suspension du contrat en dehors des cas prévus pour les contrats spéciaux ou dégagés par la jurisprudence²⁷⁷. À cet égard, il est symptomatique d'observer que de l'avant-projet Catala, à l'avant-projet de la Chancellerie²⁷⁸, jusqu'au rapport Terré, aucun des projets de réforme du droit des obligations ne propose de fonder la suspension du droit commun sur autre chose que les notions d'exception d'inexécution et de force majeure temporaire²⁷⁹. Il en va de même aux termes des nouveaux articles 1217²⁸⁰ et 1218²⁸¹ du Code civil.

Devons-nous alors conclure à l'impossible extension du domaine de la suspension ? Nous ne le pensons pas. L'appréciation travailliste des inexécutions donnant lieu à une suspension du contrat plutôt qu'à sa résolution témoigne, au contraire, d'un dynamisme propre à élargir le champ d'application de la technique, selon que l'inexécution résulte d'une impossibilité momentanée (A) ou d'un choix du contractant (B).

²⁷⁴ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n°354.

²⁷⁵ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français ». in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, PUF, Paris, 1986, p. 41.

²⁷⁶ « La suspension se présente comme un mécanisme de protection du lien contractuel en évitant sa rupture alors qu'une des parties n'exécute pas sa prestation principale en raison d'un événement temporaire, de l'exercice d'un droit ou d'une obligation », A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, 2005, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, n°113.

²⁷⁷ Selon Monsieur Raymond Martin, « en dépit de quelques essais de systématisation la suspension n'a pas encore acquis, en droit positif, le degré d'autonomie et de considération qui permette de la comprendre pour sa témérité, dans l'arsenal des moyens éprouvés et confirmés de réaction à l'inexécution des obligations », R. MARTIN, note sous Cass. Civ. 1^{re} 24 février 1981, *D.* 1981, p. 479.

²⁷⁸ L'article 126 al. 2 de l'avant-projet de la Chancellerie prévoyait, en cas de force majeure, que « si l'inexécution n'est pas irrémédiable, le contrat peut être suspendu ».

²⁷⁹ Voir M. LATINA, *op. cit.*, n°6, « aucune amélioration, notamment quant aux effets de la suspension du contrat, n'est donc à attendre de l'hypothétique adoption de ces projets » ; signalons néanmoins l'heureuse distinction entre force majeure définitive et force majeure temporaire entérinée par le rapport Terré dans son article 101.

²⁸⁰ « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : – suspendre l'exécution de sa propre obligation (...) ».

²⁸¹ À propos de la force majeure, l'alinéa 2 dispose que « si l'inexécution n'est pas irrémédiable, le contrat peut être suspendu ».

A. La suspension résultant d'une impossibilité momentanée d'exécuter le contrat

608. En droit civil, et à l'exception des cas où le mécanisme revêt une fonction comminatoire ou s'apparente au délai de grâce accordé par l'ancien article 1184 du Code civil²⁸², le recours à la suspension se fonde sur la force majeure temporaire lorsque l'un des débiteurs se trouve confronté à une impossibilité momentanée d'exécuter le contrat **(1)**. L'adjonction d'une dimension temporelle à la force majeure a constitué un premier pas en direction d'une extension du champ d'application de la suspension. Le droit du travail a alors amplifié le phénomène en retenant une conception élargie de l'impossibilité d'exécution à l'origine de la suspension **(2)**.

1. L'impossibilité tenant à un cas de force majeure temporaire admise en droit civil

609. Parée des attributs de l'extériorité, de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité²⁸³, l'invocation de la force majeure par le débiteur défaillant lui permet d'échapper à l'engagement de sa responsabilité civile suite à l'inexécution de ses obligations. Dans le cadre d'un contrat à exécution instantanée, la force majeure peut avoir pour conséquence d'éteindre l'engagement²⁸⁴. Mais l'exonération de responsabilité qui en découle n'implique pas la fin automatique du contrat lorsque celui-ci est à exécution successive. Contrairement à ce que semblent avancer certains auteurs²⁸⁵, la force majeure issue des anciens articles 1147 et 1148 du Code civil, et définie à l'actuel article 1218, n'est donc pas nécessairement une cause d'extinction des obligations contractuelles²⁸⁶. Elle l'est d'autant moins lorsque l'obstacle

²⁸² D. TALLON, « L'article 1184 du Code civil : un texte à rénover ? » in *Clés pour le siècle*, Dalloz, Paris, 2000, p. 225.

²⁸³ L'article 1228 du Code civil estime quant à lui 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 ».

²⁸⁴ Imaginons que le contrat conclu porte sur une prestation unique en raison de la particularité des circonstances auxquelles elle est associée, par exemple l'engagement d'un photographe pour couvrir une cérémonie de baptême.

²⁸⁵ « Celui qui n'a pu exécuter par suite d'un obstacle de force majeure est dégagé de son obligation, l'autre partie se trouve ainsi libérée », J.-F. ARTZ, « La suspension du contrat à exécution successive ». *D.* 1979, chron., p. 95.

²⁸⁶ M. LATINA, J.-Cl., Contrats - Distribution, Fasc. 171 : Suspension du contrat, juillet 2010, n°15, « le débiteur empêché ne devra donc pas de dommages-intérêts pour l'inexécution temporaire de son obligation, mais sera tenu de reprendre l'exécution dès que possible puisque son obligation n'a pas été éteinte par la force majeure » ; « le débiteur n'est pas libéré et l'exécution de l'obligation est seulement suspendue jusqu'au moment où la force majeure vient à cesser », C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 380, n°351.

incarné par la force majeure présente un caractère momentané. Dans ces circonstances, la suspension apparaît comme une technique plus adaptée que la résiliation du contrat²⁸⁷. Elle se présente comme une extension des effets de la force majeure, permettant, en cas de manquement non essentiel aux délais prévus dans une convention, de faire échec à la résolution des engagements stipulés²⁸⁸, autrement dit, un échec à l'application de l'ancien article 1184 du Code civil dans le cas de force majeure temporaire²⁸⁹. Du reste, le nouvel article 1218 du Code civil, relatif à la force majeure, dispose en son alinéa 2 que « *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* ».

610. D'autres fondements ont pu être évoqués à l'appui d'une suspension synonyme de pérennité du lien contractuel. Monsieur Jacques Treillard envisage ainsi un recours à la suspension dicté par un critère d'utilité, inféré des anciens articles 1157 et 1158 du Code civil²⁹⁰. L'ancien 1134, dans son ancienne version, est également avancé pour soutenir l'idée d'un recours à la technique assis sur la bonne foi dans l'exécution du contrat²⁹¹. Mais c'est encore la notion de force majeure temporaire qui semble la mieux à même de soutenir l'analyse de la suspension en tant que réponse à une impossibilité momentanée d'exécuter le contrat²⁹².

²⁸⁷ J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail. Essai d'une théorie générale*, thèse Lyon, 1979, p. 3, « *c'est en effet la disjonction entre l'existence du contrat et son exécution que traduit la suspension puisque l'arrêt de l'exécution, s'il n'est pas définitif, peut ne pas affecter l'existence même de la convention* ».

²⁸⁸ R. SARRAUTE, *De la suspension dans l'exécution des contrats*, thèse Paris, 1929, p. 13.

²⁸⁹ J.-M. BÉRAUD, *op. cit.*, p. 40.

²⁹⁰ « *Il faut à n'importe quel prix sauver le contrat. La force obligatoire du contrat impressionne le juge. Le Code civil n'invite-t-il pas lui-même le juge un tel sauvetage ? On peut inférer en ce sens des articles 1157 et 1158 un véritable critère d'utilité dans l'intérêt de la convention* », J. TREILLARD, « De la suspension des contrats », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 59.

²⁹¹ « *Exécuter loyalement, c'est ne pas tirer profit de la moindre inexécution, c'est chercher à privilégier la stabilité des relations contractuelles par rapport à des intérêts strictement individuels* », Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1989, tome. 203, n°11 ; « *à toutes les étapes où elle peut s'exprimer – formation du contrat, interprétation, exécution, suspension ou extinction –, une certaine bonne foi est requise, qui ne se limite pas à une banale prohibition de la malveillance. (...) ce que l'on demande à chacun des contractants c'est une certaine conscience d'agir d'abord au profit du contrat, c'est-à-dire de l'opération économique qu'il prend en charge* », R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrats », *RDC* 2004, p. 227.

²⁹² Demogue relève en ce sens que « *le code fait allusion à cette force majeure suspensive dans l'article 1147 en parlant d'exemption de dommages-intérêts pour retard dans l'exécution lorsque celle-ci provient d'une cause étrangère* », R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome VI, p. 675.

611. Tout d'abord, en dépit de l'intérêt que présente la référence à un critère d'utilité²⁹³, le renvoi aux guides légaux de l'interprétation du contrat s'avère discutable dans la mesure où la suspension demeure étrangère à la question du sens à donner aux stipulations des parties²⁹⁴. Ensuite, si en certaines occasions la bonne foi offre un précieux point d'appui pour la défense de la pérennité contractuelle²⁹⁵, il semble qu'en l'espèce sa mobilisation ne soit pas indispensable. On peut, en effet, penser qu'il sera plus aisé pour le juge de fonder la suspension sur le constat d'une impossibilité d'exécution plutôt que sur la bonne foi²⁹⁶. « *L'irréductible incertitude et [l'] incompressible subjectivisme* »²⁹⁷ qui la qualifient risqueraient ici, et sans que cela ne soit indispensable, de favoriser la confusion²⁹⁸. La détermination du caractère temporaire de la force majeure fait déjà suffisamment appel à l'appréciation personnelle du magistrat²⁹⁹, pour qu'il ne soit pas nécessaire d'ajouter à son raisonnement un énième facteur de subjectivité. Il vaut donc mieux escompter un élargissement du domaine de la suspension en misant sur une appréciation extensive de l'impossibilité d'exécution, telle qu'opérée par le droit du travail.

2. Une appréciation extensive de l'impossibilité momentanée d'exécution en droit du travail

612. Soucieuse de favoriser la pérennité du contrat de travail, la Cour de cassation se réfère volontiers au caractère temporaire de l'impossibilité pour pallier la rupture de l'engagement.

²⁹³ Le choix de suspendre le contrat dépend en effet du fait de savoir si son exécution conserve un intérêt pour le créancier, M. LATINA, *op. cit.*, n°19 ; ce que retient la Cour de cassation depuis un arrêt de 1872, Req. 13 février 1872, *DP* 1872, 1, p. 186, envisageant la suspension dès lors que « *les parties n' [avaient] pas fait des époques de livraison déterminées (...) une condition essentielle des ventes* ».

²⁹⁴ Hors cas de conditions suspensives que nous n'étudions pas ici.

²⁹⁵ En matière de révision pour imprévision par exemple.

²⁹⁶ Ce qui n'empêche pas certains auteurs de voir dans la suspension du contrat en raison d'un cas de force majeure temporaire un avatar de la loyauté contractuelle, P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1992, tome 220, n°293.

²⁹⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°378.

²⁹⁸ P.-H. ANTONMATTEI, *op. cit.*, n°299, à propos des suspension que la Cour de cassation ne prend pas la peine de justifier par l'existence d'un cas de force majeure temporaire.

²⁹⁹ La décision de suspendre ou non l'engagement dépend de « *la vision tournée vers l'avenir que porte le juge sur le contrat. La pérennité contractuelle se manifeste ainsi grâce au regard prospectif du juge sur l'exécution durable et efficace de la convention* », A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°138 ; à cet égard, on prendra soin de rappeler que le prononcé de la suspension n'a dès lors rien d'automatique, « *le juge n'est jamais obligé d'accueillir une demande en résolution lorsqu'il existe des raisons sérieuses de l'écarter* », J. TREILLARD, *op. cit.*, p. 12 ; *comp.*

Elle retient en ce sens une conception rigoureuse de la force majeure à chaque fois que le bénéficiaire de celle-ci est invoqué à l'appui d'une demande de résiliation (a). Dans le même temps, la chambre sociale a recours à la notion de « situation contraignante ». Plus souple que la force majeure, elle autorise la suspension de contrat dans des hypothèses où sa rupture aurait pu être envisagée en raison d'une inexécution (b).

a. Une conception rigoureuse de la force majeure écartant la rupture

613. La nature provisoire de l'événement qualifié de force majeure temporaire ne dispense pas celui qui l'invoque de démontrer son caractère extérieur, imprévisible et irrésistible³⁰⁰. Des arrêts avaient pourtant paru étendre le domaine de la suspension, soit en abandonnant toute référence à l'extériorité, soit en réduisant les éléments constitutifs de cette dernière au seul critère de l'irrésistibilité. Au titre de l'abandon, l'infléchissement prétorien se manifeste essentiellement dans les hypothèses où le débiteur est empêché pour cause de maladie³⁰¹. La motivation de certaines décisions semblait indiquer, cependant, que la prise en compte de l'incidence d'une défaillance de santé sur la capacité à exécuter le contrat n'avait rien de systématique et variait selon les circonstances³⁰². S'agissant de la réduction, la haute juridiction s'était à plusieurs reprises contentée de l'irrésistibilité de l'événement pour caractériser la force majeure³⁰³. Le droit du travail avait lui aussi pris part à l'assouplissement des critères constitutifs de la force majeure, notamment en délaissant l'imprévisibilité du fait générateur pour ne conserver que les critères d'extériorité et d'irrésistibilité³⁰⁴.

³⁰⁰ *Comp.* P.-H. ANTONMATTEI, *op. cit.*, n°370 proposant de substituer à cette trilogie celle d'inévitabilité, d'irrésistibilité et d'impossibilité.

³⁰¹ Cass. civ. 1^{re} 10 février 1998, *Bull. civ.* I, n°53 ; *D.* 1998, p. 539, note D. MAZEAUD ; *JCP* 1998, I, 155, obs. Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 1998, p. 689, obs. D. JOURDAIN, à propos d'un élève malade empêché de suivre un enseignement.

³⁰² Cass. civ. 1^{re} 2 octobre 2001, *CCC* 2002, n°24, note L. LEVENEUR, décision par laquelle la Cour rejette la force majeure tenant à la maladie d'un sexagénaire survenue le jour de son départ pour un voyage organisé, le débiteur ayant eu la possibilité de souscrire une assurance annulation couvrant ce type de risque.

³⁰³ Cass. civ. 1^{re} 6 novembre 2002, *Bull. civ.* I, n°258, *JCP* 2003, I, 152, obs. G. VINEY ; *RDC* 2003, p. 59, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; Cass. com. 1^{er} octobre 1997, *Bull. civ.* IV, n°240, *D.* 1998, somm. 199, obs. Ph. DÉLEBECQUE.

³⁰⁴ Cass. soc. 25 juin 2003, n°01-43065, visant « la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat de travail » ; dans le même sens Cass. soc. 7 décembre 2005, n°04-42907, *RJS* 2/06, n°201 ; sur la « place de l'imprévisibilité dans l'établissement de la force majeure », voir V. DEPADT-SEBAG, note sous Cass. civ. 2^e 23 janvier 2003, *D.* 2003, p. 2465, estimant à propos de l'imprévisibilité « si son statut de condition de la force majeure ne résiste pas à une analyse affinée de la notion, joue un rôle lorsque la prévision de l'événement dommageable eut permis d'en éviter la réalisation ou les conséquences ».

614. Revenant à l'orthodoxie réclamée par une partie de la doctrine, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation jugea dans un arrêt du 14 avril 2006, « *que si la faute de la victime n'exonère totalement le gardien qu'à la condition de présenter des caractères d'un événement de force majeure, cette exigence est satisfaite lorsque cette faute présente, lors de l'accident, un caractère imprévisible et irrésistible* »³⁰⁵, solution reprise par la suite en dehors d'un cas de maladie du débiteur³⁰⁶. Après avoir montré quelques signes de résistance³⁰⁷, la chambre sociale finissait par s'incliner, considérant que « *la force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer de tout ou partie des obligations nées de la rupture d'un contrat de travail s'entend de la survenance d'un événement extérieur, imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution* »³⁰⁸. Néanmoins, si la chambre sociale donne ici l'impression de revenir à une appréciation traditionnelle de la force majeure fondée sur la trilogie précitée, les conséquences de ce ralliement s'avèrent relativement limitées.

615. Nonobstant les changements terminologiques imposés par la décision de l'Assemblée plénière, l'arrêt du 12 mai 2012 ne fait que confirmer, selon nous, une conception rigoureuse de la force majeure dont la chambre sociale semble finalement ne s'être jamais départie en matière de rupture du contrat de travail. En 2003, et pour ne retenir qu'un seul exemple de la jurisprudence sociale antérieure à l'arrêt du 14 avril 2006, la Cour de cassation avait exclu la force majeure invoquée par l'employeur pour justifier la rupture des contrats de travail de ses salariés suite au passage d'un cyclone ayant détruit presque totalement un village-hôtel, rendant impossible son exploitation pendant plus d'une année³⁰⁹. La Cour estima que l'indemnisation versée par l'assureur du complexe ne rendait pas impossible la reprise de l'activité à moyen terme. Autrement dit, et tel que la chambre sociale l'avait affirmé

³⁰⁵ Cass. ass. plén. 14 avril 2006, *BICC* 1^{er} juillet 2006, concl. R. de GOUTTES ; *Deffrénois* 2006, p. 1212, obs. É. SAVAUX ; *RDC* 2006, p. 1083, obs. Y.-M. LAITHIER ; précisons que si le critère de l'extériorité ne figurait pas dans la solution, il se trouvait néanmoins mentionné dans le rapport annuel de la Cour de cassation.

³⁰⁶ Cass. civ. 1^{re} 30 octobre 2008, *Bull. civ.* I, n°243, *JCP* 2009, I, 123, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2009, p. 62, obs. Th. GENICON ; *RCA* 2008, n°351, obs. L. BLOCH.

³⁰⁷ Cass. soc. 10 mai 2006, n°04-46067, *JCP S* 2006, 1584, obs. L. DRAI ; Cass. soc. 20 mai 2009, n°08-10637.

³⁰⁸ Cass. soc. 16 mai 2012, *RDT* 2012, p. 420, note S. TOURNAUX ; *Dr. soc.* 2012, p. 744, note J. MOULY.

³⁰⁹ Cass. soc. 12 février 2003, n°00-46660, *RJS* 2003, p. 285, obs. J.-Y. FROUIN, « *attendu que la force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer de tout ou partie des obligations nées de la rupture d'un contrat de travail s'entend de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite dudit contrat ; que ne présente pas ce caractère l'inaptitude à son emploi d'un salarié* ».

antérieurement³¹⁰, la force majeure ne peut être une cause de rupture propre, autonome du contrat de travail qu'autant qu'elle était insurmontable, en ce qu'elle rendait impossible durablement la poursuite du contrat de travail. « Si », précise le Président Frouin, « cette condition n'est pas remplie, nous estimons que le cas de force majeure n'a fait que suspendre l'exécution du contrat, sauf le cas échéant à constituer une cause économique du licenciement »³¹¹. Pareille sévérité s'explique par la préférence accordée à la suspension au détriment d'une résiliation qui échapperait alors au droit du licenciement³¹². La méfiance dont fait l'objet ce mode de rupture, issu du droit commun des contrats³¹³, tient directement à l'attraction du licenciement et des garanties qui lui sont attachées³¹⁴, notamment l'exigence d'une cause réelle et sérieuse³¹⁵.

616. En présence d'un contrat dont l'une des parties tire les revenus nécessaires à la satisfaction de ses besoins, on peut concevoir que l'importante valeur patrimoniale de l'engagement conduise les juges à préserver, chaque fois qu'ils le peuvent, la pérennité de la relation en privilégiant la suspension à la résolution³¹⁶, quitte à exercer une influence déformante sur certaines grandes catégories du droit civil³¹⁷. La solution qui prévaut en droit du travail mériterait d'être étendue à tous les contrats qui génèrent ou s'inscrivent dans un

³¹⁰ Cass. soc. 2 avril 1998, « attendu que la cour d'appel qui a relevé, appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, que l'employeur n'établissait pas que l'incendie avait compromis totalement ou durablement, et donc de manière insurmontable, l'exploitation de l'entreprise, a ainsi caractérisé l'absence de force majeure ».

³¹¹ J.-Y. FROUIN, *op. cit.* ; dans le même sens, M.-A. GUERICOLAS, « La force majeure en droit du travail ». in *Mélanges Brun*, Librairie sociale et économique, Paris, 1974, p. 257, distinguant « la force majeure durable, qui rompt le contrat de travail, et la force majeure passagère, qui le suspend, étant précisé que la même cause peut, suivant les circonstances, avoir l'un ou l'autre effet ».

³¹² « De plus, lorsque l'inexécution présente un caractère temporaire, voire partiel, la résiliation constituerait une sanction trop forte alors que la suspension apparaît comme une mesure adéquat préservant l'existence du contrat », J.-F. ARTZ, « La suspension du contrat à exécution successive ». *D.* 1979, chron., p. 95.

³¹³ Même si, rappelons-le, conformément à la lettre de l'article 1148 du Code civil la force majeure a pour effet premier d'exonérer le débiteur défaillant du paiement de dommages-intérêts consécutifs à la mauvaise exécution du contrat. La force majeure peut certes justifier la rupture du contrat dont l'exécution est définitivement compromise mais sa résiliation n'a rien d'automatique.

³¹⁴ « La jurisprudence cherchant à faire bénéficier le plus largement possible les salariés des avantages liés au licenciement, on ne s'étonnera donc pas qu'elle soit plutôt rebelle à la notion de force majeure et en retienne une conception particulièrement restrictive », J. MOULY, *op. cit.*, p. 744.

³¹⁵ J.-Y. FROUIN, *op. cit.*, envisageant que l'événement assimilé à la force majeure puisse « constituer une cause économique du licenciement ».

³¹⁶ « Le droit du travail constitue un domaine spécifique dans lequel la force majeure n'a pas la même place en droit civil. L'enjeu y est différent. L'employeur n'est pas un débiteur comme les autres : de son obligation de fournir un travail découle rémunération du salarié et de la force majeure la rupture du contrat sans indemnité. C'est pourquoi la jurisprudence sociale a toujours apprécié avec sévérité des conditions qui la caractérisent », L. DRAI, *op. cit.*

³¹⁷ J.-J. DUPEYROUX, « Droit civil et droit du travail : l'impasse ». *Dr. soc.* 1988, p. 372.

rapport de dépendance unilatérale, tels les contrats d'intégration, de concession, de franchise, de collaboration chez les avocats, ou encore certains contrats de distribution.

617. L'apport de la matière se matérialise donc par son incitation à ne retenir la force majeure que de manière extrêmement restrictive lorsque celle-ci est invoquée à l'appui d'une demande de rupture du contrat. En l'occurrence, le juge du travail s'emploie plus volontiers à la remplacer par la notion de force majeure temporaire, permettant de justifier la suspension du contrat à chaque fois que le maintien de celui-ci apparaît envisageable. Cette volonté de favoriser la pérennité contractuelle se manifeste en outre par l'adjonction de la notion de « situation contraignante » afin de caractériser une impossibilité momentanée d'exécuter le contrat.

b. L'ajout de la notion de « situation contraignante » favorisant la suspension

618. Notion non reconnue dans le droit commun des obligations³¹⁸, l'existence d'une situation contraignante est régulièrement avancée par les employeurs lorsque ceux-ci décident de justifier la fermeture de l'entreprise concomitamment à un mouvement de grève. Contrairement au droit allemand qui l'admet³¹⁹, le « lock-out », sorte de contre-grève patronale³²⁰, est interdit en droit français, notamment parce qu'il est perçu comme une entrave au droit constitutionnel de grève des salariés³²¹. La seule hypothèse dans laquelle la fermeture de l'entreprise est autorisée, appelée par certains auteurs lock-out licite³²², est la confrontation de l'employeur à une « situation contraignante »³²³. Celle-ci tient alors, soit à l'impératif de protection de l'ordre et de la sécurité dans l'entreprise³²⁴, soit à l'impossibilité absolue de fournir un travail³²⁵, cohabitant ici avec la force majeure³²⁶.

³¹⁸ H. SINAY et J.-Cl. JAVILLIER, *Droit du travail, La grève*, Dalloz, Traité de droit du travail, Paris, 2^e éd., 1984, p. 468.

³¹⁹ B. TEYSSIÉ, « Le droit de lock-out ». *Dr. soc.* 1994, p. 795.

³²⁰ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, p. 283, n°548.

³²¹ Cass. soc. 27 juin 1989, *Bull. civ.* V, n°470.

³²² F. DUQUESNE, « Le critère du lock-out licite ». *JCP* 1996, I, 3971.

³²³ Par exemple, Cass. soc. 31 octobre 1989, n°88-41229, « attendu que le lock-out n'est justifié que dans le cas où l'employeur prouve qu'il s'est trouvé dans une situation contraignante, l'empêchant de fournir du travail aux personnels non-grévistes ».

³²⁴ À propos de troubles graves dans une usine occupée, Cass. soc. 21 mars 1990, *RJS* 5/90, n°420.

³²⁵ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, p. 1421, n°1397 ; comp. A. MAZEAUD, *op. cit.* n°549, présentant la sauvegarde de l'ordre et de la sécurité dans l'entreprise comme une justification autonome, distincte de la situation contraignante conduisant à la mise au chômage technique du personnel.

619. Bien que partageant une référence commune à l'impossibilité d'exécution du contrat de travail, les deux notions ne doivent pas être confondues. Pour Madame Annie Bousiges, « *il faut voir dans ce nouveau concept des circonstances contraignantes le refus de hausser le degré de diligence exigée aux limites du possible. L'impossibilité n'est plus retenue dans toute sa rigueur, mais appréciée dans sa pleine relativité (...). La force majeure crée un obstacle absolu, les circonstances contraignantes un obstacle d'une gravité suffisante* »³²⁷.

620. Bien qu'elles méritent d'être distinguées, leurs différences ne doivent pas toutefois être exagérées. Imaginons que l'employeur se trouve confronté à un mouvement de grève paralysant un secteur de la chaîne de montage dont dépendent tous les autres maillons situés en aval de la production. Les cas autorisant la fermeture de l'entreprise sur le fondement de nécessités contraignantes devront traduire une réelle impossibilité de fournir un travail aux salariés non-grévistes. En ce sens, la jurisprudence exige de l'employeur qu'il fasse tout ce qui est en son pouvoir pour éviter la grève ou y mettre fin³²⁸, sollicite l'évacuation des lieux de travail³²⁹ ou encore établisse que les non-grévistes ne peuvent être affectés à des tâches de remplacement si leur poste de travail est paralysé³³⁰. Dès lors, s'il est vrai que la suspension des contrats du travail contribue à éviter un péril plus grand qui mènerait à la faillite de la

³²⁶ Précisons que dans l'une et l'autre de ces situations, l'employeur est dispensé du paiement du salaire et le contrat de travail du salarié se trouve suspendu. Le salarié se trouve alors soumis aux règles du chômage technique, par exemple Cass. soc. 4 juillet 2000, n°98-20537, *Bull. civ. V*, n°262, « *la grève du secteur de production, qui était totale, avait progressivement entraîné la paralysie des autres secteurs d'activité de l'entreprise et que l'employeur avait attendu que le fonctionnement de l'entreprise soit bloqué pour recourir à la mise en chômage technique ; d'où il suit que la cour d'appel a pu décider que la Cogema s'était trouvée, du fait de la grève, dans une situation contraignante, qui ne lui était pas imputable et qui rendait impossible la fourniture de travail aux salariés non grévistes, en sorte que la mise en chômage technique ne constituait pas un trouble manifestement illicite* » ; « *le terme d'impossibilité absolue de fournir du travail paraît bien, en effet, être le mot-clé du chômage technique entendu comme la suspension du contrat de travail, en raison d'un événement paralysant techniquement l'outil de production* », J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail. Essai d'une théorie générale. thèse Lyon, 1979*, p. 48 ; voir également N. CATALA, « *La mise en chômage technique* ». *Dr. soc.* 1981, p. 679.

³²⁷ A. BOUSIGES, « *L'évolution de la force majeure en droit du travail* ». in *Écrits Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 95

³²⁸ Cass. soc. 20 mars 1985, *Bull. civ. V*, n°194.

³²⁹ Cass. soc. 18 octobre 1952, *Dr. soc.* 1953, p. 32.

³³⁰ Cass. soc. 30 septembre 2005, n° 04-40.193, *Bull. civ. V*, n° 277 « *l'employeur ne rapportait pas la preuve qu'il était dans l'impossibilité de fournir aux salariés non-grévistes des tâches supplétives en rapport avec l'exécution de leurs contrats de travail, même s'il avait été contraint, du fait de la grève, d'arrêter totalement les installations de l'atelier de production pour des impératifs de sécurité* ».

société, il nous semble contestable de retenir l'absence de choix ou de libre arbitre³³¹, comme ligne de partage entre les deux notions³³². La dissemblance est ailleurs.

En effet, la différence sémantique se prolonge sur le terrain juridique à travers l'altérité des modes de caractérisation des deux notions. Tandis que la force majeure est appréciée avec rigueur afin d'éviter une résolution du contrat, le recours à la nécessité contraignante pour excuser l'inexécution de l'engagement par un débiteur empêché apparaît plus ouvert. Compte tenu de ce que les grèves, à propos desquelles sont classiquement retenues l'existence de situations contraignantes, ne sont pas des événements imprévisibles ou extérieurs à l'entreprise, c'est donc surtout l'irrésistibilité du mouvement qui est recherchée³³³.

621. Partant, et à la lumière de la définition de la force majeure désormais retenue par la Cour de cassation³³⁴, y compris par la chambre sociale³³⁵, les exigences de qualification posée par la situation contraignante apparaissent moins restrictives que celles portant sur la force majeure³³⁶. À telle enseigne que la notion pourrait essaimer au-delà du droit du travail³³⁷,

³³¹ A. BOUSIGES, *op. cit.*, p. 95.

³³² Ce que propose Madame Annie Bousiges : « la force majeure anéantit tout libre arbitre (...). La situation contraignante ne recèle pas l'irrésistibilité, seule assez puissante pour priver l'individu de son libre arbitre. Force est de constater que la situation contraignante s'apparente plus à l'état de nécessité qu'à la force majeure. En effet l'état de nécessité place l'individu devant un choix : laisser un dommage se réaliser ou l'empêcher en en créant un moindre (...). La fermeture de l'entreprise vaut mieux que sa désorganisation par les grévistes. La perte de production lui semble sans commune mesure avec la perte des salaires subi par les grévistes. (...) La grève est une circonstance contraignante qui place l'employeur dans la nécessité de faire un choix. Cette alternative et cette pesée des intérêts sont caractéristiques de l'état de nécessité, où l'agent compare le dommage qui va se produire à celui qu'il va créer », *op. cit.*, p. 95.

³³³ G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 1421, n°1398, « bien que la grève ne soit pas un événement imprévisible pour l'employeur, puisqu'il a été informé des revendications qui l'ont déterminée, ni étrangère à l'entreprise, elle peut dans certaines circonstances constituer un cas de force majeure du fait de son irrésistibilité, déliant l'employeur de son obligation d'assurer du travail à son personnel, y compris les non grévistes » ; J. DUPLAT, « La possibilité de lock-out suppose une situation contraignante libérant de façon absolue l'employeur de son obligation de fournir du travail ». *Dr. ouvr.* 2006, p. 21, voyant dans la situation contraignante une justification « dont l'employeur doit rapporter la preuve, assimilable à l'irrésistibilité de la force majeure, lorsque le mouvement de grève désorganise l'entreprise au point de rendre tout travail normal impossible » ; comp. J. TREILLARD, « De la suspension des contrats ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 63, « sans présenter le caractère d'irrésistibilité d'une force majeure, l'événement perturbateur pourra n'être qu'une circonstance simplement gênante qui rend plus lourde, voire même inutile l'exécution de l'obligation d'un contractant, sans toutefois la rendre impossible » ; contra, A. BOUSIGES, *op. cit.*, p. 95, « la force majeure anéantit tout libre arbitre. La situation contraignante ne recèle pas l'irrésistibilité, seule assez puissante pour priver l'individu de son libre arbitre ».

³³⁴ Cass. ass. plén. 14 avril 2006, *op. cit.*

³³⁵ Cass. soc. 16 mai 2012, *op. cit.*

³³⁶ Ce qui fait dire au Professeur Couturier que sur ce point, « le pragmatisme du droit du travail a atténué la rigueur du droit civil », G. COUTURIER, « Responsabilité civile et relations individuelles de travail ». *Dr. soc.* 1988, p. 415 ; sur le même thème, quoique dans une démarche plus volontiers autonomiste, voir A. BOUSIGES,

notamment au sein des contrats de dépendance évoqués plus haut³³⁸. Le domaine accordé à la suspension se trouverait élargi en conséquence, tout comme dans les circonstances où le droit du travail admet que le mécanisme puisse répondre au choix d'un des contractants de ne pas exécuter momentanément le contrat.

B. La suspension consécutive au choix de ne pas exécuter momentanément le contrat

622. Au titre de l'événement commandant la suspension du contrat, on songe classiquement à une impossibilité d'exécution. Parallèlement à cette source qui implique, sinon une suppression, du moins une réduction des marges de manœuvre du débiteur défaillant, le droit du travail n'hésite pas à étendre le mécanisme dans des situations où l'inexécution est consécutive à un choix du contractant³³⁹. Deux types de situations peuvent alors être distingués. La première renvoie à l'inexécution légitimée par l'exercice d'un droit protégé **(1)**. La seconde vise la situation où la conclusion d'un acte juridique vient suspendre l'exécution d'un engagement antérieur, avec lequel elle n'est pas compatible. C'est ce qui se passe lors du cumul illicite d'un contrat de travail avec un mandat social **(2)**. Dans chacune de ces hypothèses, et contrairement aux suspensions générées par une impossibilité d'exécuter le contrat liées à la force majeure temporaire, les perspectives de diffusion des solutions travaillistes s'avèrent néanmoins limitées, tant au plan technique qu'en termes d'opportunité.

op. cit., p. 109, « on s'aperçoit que le droit du travail tend à se libérer de l'influence du droit civil tout en y puisant encore les techniques qui lui paraissent les mieux adaptés à son originalité ».

³³⁷ Voir par le passé Cass. civ. 24 février 1981, n°79-12710, *Bull. civ. I*, n°65, où la chambre civile avait retenu la suspension à partir du seul constat de l'« impossibilité momentanée d'exécution » ; plus clairement, Cass. mixte. 4 février 1983, n°80-14853, par lequel « la chambre mixte a exonéré EDF de sa responsabilité contractuelle à l'endroit de ses clients en reconnaissant l'existence d'un "état de contrainte" qui ressemble fort aux nécessités contraignantes que l'entreprise est autorisée à opposer à ses salariés », J.-J. DUPEYROUX, « Droit civil et droit du travail : l'impasse ». *Dr. soc.* 1988, p. 373.

³³⁸ *À fortiori* lorsque l'unilatéralité du rapport de nécessité à l'acte juridique n'incite pas les autres parties à s'efforcer de maintenir la pérennité contractuelle.

³³⁹ Plaisant pour une prise en compte accrue de cette hypothèse, D. TALLON, « L'article 1184 du Code civil : un texte à rénover ? » in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 260, « une théorie de l'impossibilité pourrait, à l'instar du droit allemand, être introduit en droit français en distinguant l'impossibilité d'exécution imputable aux débiteurs (peu étudiée en droit français) et l'impossibilité qu'il ne lui est pas imputable, c'est-à-dire l'inexécution due à la force majeure ».

1. L'inexécution volontaire légitimée par l'exercice d'un droit protégé

623. Évoquée par plusieurs auteurs corrélativement au droit commun du contrat³⁴⁰, la suspension née du choix de ne pas exécuter momentanément l'engagement occupe une place non négligeable dans la relation de travail. C'est la raison pour laquelle loin de se limiter à l'impossibilité d'exécution, certains manuels de droit du travail voient dans la suspension une réponse aux situations dans lesquelles l'un des contractants est fondé à refuser sa prestation de travail³⁴¹, ou est en mesure de faire valoir un juste motif d'inexécution provisoire³⁴². L'exercice d'un droit ou d'une prérogative protégé compte au nombre de ces derniers.

624. Pour le salarié, l'exercice du droit de grève relève assurément d'un choix³⁴³. C'est encore un choix qu'il manifeste en sollicitant le bénéfice de congés consécutifs à des événements de la vie privée tels que la maternité³⁴⁴, la paternité³⁴⁵, l'adoption d'enfants³⁴⁶, leur éducation³⁴⁷, le suivi de formations professionnelles³⁴⁸ ou encore destinés à la réalisation de projets personnels extérieurs à l'emploi occupé³⁴⁹. Côté employeur, la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire en cas de mise à pied du salarié entraîne la suspension du contrat de travail³⁵⁰.

³⁴⁰ Notamment C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 380, n°345 et s., abordant successivement l'impossibilité momentanée d'exécution et de « l'existence d'un droit incompatible avec l'exécution » au titre des faits générateurs de la suspension du contrat,

³⁴¹ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°640.

³⁴² J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, Thémis, Paris, 12^e éd., 1991, p. 450.

³⁴³ « Non seulement, la grève ne suppose pas l'impossibilité matérielle d'exécution, mais cette impossibilité matérielle exclut la grève », J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail. Essai d'une théorie générale*. thèse Lyon, 1979, p. 50, quand bien même, au regard des conséquences pécuniaires de la cessation du travail, faire grève peut parfois relever d'un arbitrage entre les deux branches d'une alternative non enviable.

³⁴⁴ Le congé maternité, C. trav. art. L. 1225-16 et s.

³⁴⁵ Le congé de paternité, C. trav. art. L. 1225-35 et s.

³⁴⁶ Le congé d'adoption, C. trav. art. L. 1225-37 et s.

³⁴⁷ Le congé d'éducation des enfants, C. trav. art. L. 1225-47 et s.

³⁴⁸ Citons par exemple le congé pour validation des acquis de l'expérience (C. trav. art. L. 6422-1 et s.), le congé de bilan de compétences (C. trav. art. L. 6322-4 et s.), le congé de formation syndicale (C. trav. art. L. 3142-7 et s.)

³⁴⁹ Au titre desquels on peut mentionner, notamment, le congé sabbatique (C. trav. art. L. 3142-91 et s.), le congé de solidarité internationale (C. trav. art. L. 3142-16 et s.) ou le congé pour création d'entreprise (C. trav. art. L. 3142-78 et s.).

³⁵⁰ Cass. soc. 20 mars 1956, *Bull. civ.* V, n°216 ; sur l'ensemble de la question voir H. SINAY, « La suspension du contrat à titre disciplinaire ». *D.* 1960, chron. p. 215 ; notons toutefois que dans ces circonstances la suspension fait davantage figure de préalable à la rupture du contrat que de technique destinée à éviter sa résiliation.

625. Par-delà leur diversité, ces mises en sommeil de la relation contractuelle par la volonté d'un contractant ont en commun de reposer sur des dispositions d'ordre public, génératrices de droits dont la jouissance effective implique, par définition, une suspension de l'engagement. Qu'il s'agisse du droit de grève ou de l'allocation de congés, la suspension du contrat prévue par le législateur vient se substituer à la résiliation à laquelle, faute de textes, la cessation du travail pourrait logiquement donner lieu. Simultanément, l'affirmation de ces droits présente un caractère limitatif, à peine de généraliser la mise en oeuvre d'un mécanisme qui, faut-il le rappeler, a pour conséquence première de rendre licite l'inexécution d'obligations initialement consenties par les parties. Ainsi, le droit à mener une vie familiale, auquel font écho certains des congés évoqués plus haut, ne saurait légitimer les absences du salarié en dehors des cas prévus par la loi.

626. La *ratio legis* suivie par le droit du travail peut-elle être transposée en dehors de la discipline ? La voie de sa diffusion en droit privé semble étroite. Le droit de grève prévu par l'article 7 du Préambule de 1946, compte tenu de l'état actuel de la législation³⁵¹, est difficilement envisageable en dehors du salariat³⁵². La conclusion est identique au sujet des congés prévus par le Code du travail et relayés par les dispositions du Code de la Sécurité sociale applicables aux seuls travailleurs salariés.

627. À l'appui de ces illustrations, Monsieur Jean-Marc Béraud résume parfaitement les raisons d'une pareille incompatibilité. Rappelant l'incapacité de la force majeure temporaire à servir de base à une approche globale de la suspension du contrat de travail³⁵³, il précise que « *la possibilité d'une exécution future, au sens marchand, économique du terme, qui constituerait à la fois le moteur et les limites de la suspension n'apparaît pas essentielle en droit du travail* »³⁵⁴. Dès lors, bien que l'acclimatation du droit commun des contrats à l'idée d'une collaboration active des parties demeure un objectif souhaitable, singulièrement en présence de contrats de dépendance, le réalisme de l'ambition s'accommode cependant fort mal d'une protection du contractant vulnérable minorant l'utilité économique de l'opération

³⁵¹ Puisque, conformément au Préambule en son septième alinéa, « *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ».

³⁵² Quand bien même il ne serait pas totalement inconcevable, *de lege ferenda*, d'imaginer d'en étendre le bénéfice au profit de certaines parties à des contrats présentant de fortes similitudes avec la relation de travail, par exemple l'avocat collaborateur.

³⁵³ J.-M. BÉRAUD, *op. cit.*, p. 55.

³⁵⁴ J.-M. BÉRAUD, *ibidem*.

portée par l'échange³⁵⁵. La divergence n'apparaît pas davantage surmontable s'agissant de l'extension du domaine de la suspension pratiquée par la jurisprudence en cas de cumul illicite d'un contrat de travail et d'un mandat social.

2. La suspension du contrat de travail en cas de cumul illicite avec un mandat social

628. Le contrat de travail est suspendu lorsque la conclusion d'un mandat social, par le salarié, entraîne la disparition du lien de subordination (a). Cependant, le particularisme d'une telle situation rend délicate la justification de la suspension retenue par la chambre sociale en droit civil (b).

a. Une suspension motivée par la disparition du lien de subordination

629. Le cas le plus symptomatique d'une extension prétorienne du domaine de la suspension, en dehors des situations prévues par le Code du travail, se produit en matière de cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social³⁵⁶. L'hypothèse vise le salarié investi des fonctions de mandataire social et pour lequel, selon les objets respectifs du contrat de travail et du mandat, le cumul sera ou non considéré comme licite.

630. Le contrat de travail se caractérise en effet par l'existence d'un lien de subordination entre le salarié et son employeur³⁵⁷. Or, l'acquisition du statut de mandataire social peut avoir pour conséquence éventuelle de mettre à mal ce rapport d'autorité pourtant indissociable de la qualité de travailleur salarié³⁵⁸. Aussi, la Cour de cassation, refusant de reconnaître une

³⁵⁵ Tandis qu'en droit du travail, « *la suspension n'est pas à la mesure de sa plus ou moins grande économie contractuelle, mais à celle du degré de protection accordé à l'une ou l'autre des parties face à un événement déterminé. Elle implique un jugement de valeur, non plus au plan économique, mais au plan social* », J.-M. BÉRAUD, *ibid.*

³⁵⁶ Sur l'ensemble des conditions de validité du cumul et ses conséquences voir G. AUZERO, N. FERRIER, *Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, Rep. sociétés* Dalloz, 2013.

³⁵⁷ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, p. 232, n°193 et s. ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, n°582 ; G. AUZERO, N. FERRIER, *op. cit.*, n°28 et s.

³⁵⁸ Nous laissons de côté les cas où le contrat de travail est conclu avec un administrateur déjà en fonction, conclusion que la Cour de cassation frappe de nullité, Cass. soc. 21 novembre 2009, n°05-45416.

compatibilité de principe entre les deux contrats³⁵⁹, s'emploie-t-elle à vérifier la permanence de l'état de subordination juridique du salarié devenu mandataire. Lorsqu'elle y parvient, le cumul est considéré comme licite et les deux engagements coexistent. Dans le cas contraire, et sauf opposition des parties, la haute juridiction considère que le contrat de travail est suspendu de plein droit³⁶⁰.

631. Quels sont les fondements juridiques de la suspension ? La réponse n'est pas simple car si l'objectif de protection du salarié à travers le maintien de son contrat ne fait aucun doute³⁶¹, la référence de la chambre sociale au seul article 1134 du Code civil dans sa version ancienne, et ce, sans aucune précision quant à l'alinéa visé, demeure peu éclairante. La disparition du lien de subordination entraînant la suspension du contrat de travail semblant acquise, c'est donc à partir de ce point qu'il convient de remonter la piste de la rationalité adoptée par la Cour de cassation.

632. Imaginons la conclusion d'un contrat de travail avec un mandataire social en poste³⁶². L'absence de lien de subordination *ab initio* devrait logiquement conduire soit à la requalification du contrat, soit à sa nullité en raison du défaut d'une condition de validité³⁶³. Dans les deux cas la suspension est exclue. Il devrait en aller de même dans l'hypothèse où un salarié devient mandataire social, postérieurement à la conclusion de son contrat de travail. En l'occurrence, la perte du lien de subordination au cours de la relation de travail s'apparenterait à la disparition d'une condition de validité du contrat durant son exécution, autrement dit à un

³⁵⁹ La chambre sociale admet ainsi le cumul de la qualité de salarié avec celle d'associé égalitaire d'une SARL, Cass. soc. 18 avril 2008, n°07-40842, ou de président du conseil d'administration d'une société anonyme, Cass. soc. 16 octobre 1991, n°88-40188.

³⁶⁰ Cass. soc. 12 décembre 1990, *Bull. civ. V*, n°658, « le contrat de travail se [trouve], en l'absence de convention contraire, suspendu pendant le temps d'exercice du mandat, peu important qu'il ait été modifié dans l'un de ses éléments essentiels lors de la cessation du mandat » ; *JCP E* 1991, I, p. 284, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *RTD civ.* 1992, p. 382, obs. J. MESTRE,

³⁶¹ « il est bien clair que le fondement de cette jurisprudence est la protection du salarié qui devient dirigeant, afin qu'il ne soit pas entièrement dépouillé de protection sociale lorsque le mirage du pouvoir s'estompe », P. LE CANNU, note sous Cass. soc. 12 décembre 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 845 ;

³⁶² Si la jurisprudence considère qu'un administrateur ne peut conclure un contrat de travail avec la société pour le compte de laquelle il exerce ses fonctions, Cass. soc. 21 nov. 2006, n° 05-45416, *Bull. Joly* 2007, 383, note G. AUZÉRO, la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives reconnaît cependant cette possibilité dans certaines conditions

³⁶³ En « l'absence de lien de subordination, la nullité du contrat de travail est plus délicate à fonder. Habituellement, cet état de fait conduit à la requalification du contrat de travail. Une telle sanction n'est toutefois guère opératoire dans l'hypothèse considérée. Reste alors la nullité de ce contrat qui, faute de lien de subordination, s'avère contraire à l'ordre public », G. AUZÉRO, N. FERRIER, *op. cit.*, n°82.

cas de caducité, et non, *a priori*, à une cause de suspension. Sous la plume de certains auteurs, la caducité est en effet décrite comme susceptible de ne se manifester que de manière temporaire, à l'instar de la force majeure dont elle emprunterait alors la sanction, c'est-à-dire la suspension³⁶⁴. Mais pour d'autres, cette interprétation se heurte à un obstacle de taille. Tout en admettant que le contrat puisse être déclaré caduc y compris lorsque le fait générateur n'épouse pas les contours de la force majeure³⁶⁵, l'événement à l'origine de la caducité ne saurait pour autant dépendre de la volonté des parties³⁶⁶. Or, l'éventuelle disparition du lien de subordination consécutive à l'acquisition du statut de mandataire social découle du consentement du salarié, ce qui exclurait la caducité³⁶⁷.

633. Pour fonder la suspension du contrat de travail, Monsieur Bruno Petit propose donc, dans un premier temps, de se tourner vers la novation par changement de cause³⁶⁸, en relevant que nonobstant l'exigence d'une déclaration expresse des parties de leur intention de novier le contrat³⁶⁹, « *l'animus novandi peut être tacite et résulter des circonstances, notamment de l'incompatibilité des deux actes successifs* »³⁷⁰. Dans un second temps, l'auteur précise que la disparition du contrat de travail, à laquelle la novation devrait normalement conduire, peut

³⁶⁴ C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'Harmattan, Paris, 2004, se fondant sur la jurisprudence classique faisant prévaloir la suspension sur la résiliation à chaque fois que l'inexécution revêt une caractère momentané ; comp. G. AUZERO, N. FERRIER, *op. cit.*, n°90, estimant qu'en cas de cumul irrégulier la suspension « *peut toutefois trouver une source adéquate dans la règle, de valeur légale, attachant un effet suspensif à toute impossibilité momentanée d'exécution* » ; voir également J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux, Presses universitaires Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1998, n°386, pour qui « *à une disparition partielle et temporaire de la cause répond une disparition partielle et temporaire des effets de l'acte juridique* ».

³⁶⁵ C. PELLETIER, *op. cit.*, n°44,

³⁶⁶ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, Traité de droit civil, Paris, 3^e éd., 2001, n°725 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 5, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1957, n°1300 ; Cl. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1963, tome 43, p. 156 et s., avec qui nous ne partageons toutefois pas l'avis que la caducité serait réservée à la disparition intervenant avant que l'acte ait commencé à produire ses effets. Le principe connaît néanmoins des exceptions comme par exemple avec la caducité de la promesse consécutive à l'absence de levée d'option, Cass. civ. 3^e 8 octobre 2003, *Bull. civ.* III, n°176.

³⁶⁷ B. PETIT, « La suspension du contrat de travail des dirigeants de société anonyme ». *RTD com.* 1981, p. 29, *spé.* p. 48, n°28.

³⁶⁸ B. PETIT, *op. cit.*, p. 49, n°29, « *il s'agit d'une novation par changement de cause : les parties restent les mêmes, l'objet également (la confusion des attributions et des rémunérations le démontre), seul change le titre auquel sont dues les prestations réciproques* » ; observons néanmoins que le maintien d'un objet identique mérite d'être discuté, à tout le moins lorsque les tâches accomplies dans le cadre du mandat social diffèrent de celles exécutées en vertu du contrat de travail.

³⁶⁹ L'article 1273 du Code civil dispose que « *la novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte* ».

³⁷⁰ B. PETIT, *op. cit.*, n°29 ; sur le caractère tacite de la novation, voir J. CARBONNIER, *Droit civil - Les biens - Les obligations*, PUF, Quadrige, Paris, 22^e éd., 2004, p. 532 ; B. STARCK, L. BOYER, H. ROLAND, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, Paris, 6^e éd., 1998, n°2367 ; retenant la novation tacite à l'occasion de l'incompatibilité de deux actes successifs, CA Paris 11 mars 1957, *D.* 1957, somm. 85.

être contrecarrée par la manifestation d'une volonté contraire qui résulte sans ambiguïté de la clause de suspension du contrat³⁷¹.

634. Ce raisonnement présente, à notre sens, le mérite de tenter d'identifier un véritable fondement juridique à la suspension du contrat de travail là où nombre de commentateurs se bornent à invoquer la protection du salarié. Pour autant, c'est moins la mobilisation de la novation³⁷² que l'évocation du caractère tacite de la volonté exprimée par les parties qui mérite d'être retenue. Tandis qu'il est possible de concevoir qu'une clause de suspension traduise l'intention de ne pas rompre l'engagement, le juge a également décidé de suspendre le contrat de travail y compris là où une telle clause faisait défaut. Dans un arrêt du 12 décembre 1990, dont la motivation est depuis régulièrement reprise, la chambre sociale considéra en effet que « *le contrat se trouvait, en l'absence de convention contraire, suspendu pendant le temps d'exercice du mandat* »³⁷³. La Cour de cassation retient donc ici ce qui s'apparente à une suspension tacite³⁷⁴, solution qu'elle réitère dans un arrêt du 12 juin 1991³⁷⁵ et à la suite duquel un observateur conclut que le silence des parties emporte pérennité du contrat³⁷⁶. Partant, la reconnaissance d'une volonté tacite de suspendre le contrat fournit un fondement juridique adéquat à cette extension du domaine de la suspension, sans qu'il soit nécessaire de caractériser au préalable une intention de nover le contrat initial. La solution ne parvient toutefois pas à dissiper les doutes entourant sa traduction en droit civil.

b. Une justification délicate de la suspension en droit civil

³⁷¹ B. PETIT, *ibid.* « *une telle stipulation, qui révèle l'absence d'animus novandi, doit donc faire échec à la disparition du contrat* ».

³⁷² L'analyse de Monsieur Petit nous semble occulter l'effet extinctif attaché à la novation et qui, en conséquence, s'articule mal avec le maintien du contrat de travail initial par le biais de la suspension ; sur ce point, L. GAUDIN, « La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité ? ». *RDT* 2008, p. 162, spé. n°9 ; distinguant la novation de la modification, voir également A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties. Etude de Droit civil français*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, tome 166, n°162, la modification « *constitue une catégorie autonome qui se distingue de la novation en ce qu'elle ne détruit pas le lien de droit originaire* ».

³⁷³ Cass. soc. 12 décembre 1990, *Bull. civ.* V, n°658 ; *Bull. Joly* 1991, 842, note P. LE CANNU ; *JCP* 1991, I, 284, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN.

³⁷⁴ La Haute juridiction énonce « *le principe selon lequel il y a suspension implicite du contrat de travail pendant la durée du mandat social dès lors qu'il n'existe pas de convention contraire, ce qui équivaut à poser une présomption* », A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN, *op. cit.*

³⁷⁵ Cass. soc. 12 juin 1991, *Bull. civ.* V, n°295, « *à défaut d'accord contraire des parties, le contrat de travail, qui n'avait pas été rompu par l'une [des parties], s'était trouvé suspendu pendant la durée de l'exercice des fonctions de mandataire social* ».

³⁷⁶ J. MESTRE, obs. sous Cass. soc. 12 juin 1991, *RTD civ.* 1992, p. 392.

635. S'appuyant sur le visa des articles 1134 du Code civil et L. 121-1 du Code du travail mobilisé par la chambre sociale, certains auteurs ont alors envisagé de transposer la solution particulière adoptée pour le contrat de travail à l'ensemble des contrats³⁷⁷. Dans le même sens, on pourrait avancer que les notions de novation et de suspension tacites dégagées par la chambre sociale ne semblent pas, *a priori*, réservées aux interactions entre le droit du travail et le droit des sociétés. Tandis que la faveur dont témoigne la Cour de cassation à l'égard de la pérennité du contrat de travail suscite quelque enthousiasme, l'exemple travailliste n'apparaît guère apte à jouer ici un rôle de modèle, ne serait-ce qu'en raison du particularisme entourant le recours à la suspension qui rend délicate la transposition de la solution en droit civil.

636. Que le contrat de travail soit suspendu à chaque fois que disparaît le lien de subordination, selon la définition que donne Monsieur Jean-Marc Béraud de la suspension³⁷⁸, ne signifie pas que toutes les causes de disparition doivent être admises sans aucun contrôle quant à leur légitimité³⁷⁹. Nous avons ainsi pu observer que l'inexécution de l'engagement qui concourt à la mise en œuvre d'un mécanisme de suspension était appréciée soit sous l'angle de l'impossibilité du contractant à satisfaire à ses obligations, soit à travers l'exercice d'un droit protégé supposant par définition la cessation de l'accomplissement de la prestation attendue. L'incapacité d'exécuter un travail salarié générée par la disparition du lien de subordination n'est véritablement rattachable à aucune de ces deux sources d'empêchement³⁸⁰. L'inexécution ne relève ni d'une force majeure temporaire ou d'une situation contraignante, ni de l'exercice d'un droit expressément protégé par la loi³⁸¹. Elle découle directement d'un acte volontaire.

³⁷⁷ « Le visa de l'article 1134 du Code civil est clair sur ce point ; la Cour de cassation estime que la solution qu'elle adopte s'explique autant par le droit commun des contrats que par le droit particulier du travail. La cour suprême avait d'ailleurs visé symboliquement dans son arrêt du 12 décembre 1990, outre l'article 1134 du Code civil, l'article L. 121-1 du code du travail », J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux, Presses universitaires Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1998, n°346.

³⁷⁸ « on peut dès lors affirmer qu'il y a suspension du contrat de travail chaque fois que, dans un contrat de travail en cours, le lien de subordination juridique disparaît », J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail. Essai d'une théorie générale* thèse, Lyon, 1979, p. 91.

³⁷⁹ La formule de Rivero et Savatier visant les « motifs légitimes de suspension » est alors préférable, J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, Thémis, Paris, 13^e éd., 1993, p. 418.

³⁸⁰ *Contra*. G. AUZÉRO, N. FERRIER, *op. cit.*, n°90, estimant que la suspension « peut toutefois trouver une source adéquate dans la règle, de valeur légale, attachant un effet suspensif à toute impossibilité momentanée d'exécution ».

³⁸¹ Et si, dans l'hypothèse la plus favorable à la thèse que nous combattons, devait être reconnu un éventuel droit du salarié à accéder aux fonctions de mandataire, la reconnaissance de situations où le cumul d'un contrat de

637. On aurait tort cependant de considérer que l'inexécution est exclusivement imputable à la volonté du salarié. Dans les situations où l'irrégularité du cumul provoque la suspension du contrat de travail, l'initiative de la souscription du mandat social est imputable à l'employeur. C'est bien lui en effet qui propose à son collaborateur d'acquérir un statut dont il ne peut, dans le même temps, ignorer que l'exécution anéantira le lien de subordination caractéristique de l'engagement initial du salarié³⁸². Au plan des fondements juridiques, la protection dont bénéficie ce dernier peut donc légitimement s'appuyer sur la figure de la suspension tacite, puisqu'aucune des parties ne souhaite rompre le contrat de travail, contrat dont le maintien, à l'inverse, encourage le salarié à accepter le mandat qui lui est offert³⁸³. Vouloir étendre pareille cause de suspension, en négligeant cette spécificité de la problématique à laquelle elle fait écho, ferait courir le risque que des débiteurs défaillant se retranchent derrière la souscription d'un acte juridique rendant impossible l'accomplissement de leurs prestations, pour échapper à la résiliation du contrat antérieur³⁸⁴. Il serait en outre contraire à l'exigence de bonne foi, portée par l'ancien article 1134 du Code civil visé dans les décisions précitées, que l'employeur cherche à tirer profit de la conclusion du mandat social pour rompre le contrat de travail. C'est là que réside, à notre sens, le particularisme de la solution dégagée par la chambre sociale.

638. Le recours à la suspension, tel que pratiqué en matière de cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, doit selon nous être réservé aux situations répondant à deux conditions : une incompatibilité entre deux actes juridiques successifs et la volonté des parties de ne pas rompre l'engagement premier, dont l'exécution est rendue impossible par la conclusion du second. Au titre de la première, on peut envisager les nombreuses situations

travail et d'un mandat social est licite suffit à démontrer qu'il n'est nul besoin d'en appeler au législateur pour s'assurer de la coexistence des ces deux rapports juridiques.

³⁸² Le caractère irrégulier du cumul se manifeste surtout lorsque contrat de travail et mandat social doivent être exécutés au sein d'une même société, voir G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, p. 705, n°676.

³⁸³ Encore qu'il ne faille pas exagérer le caractère unilatéralement protecteur de la suspension, le mandat est certes « *un utile instrument de promotion sociale* », mais il est doit aussi être envisagé « *dans l'intérêt de la société, comme un moyen de faire participer à la direction des techniciens compétents issus des cadres de l'entreprise* », B. PETIT, « La suspension du contrat de travail des dirigeants de société anonyme ». *RTD com.* 1981, p. 31.

³⁸⁴ Ainsi, pour Ripert, « *c'est tuer le contrat que de libérer légalement le débiteur à chaque fois qu'il éprouve une difficulté de paiement* », G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes ». *D.* 1936, chron., n°58, p. 57.

susceptibles de donner lieu à un conflit d'intérêt³⁸⁵, par exemple lorsqu'un membre d'un organisme de régulation des marchés financiers vient à être recruté par un opérateur économique contrôlé par la première entité³⁸⁶. S'agissant de la seconde, les occasions d'identifier une volonté tacite de suspendre le contrat sont en revanche plus rares. La suspension du contrat de travail consécutive à la souscription d'un mandat social peut être légitimement déduite du fait que dans l'un et l'autre de ces actes juridiques, fussent-ils distincts, les protagonistes sont identiques. Rien n'est moins sûr que la reproduction d'une telle identité ailleurs que dans cette hypothèse particulière. Le potentiel de diffusion de la solution s'avère donc plus restreint que ne peuvent le laisser croire les prévisions optimistes établies par certains auteurs³⁸⁷. L'apport du droit du travail se signale plus volontiers dans l'appréhension des effets de la suspension.

II. Les effets de la suspension

639. Les effets de la suspension épousent la double dimension du contrat mise en évidence par le Professeur Ancel, son contenu obligationnel, d'une part, sa force obligatoire d'autre part³⁸⁸. Nous étudierons successivement l'hibernation du contenu obligationnel du contrat³⁸⁹ (A), puis le maintien de sa force obligatoire (B).

A. L'hibernation du contenu obligationnel du contrat

³⁸⁵ Non définie par le Droit, la notion de conflit d'intérêt peut être entendue comme renvoyant à des « situations dans lesquelles une personne en charge d'un intérêt autre que le sien n'agit pas ou peut être soupçonnée de ne pas agir de manière loyale ou impartiale vis-à-vis de cet intérêt, mais dans le but d'en avantager un autre, le sien ou celui d'un tiers », V. BOCCARA, J. MORET-BAILLY, « Définir la notion de conflits d'intérêts ». *LPA* 2014, n°84, p. 4.

³⁸⁶ *Comp. A.-D. MERVILLE*, « Sanctions pénales et administratives en matière de droit de vote ». *RTDF* 2011, p. 94, envisageant en matière d'organes délibératifs « la suspension du droit de vote [d'un dirigeant ou d'un actionnaire], afin d'éviter tout risque de conflit d'intérêts ». Reconnaissons toutefois que la suspension est moins envisagée ici comme une adaptation de l'acte juridique que comme une sanction.

³⁸⁷ J.-M. BAHANS, *op. cit.*

³⁸⁸ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat ». *RTD civ.* 1999, p. 771 ; voir également *supra*, n°121.

³⁸⁹ L'expression est empruntée à Madame Hélène Sinay évoquant l'« hibernation juridique » du contrat suspendu, H. SINAY, « La suspension du contrat de travail, à titre disciplinaire ». *D.* 1960, chron., p. 215.

640. L'hibernation désigne l'ensemble des modifications que subit le métabolisme des êtres vivants sous l'action du froid hivernal. Plus précisément, le terme renvoie à l'état d'engourdissement où tombent certains mammifères, pendant l'hiver, et qui est caractérisé par une interruption de la régulation thermique et par un ralentissement très marqué des activités³⁹⁰. Tandis que le phénomène s'entend d'une réduction des fonctions organiques de l'animal, certaines d'entre elles demeurent toutefois en activité, au premier rang desquelles son système nerveux³⁹¹. Rapportée au contrat, l'hibernation consécutive à la suspension évoque, à l'identique, un engagement dont le contenu obligationnel se partage entre paralysie et maintien : « *le contrat suspendu est un contrat qui vit* »³⁹². Le droit du travail offre de nombreuses illustrations de ce phénomène par lequel le contrat, en dépit de sa léthargie, produit tout de même certains effets³⁹³. Pendant les périodes où le contrat de travail est suspendu, le salarié doit ainsi respecter le devoir de bonne foi que lui impose l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil³⁹⁴, y compris lorsque la suspension découle d'un congé volontaire³⁹⁵ ou de l'exercice d'un droit protégé³⁹⁶. La solution ne se limite d'ailleurs pas aux seules obligations mises à la charge des protagonistes en application d'une disposition légale. En témoigne la vigueur de la clause de non-concurrence qui n'est nullement affectée par la suspension du contrat³⁹⁷. De même, en droit des affaires, il est interdit au concédant, sauf stipulation contraire, d'octroyer l'exclusivité d'une vente à une autre personne que le concessionnaire dont le contrat de concession est suspendu³⁹⁸.

641. Se pose dès lors la question des critères permettant au juge de distinguer les obligations mises en sommeil de celles dont l'exécution n'est pas entravée par la léthargie de l'engagement. Là encore, le droit du travail, sans prétendre constituer une source d'inspiration

³⁹⁰ A. REY, *Le Grand Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2013.

³⁹¹ « *Si les nerfs d'un hibernant cessaient d'être fonctionnels aux températures les plus basses, le système nerveux ne pourrait pas rester coordonné à, par exemple, 5°C. Or la respiration et de nombreuses autres fonctions continuent avec une très bonne coordination d'ensemble*, K. SCHMIDT-NIELSEN, *Physiologie animale. Adaptation et milieux de vie*, Dunod, Paris, 1998, p. 279.

³⁹² J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail. Essai d'une théorie générale*, thèse Lyon, 1979, p. 66.

³⁹³ J. TREILLARD, « De la suspension des contrats ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), Paris, LGDJ, 1960, p. 60.

³⁹⁴ Cass. soc. 5 juin 1996, *Bull. civ. V*, n°231.

³⁹⁵ Sur l'obligation de loyauté du salarié pendant son congé sabbatique, Cass. soc. 6 février 2001, *Bull. civ. V*, n°43, *D.* 2001, p. 2167, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; Cass. soc. 31 mars 2005, *Bull. civ. V*, n°110.

³⁹⁶ Ch. CHOUKROUN, « La grève et le contrat de travail ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), Paris, LGDJ, 1960, p. 145.

³⁹⁷ Cass. soc. 1^{er} avril 2003, n°00-44902, *Dr. soc.* 2003, p. 770, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc. 9 mai 2006, n°04-44929, *JCP S* 2006, n°36, p. 24, note C. PIZZIO-DELAPORTE,.

³⁹⁸ Cass. com. 1^{er} décembre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 392, *RTD civ.* 1993, p. 578, obs. J. MESTRE.

exclusive, ni même avant-gardiste du régime de la suspension, fournit un substrat théorique propre à éclairer l'examen prétorien. Plusieurs propositions ont en effet pu être formulées, s'attachant aux origines respectives des obligations litigieuses³⁹⁹, à leur nature⁴⁰⁰, leur importance⁴⁰¹ ou encore à leur fréquence⁴⁰².

642. Par-delà l'hétérogénéité des qualificatifs employés par la doctrine, il semble possible de réaliser une synthèse de ces opinions autour d'un critère d'utilité tourné vers l'avenir⁴⁰³. Qu'elles soient principales, continues, qu'elles trouvent leur source dans la loi ou participent d'une logique institutionnelle faisant appel aux notions de devoirs et de pouvoirs, chacune de ces obligations à l'exécution maintenue pendant la suspension répond en effet à un impératif d'utilité future du contrat⁴⁰⁴. En d'autres termes, ne continuent de produire leurs effets que les obligations concourant à la réactivation du contrat sans diminuer considérablement son intérêt futur pour l'un des contractants⁴⁰⁵.

643. La suspension s'affirme ici comme l'instrument d'une pérennité contractuelle⁴⁰⁶, soutenue par le regard prospectif du juge sur l'exécution durable et efficace de la

³⁹⁹ « On doit ainsi distinguer les effets généraux des contrats, assimilables à des règles comportementales, qui s'imposent à tous les contractants par le seul effet de la loi, quelle que soit la qualification du contrat conclu, de l'efficacité spécifique du type de contrat créé qui est seule susceptible d'être affectée, en tout ou partie, par la cause de suspension », M. LATINA, J.-Cl., Contrats - Distribution, Fasc. 171 : Suspension du contrat, juillet 2010, n°32.

⁴⁰⁰ « il semble logique de distinguer nettement ce qui est obligations et droits contractuels – qui devraient faire l'objet de suspension – de ce qui est pouvoirs et devoirs de nature institutionnelle qui ne feraient point l'objet de suspension », J. PÉLISSIER, « Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail », in *Mélanges Brun*, Librairie sociale et économique, Paris, 1974, p. 430.

⁴⁰¹ « Lors de la suspension du contrat, le salarié comme l'employeur sont en principe dispensés d'exécuter leur obligation principale. Mais, au contraire, certaines obligations sont toujours exigibles : les obligations accessoires », L. FIN-LANGER, *Rep. travail*, Dalloz, 2013, n°65.

⁴⁰² « la suspension du contrat de travail se traduit donc dans ses effets par la disparition des obligations discontinues découlant du lien de subordination et par le maintien des obligations continues découlant de la seule permanence contractuelle », J.-M. BÉRAUD, *op. cit.*, p. 146.

⁴⁰³ Confronté à un cas de force majeure temporaire, le débiteur empêché doit s'employer à faire cesser l'impossibilité momentanée d'exécution, P.-H. ANTONMATTEI, *op. cit.*, n°321

⁴⁰⁴ J. TREILLARD, *op. cit.*, pp. 83 et 86. « Les contractants ne doivent rien faire qui puissent attenter à la vie du contrat mais au contraire prendre des mesures pour assurer sa survie », J.-M. BÉRAUD, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁰⁵ P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1992, tome 220, n°312 ; ce qui explique que les premières décisions ayant consacré le mécanisme de la suspension indiquaient que celle-ci n'était envisageable que dans les situations où « les parties n'[avaient] pas fait des époques de livraison déterminées (...) une condition essentielle des ventes », Cass. req. 13 février 1872, cité par M. LATINA, *op. cit.*, n°19.

⁴⁰⁶ « Pour assurer la stabilité du rapport contractuel, la suspension procède en deux étapes. Elle opère d'abord un sauvetage du contrat, en se présentant comme le biais qui empêche le contrat de disparaître immédiatement. Mais ce rôle protecteur doit se poursuivre. La suspension doit aller plus loin et tirer les conséquences de ce

convention⁴⁰⁷. Le critère de l'utilité future du contrat coïncide en outre parfaitement avec la nature provisoire de la suspension, elle-même fondée sur le caractère temporaire de l'événement empêchant l'exécution de l'engagement⁴⁰⁸. Tout comme l'animal chez qui la réactivité constante du système nerveux permet d'échapper à la mort et de quitter au moment opportun l'état d'hibernation⁴⁰⁹, l'éveil permanent des obligations garantes de l'utilité future de l'engagement contribue à assurer les conditions indispensables à la reprise de l'exécution du contrat. Justifiant la vigueur de certaines obligations, l'utilité de l'engagement joue également un rôle de premier plan dans le maintien de la force obligatoire du contrat.

B. Le maintien de la force obligatoire du contrat

644. Distincte de la résiliation, la suspension ne rompt pas le contrat. Le maintien de sa force obligatoire explique, notamment, le transfert du contrat de travail suspendu en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur⁴¹⁰, ou encore, selon les circonstances, la prise en compte des périodes de suspension dans le calcul de l'ancienneté du salarié⁴¹¹. La permanence du lien contractuel ne signifie pas pour autant sa sanctuarisation : la protection offerte au débiteur empêché doit être conciliée avec la légitime protection des intérêts du créancier de la prestation inexécutée⁴¹². Guidée par l'utilité future du contrat, la délimitation prétorienne des effets de la suspension se signale tant par son impact sur la durée de

maintien du contrat : elle doit assurer la pérennité des effets du contrat, malgré l'inexécution qui a interrompu le rythme des rapports des deux contractants », J. TREILLARD, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁰⁷ A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°138.

⁴⁰⁸ « le mécanisme de la suspension témoigne de la conscience et de la volonté des parties d'arrêter momentanément l'écoulement du temps contractuel afin d'apurer une situation qui risquerait d'aboutir à l'échec inévitable de la relation contractuelle », A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *op. cit.*, n°113.

⁴⁰⁹ « Quand la température ambiante descend vers 0°C ou au dessous, certains animaux hibernant meurent. Mais d'autres peuvent réagir et ce de deux façons qui montrent clairement, l'une comme l'autre, l'intégrité de leur système nerveux. Soit ils se réveillent et retrouvent une activité complète, soit ils résistent au refroidissement du corps en augmentant la production de chaleur et en maintenant ainsi la température de leur corps à un niveau qui reste bas, autour de 5° », K. SCHMIDT-NIELSEN, *op. cit.*, p. 283.

⁴¹⁰ Par exemple, Cass. soc. 30 octobre 2001, n°99-45300, RJS 2002, n°102, « sauf convention contraire, le contrat de travail du salarié devenu mandataire social et qui cesse d'être lié à la société par un lien de subordination est suspendu pendant la durée du mandat social, et se poursuit de plein droit avec le cessionnaire de l'entreprise après l'adoption d'un plan de cession ».

⁴¹¹ Sur les variations de cette assimilation selon la nature de l'absence, voir L. FIN-LANGER, *Rep. travail*, Dalloz, 2013, n°148 et s.

⁴¹² P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1992, tome 220, n°312.

l'engagement (1), qu'au travers des atteintes à la stabilité du contrat qu'elle pourra finalement autoriser (2).

1. Les effets de la suspension sur la durée du contrat

645. L'article L. 1243-6 du Code du travail dispose que « *la suspension du contrat de travail à durée déterminée ne fait pas obstacle à l'échéance du terme* »⁴¹³. Si la solution retenue par le législateur en droit du travail mérite d'être transposée en dehors de la discipline, il convient cependant de bien cerner les hypothèses dans lesquelles son application doit être encouragée. S'agissant des contrats à durée déterminée, la chambre sociale reconnaît en effet que dans certaines situations, la finalité du terme justifie un report de la durée du contrat à due concurrence de la portion non exécutée. C'est le cas en matière de période d'essai : parce qu'elle a précisément pour objectif de tester les capacités du salarié, celle-ci suppose l'accomplissement d'un travail effectif. Le terme de l'essai doit alors être entendu comme indiquant une durée de travail et non comme une échéance dont le dépassement ferait perdre toute utilité à l'engagement⁴¹⁴. En ce sens, la Cour de cassation considère que l'indisponibilité du salarié en raison de sa maladie⁴¹⁵, du fait d'un accident du travail⁴¹⁶, voire d'un congé sans solde⁴¹⁷, peut justifier le report du terme de l'essai⁴¹⁸. De la même manière, le caractère préfix du préavis de licenciement ne fait pas obstacle à sa suspension en cas d'arrêts de travail dus à un accident du travail ou une maladie professionnelle⁴¹⁹. L'institution d'un tel délai ayant pour but de permettre au salarié de rechercher un emploi, la jurisprudence tient compte de

⁴¹³ Antérieurement, l'article 2 de la loi du 22 novembre 1918 disposait que dans le cas où le salarié était mobilisé, le contrat à durée déterminée devait reprendre pour la durée qui restait à courir au jour de son appel sous les drapeaux ; dans un souci de protéger l'effort patriotique, « *on créait donc de toutes pièces une suspension rétroactive qui permet de sauver un contrat qui était incontestablement arrivé à terme* », J. TREILLARD, « De la suspension des contrats ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), Paris, LGDJ, 1960, p. 94.

⁴¹⁴ « *Si (...) le terme a été conçu par les parties comme indiquant la quantité de travail qui devait être effectuée, peu important les délais de cette exécution, le report du terme d'une durée égale à la suspension sera nécessaire au respect des stipulations contractuelles* », J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail. Essai d'une théorie générale*, thèse Lyon, 1979, p. 40, notons que l'auteur raisonne ici dans le cadre d'une suspension motivée par l'existence d'un cas de force majeure temporaire.

⁴¹⁵ Cass. soc. 29 mai 1986, n°83-46133.

⁴¹⁶ Cass. soc. 12 janvier 1993, n°88-44572.

⁴¹⁷ Cass. soc. 23 mai 2007, n°06-41338.

⁴¹⁸ La solution étant par ailleurs susceptible d'éclairer l'impact d'une inexécution licite sur la durée de la période d'essai en général, et pas seulement en droit du travail, voir S. TOURNAUX, *L'essai en droit privé. Contribution à l'étude de l'influence sur droit du travail sur le droit privé*, LGDJ - Bibliothèque de droit social, Paris, 2011, tome 54, n°403 et s.

⁴¹⁹ Cass. soc. 18 juillet 1996, n°93-43581, *Bull. civ.* V, n°299, *D.* 1998 somm., p. 253, obs. A. LYON-CAEN ; Cass. soc. 15 février 2006, n°04-42822, *RJS* 2006, n°556.

l'incapacité dans laquelle se trouve l'individu de se livrer à pareille prospection. Par ces illustrations, le droit du travail invite donc à différencier les cas où le terme se rapporte à la quotité de la prestation convenue ou de la prérogative accordée, de ceux pour lesquels il joue le rôle de limite temporelle à la convention.

646. Ainsi, lorsque le terme vise la date au-delà de laquelle les relations de travail doivent cesser, il est logique que la suspension n'entraîne pas une prorogation de la durée de l'engagement. Tout d'abord, la suspension qui fait écho à un objectif de pérennité se distingue de la suspension découlant de l'exception d'inexécution, tant dans ses caractéristiques⁴²⁰, que du point de vue des objectifs poursuivis : « *le premier type de suspension s'oppose donc au report alors que, dans son principe, le second le suppose* »⁴²¹. Ensuite, bien que certains auteurs paraissent regretter que la règle aboutisse à une résiliation anticipée de la convention⁴²², la rigueur apparente du texte s'appuie là encore sur des considérations d'utilité du contrat. Tel que le souligne le conseiller Béraud, quand « *la possibilité d'exécution peut être envisagée pour une date que n'exclut pas la convention des parties, la force majeure produira un effet suspensif, sinon elle conduira à la rupture du contrat, son maintien étant dans cette hypothèse inutile* »⁴²³. Dit autrement, et sauf à admettre que le choix de la date fixée comme terme n'a pas eu une importance prépondérante dans l'esprit des parties⁴²⁴, le contrat à durée déterminée est un contrat dont l'utilité connaît elle aussi une durée déterminée.

647. Le raisonnement vaut également pour les contrats à durée indéterminée. En l'absence d'échéance, l'incidence de la suspension sur la durée de ce type d'engagement dépend de la

⁴²⁰ « Dans la première conception, la suspension suppose que l'exécution du contrat ne soit pas exigible du débiteur, alors que dans la seconde, l'exigibilité des obligations du débiteur est une condition nécessaire de la suspension des obligations du créancier », J.-M. BÉRAUD, *ibidem*.

⁴²¹ J.-M. BÉRAUD, *ibid.*

⁴²² « (...) si la convention arrive à échéance pendant la suspension, l'exécution du contrat devient impossible. Dans ce cas, il semble qu'un tel mécanisme aboutisse à une résiliation anticipée de la convention et ne réponde plus aux objectifs de maintien efficace du contrat dans le temps », A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°116.

⁴²³ J.-M. BÉRAUD, *op. cit.*, p. 43, « il ne servirait en effet à rien de maintenir la convention dès lors que l'on est certain que l'exécution ne redeviendra possible qu'à une date où elle aura cessé d'être due » ; dans le même sens, J. TREILLARD, *op. cit.*, p. 92, « si (...) la suspension expire après la date limite où le contrat aurait normalement pris fin, on admettra facilement que le contrat a perdu toute chance d'exécution », l'auteur rappelle deux arrêts des 19 juillet et 22 novembre 1872 par lesquels le Conseil d'État considéra que l'exécution tardive de contrats de fournitures de denrées destinées à une population assiégée ne présentait plus aucun intérêt dès lors que le siège était terminé.

⁴²⁴ J. LEPARGNEUR, *La prorogation des contrats à exécution successive après un cas de force majeure et particulièrement à la suite de la guerre de 1914*, thèse Paris, LGDJ, 1920, p. 44, cité par A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *op. cit.*, p. 124.

subsistance de l'événement à l'origine de l'inexécution⁴²⁵. Il appartiendra alors au juge d'en mesurer les conséquences⁴²⁶, conscient que la longueur de la suspension est souvent inversement proportionnelle à la conservation d'une utilité future de l'engagement⁴²⁷. Si cette dernière venait à disparaître, la suspension ne présenterait plus d'intérêt et céderait alors la place à la résiliation mettant un terme à la stabilité du contrat.

2. Les effets de la suspension sur la stabilité du contrat

648. Provisoire de par la nature temporaire de l'événement qui en est à l'origine, la suspension du contrat est toute entière tournée vers une réactivation complète du contenu contractuel. Cependant, il ne suffit pas d'estimer possible la reprise ultérieure de l'exécution, il faut encore s'assurer du caractère utile de cette reprise⁴²⁸. Faute de présenter les signes d'une utilité future, la convention inexécutée ne sera pas suspendue mais devra, à l'inverse, être résiliée⁴²⁹. À moins bien sûr, que les parties ne s'entendent sur une modification de l'engagement destinée à adapter le contenu obligationnel à l'impossibilité d'exécution.

649. Des dispositifs sont certes prévus par le Code du travail afin de pallier les conséquences de la suspension sur l'intérêt de l'entreprise et éviter le licenciement vu comme un *ultimum remedium*. L'article L. 1242-2 du Code du travail autorise ainsi l'employeur à conclure un contrat de travail à durée déterminée pour remplacer un salarié en cas d'absence, de suspension de son contrat de travail⁴³⁰ ; dans les mêmes circonstances, l'article L. 1251-6 prévoit que l'employeur pourra recourir à des entreprises de travail temporaire. Nonobstant, le droit du travail conçoit parfaitement une telle faculté de résiliation lorsque la durée de

⁴²⁵ « Si la suspension ne fait pas l'objet d'une prévision particulière des parties, il faut admettre, en pareil cas, qu'elle durera tant que subsistera l'événement qui en a été la cause », J.-F. ARTZ, « La suspension du contrat à exécution successive ». *D.* 1979, chron., p. 102.

⁴²⁶ J.-F. ARTZ, *ibidem*, soulignant le « large pouvoir d'interprétation » dont disposera le juge à cette occasion.

⁴²⁷ Ainsi que le soulignait Carbonnier, « les ressorts psychiques se rouillent dans le temps suspendu », J. CARBONNIER, *Droit civil - Les biens - Les obligations*, PUF, Quadrige, Paris, 22^e éd., 2004, n° 1, § 197, p. 357.

⁴²⁸ M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, n° 345 ; *comp.* lorsque l'inexécution est consécutive à un cas de force majeure temporaire, L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, thèse Paris 1, Economica, 2011, tome 26, n°612, la suspension répond à la situation où « l'imprévu laisse subsister une part résiduelle d'utilité, tenant à l'espoir que la paralysie ne soit que temporaire ».

⁴²⁹ Nous reviendrons plus en détail sur le rôle et l'importance du critère de l'utilité au moment d'étudier l'encadrement des ruptures de l'acte juridique, voir *infra*, n°822 et s., spé. n°857.

⁴³⁰ Toutefois, afin de protéger l'exercice du droit de grève, l'article L. 1242-6 interdit le recours à un contrat de travail à durée déterminée pour remplacer un salarié gréviste ; l'article L. 1251-10 proscriit à l'identique l'emploi de travailleurs intérimaires.

l'inexécution ou les facteurs économiques imposent à l'employeur de procéder au remplacement du salarié, voire à la suppression de son poste de travail⁴³¹, à condition toutefois que la rupture soit motivée par une cause étrangère à la suspension⁴³². Le licenciement fondé sur une absence légitime, entendue comme non fautive, sera déclaré sans cause réelle et sérieuse⁴³³, voire discriminatoire si, par exemple, l'employeur évoque l'état de santé du salarié pour rompre le contrat de travail⁴³⁴. En revanche, un salarié malade peut valablement être licencié dès lors que les motifs de rupture démontrent que les absences de l'intéressé perturbent le fonctionnement de l'entreprise et rendent nécessaire le remplacement du salarié⁴³⁵. Ces solutions contribuent à structurer le régime de la suspension en droit privé, au-delà de la seule relation de travail. De la sauvegarde de l'exercice d'un droit protégé à la lutte contre des motifs de rupture discriminatoires, les conditions de son admission érigées par le droit du travail peuvent constituer une source d'inspiration pour une théorie générale de la suspension en particulier, et de l'acte juridique en général.

⁴³¹ « Le maintien d'un contrat inexécuté du fait du salarié étant, en principe, inutile pour son cocontractant, l'employeur cherchera d'une manière ou d'une autre à obtenir la rupture de ce contrat », J.-M. BÉRAUD, *op. cit.*, p. 277.

⁴³² J.-M. BÉRAUD, *op. cit.*, p. 273 et s., « le maintien du droit de résiliation unilatérale paraît incontestable lorsque son exercice est fondé sur un motif étranger à la suspension » ; en ce sens, Cass. soc. 18 octobre 1989, n°87-45724, *Bull. civ. V*, n°602.

⁴³³ Par exemple, Cass. soc. 13 décembre 2007, n°06-46302.

⁴³⁴ L'article L. 1132-1 du Code du travail dispose en ce sens qu' « (...) aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte (...) en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».

⁴³⁵ Cass. soc. 13 mars 2001, n° 99-40.110, *Bull. civ. V*, n° 84 ; plus largement voir S. BOURGEOT et J.-Y. FROUIN, « Maladie et inaptitude du salarié ». *RJS* 2000, p. 3 ; précisons qu'aux termes de l'article L. 1225-4 du Code du travail, « aucun employeur ne peut résilier le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit en application du congé maternité, qu'elle use ou non de ce droit, ainsi que pendant les quatre semaines qui suivent l'expiration de ces périodes. Toutefois, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement. Dans ce cas, la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les périodes de suspension du contrat de travail mentionnées au premier alinéa ».

Conclusion du chapitre

650. L'adaptation du contrat revêt une importance cardinale dans la recherche de pérennité de l'acte juridique. À travers la révision du contrat pour imprévision et sa suspension dans les cas où son exécution rencontre un obstacle légitime, l'adaptation de l'engagement comprend une dimension judiciaire essentielle en matière de relations caractérisées par un déséquilibre de puissance économique. Toute collaboration spontanée des cocontractants ne doit certes pas être exclue. Néanmoins, demeure la crainte qu'une telle inégalité connaisse des répercussions en cas de changement de circonstances, mettant à mal l'opération voulue par les parties. La propension de chacune à s'efforcer de sauver l'engagement peut ainsi varier considérablement selon la valeur patrimoniale prêtée au contrat par l'un et l'autre des partenaires.

651. Concernant la révision du contrat pour imprévision, l'adaptation qui en résulte peut légitimement s'appuyer sur le maintien de l'équilibre initial des prestations afin de dépasser l'obstacle tenant à l'intangibilité du contrat. Conforté par le droit comparé, aussi bien au regard des législations étrangères qu'à l'aune des pratiques du droit administratif français, l'exemple travailliste éclairait un possible fondement juridique de la révision. L'admission exceptionnelle de la lésion en droit privé, tout comme la disparition du contrat attachée à la caducité de l'acte juridique, rendaient difficile la mobilisation de la cause au service d'une redéfinition du contenu obligationnel consécutive à un changement de circonstances. En revanche, le recours à la bonne foi, tel qu'illustré par le droit du travail, aurait pu permettre de diffuser une obligation d'adaptation en droit des contrats, si le législateur n'avait pas, à la surprise de beaucoup, décidé d'introduire un mécanisme de révision dans le Code civil.

652. Au plan des modalités, l'appréciation judiciaire du déséquilibre pourrait procéder de l'identification d'une rupture fondamentale avec l'économie générale du contrat initialement conçue par les parties. Celle-ci devrait découler directement d'un fait générateur indépendant de la volonté du contractant lésé sur le modèle, ici, des critères retenus par les Principes Unidroit. Le traitement du déséquilibre, subordonné à l'échec de la renégociation *inter partes*, s'incarnerait dans un partage équitable de l'effort d'adaptation. Si elle s'avère possible, la révision judiciaire du contrat emporterait ainsi son maintien ; à défaut, l'impossibilité d'adaptation devra conduire le juge à prononcer la caducité de l'engagement.

653. S'agissant de la suspension, l'emploi de la technique en droit du travail donne matière à réflexion pour la délimitation de son domaine et de ses effets. Deux types de causes peuvent en effet être isolés, selon que la suspension résulte d'une impossibilité ou d'un refus, tous deux momentanés, d'exécuter le contrat.

654. Au titre de la première, la conception que le droit du travail retient de la contrainte varie selon les situations, et ce, de manière à privilégier la suspension du contrat par rapport à sa rupture. Ainsi, la chambre sociale apprécie avec rigueur les caractéristiques de la force majeure à chaque fois que la notion est invoquée au soutien d'une rupture du contrat. À l'inverse, les juges du travail se réfèrent à l'existence d'une situation contraignante provoquant la suspension des contrats de travail en cours, dans des hypothèses où l'absence d'extériorité et d'imprévisibilité du fait générateur de l'impossibilité interdirait la qualification de force majeure. Il en va différemment de l'analyse civiliste où l'événement qui compromet l'exécution de l'engagement doit revêtir les caractères de la force majeure temporaire.

655. Concernant la suspension consécutive au choix de ne pas exécuter le contrat, il semble que les solutions développées par le droit du travail soient difficilement envisageables en dehors de la discipline. L'inexécution volontaire légitimée par l'exercice d'un droit protégé paraît ne devoir prospérer qu'en présence de prérogatives dont la mise en œuvre est indissociable de la cessation de la prestation prévue par le contrat de travail. De la grève à la prise de congés circonstanciés, la suspension repose systématiquement sur une disposition légale spécifique et propre au Code du travail. C'est encore le particularisme de la relation de travail qui conduit à juger délicate la traduction, en droit civil, de la logique présidant à la suspension du contrat de travail en cas de cumul illicite avec un mandat social. Sanctionnant la disparition du lien de subordination juridique, peu concevable en dehors du travail salarié, la suspension est dans le même temps justifiée par la réunion de deux conditions limitant les perspectives de diffusion de la technique : une incompatibilité entre deux actes juridiques successifs et la volonté des parties de ne pas rompre l'engagement premier dont l'exécution est rendue impossible par la conclusion du second.

656. L'apport du droit du travail à la détermination des effets de la suspension comprend quant à lui deux dimensions, l'hibernation du contenu obligationnel du contrat d'une part, et le maintien de sa force obligatoire d'autre part. La léthargie dans laquelle est plongé le contrat se traduit, à l'instar des mammifères qui hibernent, par une mise en sommeil de ses principaux effets juridiques. Toutefois, les obligations dont l'accomplissement participe à la sauvegarde de l'utilité future de l'engagement, dans la perspective d'une reprise prochaine de son exécution, ne sont pas affectées par cette torpeur. La justification du maintien de sa force obligatoire fait elle aussi appel à des considérations d'utilité de la convention. La suspension n'entraîne pas une prorogation de la durée du contrat dans l'hypothèse où celui-ci est conclu à durée déterminée. Il en va autrement lorsque la limite temporelle s'applique à la quotité de la prestation convenue et pour laquelle la portion non exécutée mérite d'être reportée, comme par exemple en présence d'une période d'essai.

657. Enfin, la suspension n'est pas synonyme d'intangibilité du contrat. Son maintien est indissociablement lié à la conservation d'un intérêt futur pour les parties, autrement dit, à la possibilité d'une reprise d'exécution utile. À défaut, le juge prononcera sa caducité. Les adaptations supplétives de l'accord des parties se heurtent ainsi à des obstacles parfois insurmontables, ce qui conduit à considérer les nombreuses hypothèses dans lesquelles l'ajustement du contenu obligationnel en fonction des évolutions de l'environnement contractuel procède directement de la volonté commune des cocontractants. Le droit du travail offre alors quelques instruments utiles au contrôle de ces adaptations conventionnelles, quoique de manière probablement plus contrastée qu'en matière d'adaptations supplétives de l'accord des parties.

Chapitre 2 : L'apport du droit du travail au contrôle des adaptations nées de l'accord des parties

658. Instrument de prévision par excellence, le contrat et, singulièrement, le contrat à exécution successive, doit parfois s'adapter à l'évolution de son environnement s'il entend durer. Ce sont le plus souvent les fluctuations des données économiques qui mobilisent l'attention des parties, lesquelles peuvent alors convenir d'introduire dans le contrat des mécanismes capables de réduire l'impact de ces mutations sur l'équilibre initial de l'engagement : on peut parler d'une adaptation « anticipée », à l'image des clauses de variation associées à la catégorie des prérogatives contractuelles¹.

659. À défaut de stipulations en amont permettant d'ajuster le contenu obligationnel du contrat, son adaptation aux circonstances nouvelles peut s'opérer d'un commun accord des parties lors de la phase d'exécution, à travers, par exemple, la modification de la convention. L'adaptation présentera ici un caractère que l'on peut qualifier de « spontané », pour mieux la distinguer de la première hypothèse. Contrairement à la stipulation d'une clause de variation qui s'inscrit dans une logique d'anticipation, les techniques d'adaptations spontanées se rattachent plus volontiers au domaine de la réaction. Peuvent ainsi être qualifiées de « spontanées » les adaptations de l'engagement entreprises par les parties en dehors de tout dispositif préexistant, aux moyens de techniques comme la modification, la novation ou la cession du contrat. Notre propos se cantonnera à l'étude des deux premières.

¹ « Observée comme la technique investissant l'une des parties de la possibilité de modifier unilatéralement la situation contractuelle de son partenaire, la prérogative contractuelle s'affiche comme l'instrument privilégié dont l'exercice est de nature à permettre une certaine flexibilité de l'accord », J. RAYNARD, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement ». in *Les prérogatives contractuelles*, actes du colloque du 30 novembre 2010, RDC 2011, p. 705. Dans le même sens, M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 301, spé. n°3, « pour que le contrat puisse dérouler ses effets dans le temps, il a fallu trouver des mécanismes pour assurer son adaptation. S'il en avait gardé les principes classiques, il aurait toujours fallu un accord des deux parties, non seulement pour sortir du contrat, mais également pour le modifier ou encore le céder. Or une telle exigence est si élevée que le contrat n'aurait guère de chance de pouvoir s'adapter et donc de durer. C'est sans doute ce qui explique la place accrue de l'unilatéralisme en droit des contrats qui a été récemment relevés par la doctrine. Il faut laisser un certain pouvoir unilatéral à chaque contractant pour assurer l'adaptation du contrat au changement de circonstances et donc permettre la survie de celui-ci ». Nous aurions pu ainsi traiter des clauses de variation au titre des adaptations nées de l'accord des parties, mais nous avons estimé plus pertinent de les envisager concomitamment à l'étude des phénomènes de pouvoir dans l'engagement conventionnel ; le pouvoir accordé par ces clauses nous a semblé constituer le caractère le plus saillant de leur physiologie.

660. Cela n'empêche pas de reconnaître qu'en mettant l'accent sur la valeur patrimoniale du contrat², la cession contribue à sa pérennité³. Opération ayant pour objet le remplacement d'une partie par un tiers en cours de l'exécution du contrat⁴, la cession de contrat telle qu'appréhendue par le droit du travail ne présente pas de spécificités propres à éclairer sa pratique au sein des autres branches du droit. Le terme même de « cession » y est du reste peu employé, dans la mesure où la discipline lui préfère celui de « transfert du contrat de travail », qu'il s'agisse d'un transfert légal, lorsque la cession est imposée par la loi suite à une modification dans la situation juridique de l'employeur⁵, ou d'un transfert volontaire à l'occasion d'une cession à laquelle le salarié consent⁶.

On peut admettre que le dépassement de l'effet relatif des conventions consécutif au transfert légal du contrat de travail soit regardé comme un vecteur d'enrichissement de la théorie générale de l'acte juridique⁷. Néanmoins, le droit du travail ne détient ni la primauté⁸, ni l'exclusivité d'un pareil dispositif. De l'article L. 236-3 du Code de commerce relatif à la dissolution des sociétés⁹ aux lois spéciales prescrivant la cession de l'engagement¹⁰, le

² Ph. REMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions ». in *Le droit contemporain des contrats*, L. Cadet (dir.), Economica, 1987, p. 277, constatant « que le contrat, comme tous les biens, est transférable et qu'il n'y a pas là d'atteinte à la force obligatoire du contrat ni à sa relativité, mais l'occasion de constater que ces vieux principes sont toujours souples, donc toujours vivant ».

³ « La cession de contrat est donc avant toute une alternative sa résiliation, elle vise à rendre possible la poursuite du contrat avec un tiers devenu parti, elle permet d'assurer la pérennité de l'acte », J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires Septentrion, 1998, n°524.

⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois- Lextenso, Paris, , 4^e éd, 2009, n°779 ; voir plus largement L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, Paris, 1984.

⁵ L. 1224-1 du Code du travail dispose que « 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 ».

⁶ Cass. soc. 17 mars 1993, *Bull. civ.* V n° 88.

⁷ J. HAUSER, « L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique ». in *Mélanges Derruppé*, Litec, Paris, 1991, p. 7, voyant dans le transfert légal du contrat de travail une « belle illustration de l'influence de la théorie de l'entreprise, autrement rebaptisé, sur la théorie générale de l'acte juridique ».

⁸ Dès 1804 l'article 1743 du Code civil prévoit que « si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le métayer ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine », tandis que le transfert légal du contrat de travail est consacré par la loi du 21 juillet 1928 modifiant l'article 23 du Livre 1^{er} du Code du travail.

⁹ Aux termes de l'article L. 236-3 I du Code de commerce, « la fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion ou de scission ».

¹⁰ Par exemple, selon l'article L. 121-10 du Code des assurances, « en cas de décès de l'assuré ou d'aliénation de la chose assurée, l'assurance continue de plein droit au profit de l'héritier ou de l'acquéreur, à charge par

transfert légal de contrat opère dans un domaine suffisamment vaste pour, en outre, couvrir l'ensemble des hypothèses où, à l'image du salarié, l'individu est susceptible d'entretenir un rapport de dépendance au contrat qui justifie son maintien, nonobstant le changement d'identité de son cocontractant.

S'il peut exister des analyses spécifiques au contrat de travail, celles-ci concernent plus volontiers la modification du contrat et sa novation. Or, tandis que pour la première l'apport travailliste s'avère indésirable (**Section 1**), s'agissant de la seconde, c'est la vraisemblance même d'un quelconque apport qui apparaît contestable (**Section 2**).

celui-ci d'exécuter toutes les obligations dont l'assuré était tenu vis-à-vis de l'assureur en vertu du contrat » ; en cas de cession d'entreprise, l'article L. 621-88 du Code de commerce accorde au tribunal la possibilité d'ordonner au profit de l'acquéreur la cession « des contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité » ; l'article L. 132-15 du Code de la propriété intellectuelle précise qu'en cas « de cession de l'entreprise d'édition en application des articles L. 621-83 et suivants du code de commerce précité, l'acquéreur est tenu des obligations du cédant ».

Section 1 : L'apport indésirable du droit du travail à la modification du contrat

661. La modification s'entend de l'acte juridique par lequel les parties conviennent de changer, en cours d'exécution, un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie en maintenant le rapport contractuel¹¹, dès lors que demeure intacte la cause de l'engagement¹². Dans la relation de travail, comme en droit privé, la modification du contrat participe activement à l'adaptation de l'engagement aux éventuels changements de circonstances¹³. La figure de la modification, parce qu'elle constitue sous cet angle un moyen d'éviter la rupture du contrat¹⁴, est ainsi régulièrement associée à l'idée de pérennité contractuelle¹⁵.

662. En droit du travail, la modification est également appréhendée à l'aune d'une recherche de flexibilité dans la relation professionnelle¹⁶, au point que la discipline s'écarte parfois sensiblement de l'analyse contractuelle du mécanisme qui prévaut en droit civil. Tout d'abord, selon l'article L. 1222-6 du Code du travail, lorsque l'employeur propose au salarié de modifier le contrat de travail pour un motif économique, ce dernier dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus. À défaut, le salarié est réputé accepter la modification souhaitée par l'employeur, la flexibilité interne l'emportant sur l'application du droit commun des obligations¹⁷.

Le particularisme de l'approche travailliste se manifeste ensuite, et peut être encore davantage, dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, laquelle décide d'accorder à l'employeur un pouvoir de modification unilatérale de certains éléments

¹¹ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties. Etude de Droit civil français*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1980, tome 166, n°13.

¹² G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, tome II, Les obligations*, Sirey, Paris, 2^e éd., 1988, « on appellera modification l'opération survenue en cours d'exécution qui, sans mettre fin à l'obligation, introduit un changement dans l'un quelconque de ces éléments hormis sa cause ».

¹³ « (...) la modification des actes juridiques est une institution vivante absolument essentielle. Elle permet l'adaptation du contrat aux circonstances économiques qui seule permettent une stabilité réelle du rapport contractuel en rétablissant l'équilibre primitif rompu », J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires Septentrion, 1998, n°306.

¹⁴ « Mieux vaudrait modifier les termes du contrat postérieurement à sa conclusion que de risquer sa résolution ou sa résiliation faute de pouvoir être exécuté dans les termes mêmes dans lesquels il avait été conclu », G. PAISANT, « Introduction ». in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat, Dr. et patr.* 1998, p. 44.

¹⁵ A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°193 et s.

¹⁶ La flexibilité du contenu contractuel concourant d'une certaine façon à sa pérennité.

¹⁷ A. MAZEAUD, note sous Cass. soc. 8 avril 2009, *Dr. soc.* 2009, p. 813.

du contrat de travail¹⁸. En ce sens, la distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail a pour conséquence d'amputer le domaine de la modification de tout un pan des altérations du contrat de travail, auparavant soumis à son empire (I). Séduisante pour qui entendrait orienter vers plus de souplesse un droit de la modification du contrat jugé trop rigide¹⁹, les nombreuses incertitudes générées par la mise en œuvre de la *summa divisio* travailliste conduisent néanmoins à douter de l'opportunité de l'apport du droit du travail à la notion de modification du contrat (II).

I. L'amputation du domaine de la modification : la distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail

663. La distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail trouve son origine dans une importante évolution jurisprudentielle inaugurée par l'arrêt *Raquin*²⁰. Celui-ci fut l'occasion pour la chambre sociale de la Cour de cassation de rappeler les conséquences attachées à la nature contractuelle de la relation de travail et à sa soumission aux règles du droit commun²¹. Dans cette décision devenue célèbre, du 8 octobre 1987, la Cour imposait de recueillir l'accord express du salarié préalablement à tout changement important apporté aux modalités d'exécution du contrat de travail²², l'acceptation de la modification ne pouvant être déduite de la poursuite de la relation de travail aux conditions nouvellement fixées par l'employeur²³. Simultanément, la chambre sociale veillait à concilier, d'une part, la sauvegarde des marges de manoeuvre de l'employeur dans l'adaptation de la relation de travail aux fluctuations de l'environnement économique avec, d'autre part, le respect des règles issus du droit commun des contrats²⁴, en distinguant modifications

¹⁸ Cass. Soc. 10 juillet 1996, *Bull. civ.* V, n°278, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2008, n°50.

¹⁹ J.-P. CHAZAL, « Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ? ». note sous Cass. Soc. 3 juin 2003, *RDC* 2004, p. 237.

²⁰ Restituant cette évolution, voir notamment P. LOKIEC, *Droit du travail. tome 1 : Les relations individuelles de travail*, PUF, Paris, 1^{re} éd., 2011, n°225 et s. ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°591 et s. ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, n°828 et s.

²¹ C. trav. art. L. 1221-1.

²² Réserve faite des modifications proposées dans le cadre de l'article L. 1222-6 du Code du travail précité, cadre que la Cour de cassation interprète cependant de manière stricte, voir par exemple Cass. soc. 17 mai 2006, n°04-43551, *RDT* 2006, p. 100, obs. Ph. WAQUET.

²³ Cass. soc. 8 octobre 1987, *Bull. civ.* V, n°541, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, n°49 ; D. 1988, p. 57, note Y. SAINT-JOURS.

²⁴ Sur cette démarche conciliatrice, voir J. SAVATIER, « Modifications unilatérales du contrat de travail et respect des engagements contractuels ». *Dr. soc.* 1988, p. 136.

substantielles et modifications non substantielles. Tandis que les premières exigeaient le consentement du salarié²⁵, les secondes pouvaient lui être imposées, leur refus étant par ailleurs de nature à justifier une sanction disciplinaire allant jusqu'au licenciement²⁶.

664. Par-delà les difficultés pratiques liées à la détermination du caractère substantiel ou non substantiel du changement apporté, la solution suscitait une forte critique au plan des principes contractuels mis à rude épreuve. Comme le souligne le Professeur Antoine Mazeaud, « *il est oiseux de se demander si telle modification est substantielle ou non. La modification est ou n'est pas* »²⁷. Par un arrêt du 10 juillet 1996, la Cour de cassation substituait à cette distinction une nouvelle ligne de partition entre, d'un côté, les adaptations du contenu obligationnel résultant d'une modification du contrat de travail et de l'autre, celles procédant d'un changement des conditions de travail²⁸. La modification demeure dans le giron de la logique civiliste en exigeant le consentement du salarié ; en revanche, échappent à son domaine, et par conséquent à son régime, les mutations des éléments de la relation professionnelle relevant des conditions de travail. Pour ces dernières, l'approche contractuelle cède la place au pouvoir de direction de l'employeur qui peut alors agir sur leur substance de manière unilatérale. Que la nouvelle *summa divisio* puisse être approuvée par certains au regard de sa cohérence²⁹, n'empêche pas de regretter les incertitudes inhérentes à cette amputation du domaine de la modification.

²⁵ Cass. Soc. 21 janvier 1988, *Bull. civ.* V, n°58.

²⁶ Cass. Soc. 26 janvier 1978, n°75-15675.

²⁷ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, n°830.

²⁸ Cass. Soc. 10 juillet 1996, *Bull. civ.* V, n°278, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2008, n°50 ; Ph. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail ». *RJS* 1996, p. 791.

²⁹ La distinction traduit en effet « *une nouvelle approche du rapport de travail. Toute modification du contrat de travail, aussi modeste soit-elle, ne peut intervenir qu'avec l'accord des deux parties. En revanche, l'exécution du contrat est placée sous le signe de la subordination du salarié à l'employeur, et à ce titre celui-ci peut modifier "les conditions de travail". La question devient alors de séparer ce que le contrat a fixé et ce qu'il a laissé au pouvoir de l'employeur* », G. AUZERO, E. DOCKÈS, *op. cit.*, n°591.

II. Une amputation aux contours incertains

665. L'incertitude attachée à la mise en œuvre de la distinction se manifeste par le caractère souvent hasardeux des solutions consacrées sur son fondement (A). L'évanescence de la frontière ainsi établie entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail rend périlleuse l'horizon d'une transposition de la distinction en droit civil (B).

A. Les manifestations d'une distinction hasardeuse en droit du travail

666. Le manque de clarté de la distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail se signale à deux égards : une délimitation fluctuante du bloc contractuel (1), combinée à un recours contestable à la notion de clause informative (2).

1. Une délimitation fluctuante du bloc contractuel

667. Destinée, entre autres objectifs³⁰, à soutenir la stabilité du bloc contractuel³¹, la *summa divisio* « modification du contrat » et « changement des conditions de travail » s'avère en pratique des plus fluctuantes. Loin d'établir une ligne de démarcation nette entre contrat de travail et pouvoir de direction³², l'analyse des décisions rendues par la chambre sociale conduit, à l'inverse, à penser qu'il n'existe aucun élément du contrat qui soit toujours contractuel³³. Alors que l'arrêt du 10 juillet 1996 manifestait la volonté de la Cour de cassation de retenir une nouvelle distinction, elle continue, dans une large mesure, à apprécier la nature du changement apporté à l'aune de son incidence sur la situation du salarié ; son arbitrage rappelle en cela l'ancienne partition entre modification substantielle et non substantielle du contrat de travail.

³⁰ Parmi lesquels l'assurance d'une plus grande sécurité juridique et le renforcement du pouvoir de direction de l'employeur, Ph. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail ». *RJS* 1996

³¹ Ph. WAQUET, *op. cit.*, p. 793.

³² Sur les difficultés pratiques de la distinction, voir par exemple P.-H. ANTONMATTEI, « Les éléments du contrat de travail ». *Dr. soc.* 1999, p. 330 ;

³³ « Tout droit ou obligation du salarié peut, selon les circonstances, être considéré comme un élément du contrat ou comme une simple condition de travail », J. PÉLISSIER, « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail ». in *Mélanges Couvrat*, PUF, Paris, 2001, p. 103.

668. Ainsi en est-il de l'horaire de travail. N'étant pas considéré comme un élément du socle contractuel³⁴, l'employeur est en principe autorisé à le modifier de manière unilatérale dans le cadre de son pouvoir de direction³⁵. Pourtant, nombreux sont les cas dans lesquels la Cour de cassation soumet l'altération de l'horaire de travail au régime de la modification. Outre le cas où l'horaire de travail est expressément contractualisé par les parties³⁶, la chambre sociale estime, par exemple, que constituent une modification du contrat le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit³⁷, la répartition du temps partiel sur trois jours au lieu de quatre³⁸, le passage d'un horaire continu à un horaire discontinu³⁹ ou encore la perte, une semaine sur deux, du repos hebdomadaire de deux jours consécutifs suite à une nouvelle répartition de la durée de travail⁴⁰. Dans chacune de ces hypothèses, le recours à la modification se justifie par l'importance du changement opéré par l'employeur⁴¹, au point que l'on puisse douter, malgré le changement terminologique, de l'abandon dans l'esprit des magistrats d'une appréciation fondée sur l'ancienne distinction entre modification substantielle et non substantielle du contrat de travail⁴².

669. Le constat est identique lorsque l'on s'intéresse aux tâches accomplies par le salarié. Selon le Professeur Antonmattei, le travail, appréhendé à travers les fonctions exercées par le salarié, est un élément du contrat de travail⁴³. Toutefois, si le changement des fonctions

³⁴ Cass. soc. 23 janvier 1985, n°83-41054, *D.* 1985, IR, p. 204, obs. G. LYON-CAEN ; Cass. soc. 8 juillet 1998, *Bull. civ. V*, n°67.

³⁵ Cass. soc. 22 février 2000, *Bull. civ. V*, n°234 ; Cass. soc. 8 novembre 2011, n°10-19339, *JCP S* 2012, 1159, note H.-K. GABA.

³⁶ Cass. soc. 5 mai 2009, n°07-43252 ; la Cour de cassation admet par ailleurs que cette intention peut résulter d'une longue pratique, Cass. soc. 23 janvier 2001, *Bull. civ. V*, n°19.

³⁷ Cass. soc. 19 février 1997, *Bull. civ. V*, n°74 ; Cass. soc. 7 avril 2004, *Bull. civ. V*, n°107.

³⁸ Cass. soc. 7 juillet 1998, *Bull. civ. V*, n°373.

³⁹ Cass. soc. 3 novembre 2011, *Bull. civ. V*, n°248.

⁴⁰ Cass. soc. 22 octobre 2003, n°01-42651.

⁴¹ En matière d'horaires de travail, « c'est donc l'importance de la modification qui détermine encore la qualification du changement apporté par l'employeur », P.-H. ANTONMATTEI, *op. cit.*, n°20.

⁴² « Ces décisions font irrésistiblement penser à celles qui étaient adoptées alors que les juges distinguaient les modifications substantielles et non substantielles : lorsque le changement est mineur, il s'agit d'une modification non substantielle que l'employeur peut imposer au salarié ; lorsque le changement est important, l'employeur doit obtenir l'acceptation du salarié pour que le changement puisse intervenir », J. PÉLISSIER, *op. cit.*, p. 104.

⁴³ « (...) le travail que doit effectuer le salarié est nécessairement un élément du contrat de travail. Ne serait-ce que parce qu'il en constitue l'objet, indépendamment, au demeurant, des acceptions retenues de l'objet du contrat de travail. (...) le travail effectué s'appréhende par les fonctions du salarié. Aussi, comprend-on que la modification de ces dernières est subordonnée à l'accord des parties », P.-H. ANTONMATTEI, *op. cit.*, n°12 ; voir également M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet ». in *Le travail en perspective*, A. Supiot (dir.), LGDJ, Paris, 1998, p. 101

occupées doit s'analyser en une modification du contrat⁴⁴, l'absence d'une définition précise de ces dernières rend incertaine la délimitation du socle contractuel, de surcroît lorsque la Cour de cassation entreprend de guider l'examen des juges du fond en recourant aux termes tout aussi équivoques de « qualification » ou de « niveau de responsabilité »⁴⁵. S'agissant de la qualification, pour ne retenir que ce paramètre, se dessine le principe selon lequel l'affectation à de nouvelles tâches correspondant à la qualification du salarié ne constitue pas une modification du contrat de travail⁴⁶. Réciproquement, l'accomplissement de tâches étrangères à la qualification emporte modification du contrat⁴⁷.

670. Reste encore à déterminer quelles peuvent être les tâches conformes à la qualification du salarié, entendue comme l'aptitude à occuper un emploi⁴⁸. La Cour de cassation considère qu'est constitutive d'une modification l'affectation à un poste exigeant des compétences étrangères à celles mobilisées dans le cadre de la qualification antérieure⁴⁹. Qu'en est-il, en revanche, lorsque le salarié se voit confier des tâches nouvelles, mais dont la réalisation ne pose aucune difficulté technique au regard de ces précédentes attributions ? Prenons l'exemple d'un jardinier auparavant versé dans l'art de l'horticulture et désormais affecté à la seule tonte des pelouses. La modification semble *a priori* exclue dès lors que tondre une pelouse n'a ici rien d'insurmontable pour celui qui sait faire naître les fleurs⁵⁰. Le raisonnement est en réalité plus complexe. Nécessaire mais pas suffisant, le respect de la qualification antérieure doit en effet être combiné avec d'autres aspects de la relation de travail, dont certains sont parfois très subjectifs, tels le niveau hiérarchique, les prérogatives ou le degré de responsabilité du salarié⁵¹ ; il s'agit ici de parer un éventuel déclassement. Ainsi, la Cour de cassation retient la modification du contrat de travail d'un cuisinier chef de

⁴⁴ Cass. soc. 2 mai 2000, n°98-40187 ; à propos d'un salarié en contact avec la clientèle affecté à une activité intérieure voir Cass. soc. 29 novembre 2001, n°10-19435.

⁴⁵ Le juge doit ainsi rechercher si le changement de fonctions n'entraîne pas une diminution des responsabilités du salarié et l'accomplissement de tâches inférieures à sa qualification, Cass. soc. 7 mars 2012, n°10-21231.

⁴⁶ Cass. soc. 24 avril 2001, n°98-44873 ; Cass. soc. 12 mai 2010, n°09-41008.

⁴⁷ Cass. soc. 8 avril 1998, n°95-43442.

⁴⁸ Définition proposée par Le Grand Robert de la Langue Française.

⁴⁹ A ainsi pu être qualifié de modification du contrat de travail le fait d'affecter un salarié d'une enseigne de bricolage au rayon bois après plusieurs années passées au rayon sanitaire, Cass. soc. 27 février 2007, n°05-43335 ; rappelons que pour la Cour de cassation la qualification correspond non pas aux diplômes ou titres détenus par le salarié mais à l'emploi précédemment occupé, à la qualification prévue par la convention collective ou le contrat de travail, Cass. soc. 27 juin 2012, n°10-28328.

⁵⁰ Conformément à l'adage selon lequel « *qui peut le plus, peut le moins* ».

⁵¹ Par exemple, Cass. soc. 6 avril 2011, n°09-66818, D. 2011, IR, p. 1145, obs. L. PERRIN.

laboratoire affecté à un poste de cuisinier de brasserie, celui-ci ayant perdu l'élément de recherche qui caractérisait ses anciennes fonctions⁵².

671. Les arrêts de cour d'appel témoignent de ce que les critères d'appréciation du juge sont parfois encore plus diffus. Dans une décision du 6 mai 2008, les magistrats bordelais étaient invités à se prononcer sur les conditions d'exécution du contrat de travail de Monsieur Élie Baup, alors entraîneur des Girondins de Bordeaux⁵³. À la suite de mauvais résultats sportifs et du départ de l'entraîneur principal, le club avait décidé de réorganiser l'encadrement de l'équipe et avait proposé à Monsieur Baup, dont le poste était supprimé, de l'affecter soit à un poste de préparateur physique des équipes jeunes, soit à un poste d'entraîneur de CFA2. Le salarié refusait cette rétrogradation et faisait l'objet d'un licenciement pour faute grave. Pour retenir la modification du contrat et reprocher à l'employeur d'avoir passé outre le refus de l'entraîneur, les juges du fond n'ont pas hésité à justifier l'atteinte aux fonctions de Monsieur Baup par les conséquences, en termes d'image, de prestige et de notoriété, de sa mutation à un niveau de compétition inférieur⁵⁴.

672. Compte tenu des faits de l'espèce, l'argumentation peut emporter la conviction⁵⁵. Mais on voit dans le même temps qu'elle repose sur des jugements de valeur qui, tandis qu'ils n'ont rien de condamnables⁵⁶, ne contribuent pas toujours, loin s'en faut, à définir clairement les éléments contractuels de la relation de travail⁵⁷. Au total, la mobilisation de concepts aussi poreux que le respect des fonctions et de la qualification, le maintien du niveau hiérarchique, le degré de responsabilité ou encore le déclassement donne, à notre sens, l'impression que les magistrats se livrent *in fine* à une comparaison d'ensemble des situations *ante* et *post*

⁵² Cass. soc. 16 décembre 1998, n°96-41845.

⁵³ CA Bordeaux, 6 mai 2008, n°07/03038, *RDT* 2009, p.99, obs. D. JACOTOT.

⁵⁴ « (...) il est bien porté atteinte aux fonctions exercées par M. Baup, le caractère à la fois prestigieux et public que revêt la fonction d'entraîneur d'une équipe professionnelle de première division d'une grande ville, ayant participé à des compétitions européennes et classée en championnat parmi les meilleures équipes françaises, ne permettant pas de considérer que la privation des ses fonctions était un changement dans les conditions de travail ».

⁵⁵ Notons qu'en cassation la chambre sociale confirme, sur ce point, l'analyse des juges bordelais en se fondant, cette fois-ci, sur la « déclassification » que constituait le retrait de ses fonctions d'entraîneur-adjoint physique de l'équipe première du club, Cass. soc. 25 mai 2011, n°10-18994, *JCP S* 2011, n°36, 1387, note D. JACOTOT.

⁵⁶ « On peut continuer à s'en remettre au pouvoir souverain des juges du fond. Après tout, en l'absence d'une clause claire et précise, la recherche de la commune intention des parties est bien une question de fait. Il y a alors fort à parier que c'est encore l'ampleur de la modification qui guidera les juges du fond », P.-H. ANTONMATTEI, *op. cit.*, n°21.

⁵⁷ Quelle aurait-été la solution si un salarié s'était vu affecté à l'entraînement de jeunes espoirs après avoir exercé les fonctions d'entraîneur d'une équipe de CFA2 ? L'arbitrage n'est pas évident.

changement opéré par l'employeur. Cette démarche n'est d'ailleurs pas sans évoquer l'ancienne distinction entre modification substantielle et non substantielle du contrat de travail⁵⁸. Au plan opérationnel, s'ajoute à la critique de la *summa divisio* « modification du contrat » et « changement des conditions de travail », le constat d'un recours contestable à la notion de clause informative.

2. Un recours contestable à la notion de clause informative

673. Le contentieux relatif au changement du lieu de travail illustre une fois de plus les difficultés pratiques que rencontre la mise en oeuvre de la partition entre modification du contrat et changement des conditions de travail. Jusqu'en 1998, la Cour de cassation s'appuyait sur la volonté des parties pour retenir l'une ou l'autre des deux qualifications. Ainsi, à défaut de mention du lieu de travail dans le contrat, les juges optaient pour un changement des conditions de travail, sous réserve toutefois que la nouvelle localisation de l'activité professionnelle se situât dans le même secteur géographique que la précédente⁵⁹. Deux arrêts du 3 juin 2003 vinrent mettre un terme à cette jurisprudence, considérant que la clause insérée dans le contrat précisant le lieu de travail n'était pas une clause contractuelle mais une clause simplement informative, sauf à ce qu'il « *soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera exclusivement son travail dans ce lieu* »⁶⁰.

674. Le recours à la notion de clause informative auquel se livre ici la chambre sociale apparaît problématique, et ce, à au moins deux égards. Dans un premier temps, c'est le fait de dénier à la mention du lieu de travail son caractère contractuel et, par voie de conséquence sa requalification en clause informative, qui prête le flanc à la critique. Aux termes de la directive du 18 octobre 1991⁶¹, on sait que l'employeur doit indiquer au salarié quel est son lieu de travail. Partant, la clause mentionnant cette localisation participe moins de la volonté des parties que du respect d'un certain contenu obligatoire du contrat. Est-ce suffisant pour lui disputer sa nature contractuelle ? Il semble que non. Que la stipulation d'un contenu soit

⁵⁸ Dans le même sens, J. PÉLISSIER, « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail ». in *Mélanges Couvrat*, PUF, Paris, 2001, p. 104.

⁵⁹ Cass. soc. 16 décembre 1998, *RJS* 1999, n°157.

⁶⁰ Cass. soc. 3 juin 2003, *Bull. civ.* V, n°185, *RJS* 2003, n°980 ; *Dr. soc.* 2003, p. 884, note J. SAVATIER ; *JCP* 2003, II, 10165, note M. VÉRICEL.

⁶¹ Directive n°91/533 du 18 octobre 1991, article 2, §2, sous b).

imposé n'interdit nullement de conférer une valeur contractuelle à l'élément qu'elle introduit dans l'engagement⁶². Tout en admettant que la ligne de démarcation entre les deux notions n'est pas toujours aisée, des auteurs proposent, en ce sens, de distinguer les clauses légales contractuelles des clauses légales non contractuelles, telles les mentions imposées ou les reproductions de dispositions légales ou réglementaires⁶³.

675. La différence entre ces deux types de clauses réside dans leur essence. En présence d'une clause légale contractuelle l'une des parties se voit contrainte à une stipulation dont elle peut aménager la substance. La clause légale non-contractuelle se borne quant à elle à la réitération de normes déjà existantes au service d'un formalisme protecteur, tel que l'on peut l'observer en droit de la consommation⁶⁴. Les clauses informatives relèvent de cette seconde catégorie dans la mesure où elles ne créent aucune situation juridique nouvelle⁶⁵. Réciproquement, « *toute clause figurant dans un contrat ou dans ses annexes est présumée contractuelle, dès lors qu'elle ne se contente pas de reproduire mot pour mot une règle préexistante ; à moins d'en disposer expressément autrement* »⁶⁶. La position adoptée par la chambre sociale se situe aux antipodes de cette analyse, le caractère informatif de la clause y faisant figure de principe, sa valeur contractuelle d'exception.

676. La solution est d'autant plus regrettable que la mention du lieu de travail peut difficilement être conçue comme une simple copie de normes préexistantes. En effet, si sa rédaction est imposée par le droit, c'est encore l'employeur qui décide des indications géographiques portées à la connaissance du salarié, et qui occupent une place souvent essentielle dans l'idée que celui-ci se fait de ses futures conditions de travail. Monsieur Benjamin Dabosville ne dit pas autre chose quand il écrit que « *lorsque le législateur instaure une obligation d'informer, son objectif est que le créancier bénéficie d'une certaine représentation de la réalité* »⁶⁷. À l'appui d'études de philosophie du langage, l'auteur met en évidence deux paramètres essentiels à la compréhension des relations entre le langage et le

⁶² Par exemple la mention de la surface du logement dans un bail d'habitation ou le motif de recours à un contrat de travail à durée déterminée.

⁶³ Th. REVET, « La clause légale ». in *Mélanges Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, p. 277, spé. n°2.

⁶⁴ Notamment en matière de cautionnement donné par une personne physique, aux termes de l'article L. 341-2 du Code de la consommation.

⁶⁵ G. ARBANT-MICHEL, « *Les relations entre les clauses et le contrat*, thèse, Montpellier, 2001, n°344.

⁶⁶ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle ». *RDC* 2006, p. 1059.

⁶⁷ B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2013, tome 123, n°339.

monde : la force assertive du langage et sa force volitive⁶⁸. Là où la première concerne les actes du langage consistant à décrire une situation préexistante⁶⁹, la seconde cible les actes du langage ayant pour particularité d'instituer la situation qu'ils décrivent⁷⁰. C'est exactement ce qui se passe lorsque l'employeur indique au salarié qu'il exécutera son travail en un lieu donné.

677. Dans un second temps, la critique encourue par les arrêts du 3 juin 2003 porte sur l'indifférence de la Cour de cassation aux attentes raisonnablement suscitées par la mention du lieu de travail⁷¹. Nonobstant le mépris des termes de l'ancien article 1157 du Code civil⁷², la Cour refuse de sanctionner l'employeur qui ne respecte pas les mentions de la clause précisant le lieu de travail. Or, ainsi que le souligne le Professeur Pélissier, une telle attitude revient à tromper la confiance légitime du salarié⁷³, elle devrait alors logiquement engager la responsabilité contractuelle de l'employeur⁷⁴. En effet, la méconnaissance de l'obligation d'information ou une information erronée cause nécessairement un préjudice, qu'il appartienne aux juges du fond de réparer⁷⁵. Ajoutées à une délimitation fluctuante du bloc contractuel, les affres de la notion de clause informative confirment à leur tour le caractère hasardeux de la distinction à laquelle se livre le droit du travail, entre modification du contrat et changement des conditions de travail. Souffrant de graves imprécisions, l'amputation du domaine de la modification qui en résulte ne constitue probablement pas le meilleur des apports que le droit

⁶⁸ B. DABOSVILLE, *op. cit.*, n°343.

⁶⁹ Par exemple, « la mer est agitée ».

⁷⁰ B. DABOSVILLE, *ibidem*, « si le locuteur crée par son discours un certain état de choses, il représente également cet état du monde à travers son acte de langage (...). Ainsi en est-il, par exemple, de l'énoncé "la séance est ouverte", prononcé par le président de séance (...). En disant que la séance est ouverte, le président de la séance décrit un état de fait. Mais cet énoncé a aussi une direction d'ajustement qui va des choses au mot car en disant que la séance est ouverte, le président de la séance institue cet état de fait »

⁷¹ On notera au passage que la Cour de cassation se montre moins réticente dans la prise en compte des attentes générées par un comportement de l'employeur lorsqu'il s'agit de retenir au bénéfice des salariés l'existence d'un engagement unilatéral, *supra*, n°335.

⁷² Monsieur Jean Pélissier observe qu' « en décidant que la clause relative au lieu de travail n'est qu'une clause informative, la Cour de cassation fait en sorte que cette clause ne produise aucun effet », J. PÉLISSIER, « Pour un droit des clauses du contrat de travail ». *RJS* 2005, p. 5.00

⁷³ D'autant que le secteur géographique substitué à la clause indiquant le lieu de travail doit être défini de manière objective, autrement dit en appréciant son périmètre à partir de la localisation antérieure du travail, et non en considération du domicile du salarié, Cass. soc. 4 mai 1999, *Bull. civ.* V, n°186 ; dans des arrêts faisant figure d'exception, la Cour de cassation accepte néanmoins de prendre en compte les contingences personnelles et familiales d'une mère d'un enfant handicapé, Cass. soc. 6 février 2001, *Bull. civ.* V, n°41.

⁷⁴ « En faisant d'une information originellement exacte, une information erronée en cours de contrat, l'employeur engage sa responsabilité contractuelle », J. PELISSIER, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail ». *RJS* 2004, p. 500.

⁷⁵ A. MAZEAUD, *Dr. soc.* 1999, p. 190, note sous Cass. soc. 18 novembre 1998, *Bull. civ.* V, n°499.

du travail puisse faire au droit privé. La *summa divisio* risquerait fort d'y préfigurer l'horizon d'une distinction périlleuse.

B. L'horizon d'une distinction périlleuse en droit privé

678. L'étude de l'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique repose en partie sur un raisonnement analogique⁷⁶. L'exercice ne saurait à l'évidence se borner à la seule comparaison de la relation de travail avec des engagements formés ou exécutés dans un contexte de dépendance économique. À ne retenir qu'un seul dénominateur commun, la démarche risquerait en effet d'occulter plusieurs pans du droit du travail qui, sans être inspirés par la conscience de l'inégalité des parties au contrat, contiennent néanmoins des éléments susceptibles d'enrichir, par exemple, la représentation des modes d'expression de la volonté dans l'acte juridique⁷⁷.

Cette conception de notre champ d'investigation n'interdit pas, postérieurement à l'identification des apports théoriquement envisageables, de mettre l'accent sur ceux qu'il conviendrait d'écarter pour des raisons d'opportunité, eu égard, par exemple, à la prise en compte de situations marquées par la vulnérabilité ou la réduction des marges de manœuvre de l'un des contractants. Ainsi en est-il de la distinction travailliste entre modification du contrat et changement des conditions de travail, dont la perspective d'une diffusion en droit civil ferait naître deux séries d'inquiétudes. La première tient à l'insécurité juridique qui pourrait résulter de ce nouveau découpage notionnel (1). La seconde a trait aux conséquences préoccupantes de la dualité de régimes juridiques qui en découlerait (2).

1. Un découpage notionnel source d'insécurité juridique

679. Un auteur a entrepris d'analyser la distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail à travers le prisme du Code civil. Monsieur Pascal Lokiec tente ainsi de rapprocher la *summa divisio* travailliste d'un découpage opposant les éléments essentiels du contrat à ceux qui s'apparenteraient à de simples modalités

⁷⁶ Voir *supra*, n°27.

⁷⁷ Ainsi en est-il de l'apport du droit du travail à l'expression de la volonté d'un seul, avec l'engagement unilatérale, ou de la volonté d'une collectivité, *via* la convention collective, voir *supra*, n°310 et s.

d'exécution⁷⁸. L'auteur sollicite deux fondements au soutien de cet examen comparatif, les anciens articles 1101 et 1129 du Code civil : les données s'inscrivant dans le giron de l'article 1101 seraient considérées comme des éléments essentiels⁷⁹, celles qui ne ressortiraient pas des éléments exigés par l'article 1129 constitueraient en revanche de simples modalités d'exécution⁸⁰. À l'image des composantes du socle contractuel, l'altération des premières supposerait le consentement des parties, tandis que des changements pourraient être unilatéralement apportés aux seconds sur le modèle des conditions de travail. Ce scénario apparaît d'ailleurs en germe sous certaines plumes, parfois anciennes⁸¹, attachées à une forme de pérennité ou d'efficacité contractuelle fondée sur la capacité d'initiative et la réactivité d'un des contractants⁸² : la vivacité de l'unilatéralisme serait vue comme une sorte de remède à l'inertie sclérosante du consensualisme.

680. Séduisante au plan théorique, la démarche fait naître quelques doutes quant à sa mise en oeuvre effective. Tout d'abord, les nombreuses incertitudes générées par le schéma de partition travailliste, entre contrat et pouvoir de direction, témoignent de l'incompressible part de hasard inhérente à une telle division⁸³. Loin de constituer une source d'inspiration féconde pour le droit civil, le droit du travail apparaît ici davantage comme le laboratoire d'une expérimentation dont les effets ont en grande partie échappé à son créateur. Ensuite, il y a fort à parier que l'introduction de ce découpage notionnel en droit civil mettrait inutilement à mal les prévisions de parties. Celles-ci seraient dans l'impossibilité de se référer à un des repères prétoriens plus ou moins rationnels, à l'image de ceux que le droit du travail tente d'ériger

⁷⁸ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 2004, tome 408, n°289 et s.

⁷⁹ « Il peut d'abord s'agir de l'article 1101 du Code civil, en ce sens que l'absence d'un tel élément équivaudrait à une absence de consentement. À titre d'exemple, une erreur sur la rémunération ou sur la prestation fournie ne constituerait-elle pas une erreur obstacle et n'équivaudrait-elle pas à une absence de consentement ? », P. LOKIEC, *ibidem*.

⁸⁰ « On peut alors aller jusqu'à soutenir, ces éléments étant soustraits à l'exigence de l'article 1129 du Code civil, qui ne sont pas des éléments du contrat mais de simples modalités d'exécution. Les horaires font, en l'état actuel de la jurisprudence, partie de cette catégorie même s'il convient ici encore d'introduire une réserve, dès lors que certains changements d'horaires constituent en soi des modifications du contrat », P. LOKIEC, *op. cit.*, n°291.

⁸¹ « Dans un contrat, ce qui est essentiel, c'est un but à atteindre (...) : il est permis alors à un contractant pour aboutir au résultat visé de modifier seul le contrat en cas d'urgence, comme de recourir à l'inexécution du contrat ou à des garanties supplémentaires », R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale ». *RTD civ.* 1907, p. 248.

⁸² Voir R. VATINET, « Les méthodes du raisonnement juridique en droit du travail » in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Economica, Paris, 2011, p. 207, évoquant, au titre des « adaptations conceptuelles du droit civil des contrats », la « bonne trouvaille » constituée par l'ancienne distinction entre modification substantielle et non substantielle du contrat de travail

⁸³ Voir *supra*, *Les manifestations d'une distinction hasardeuse en droit du travail*, n°669 et s.

depuis 1996. S'il est vrai qu'une abondante jurisprudence est régulièrement l'occasion de déplorer la porosité de la frontière conceptuelle isolant modification et changement, les débats ont néanmoins lieu sur des secteurs balisés : les fonctions, le temps de travail, la rémunération et le lieu de travail. Exporter la controverse au-delà du droit du travail risquerait fort de constituer pour les parties un saut dans l'inconnu.

681. Il en va de même lorsque la Cour de cassation s'empare de la notion de « clause informative » pour épargner à l'instigateur du changement l'obligation de recueillir le consentement de son partenaire. Cela n'empêche certes pas une partie de la doctrine civiliste d'y déceler l'amorce d'une inflexion théorique caractéristique des mutations du droit contemporain des contrats⁸⁴. Pourtant, à l'instar des modalités de dissociation souvent sibyllines entre modification et changement, le processus de déqualification de certaines clauses s'avère lui aussi source d'insécurité juridique pour des contractants qui avaient légitimement pu croire en la « force volitive » de la stipulation⁸⁵. L'absence de force contraignante de la clause fait en outre peser sur eux une dualité de régimes préoccupante.

2. Une dualité de régimes préoccupante

682. Qu'il s'agisse de distinguer entre modification du contrat et changement de ses conditions d'exécution, ou bien de séparer les clauses contractuelles de celles qui ne revêtent qu'une valeur informative, c'est au juge qu'il revient de décider du régime applicable aux mutations de la relation. L'enjeu est de taille, puisque selon la solution retenue l'un des contractants pourra être contraint de supporter une altération de la substance de l'engagement découlant de la seule volonté de son partenaire⁸⁶. Si le juge retient l'existence d'une modification ou la qualification de clause contractuelle, l'initiateur du changement doit recueillir l'accord de son contractant, lequel est parfaitement en droit de ne pas le donner. À

⁸⁴ Selon le Professeur Chazal, le recours travailliste à la notion de clause informative est l'occasion d'observer que « *le contrat est doublement ouvert, poreux : il est, d'une part, investi par un corps de règles extérieures à la volonté des parties, d'origine légale ou jurisprudentielle, et, d'autre part, vidé de l'intérieur par une sélection des clauses dont certaines se voient nier leur valeur contractuelle. En somme, l'échange des consentements ne serait plus le centre de gravité* », J.-P. CHAZAL, note sous Cass. soc. 3 juin 2003, *RDC* 2004, p. 237.

⁸⁵ Voir *supra*, note 2095.

⁸⁶ « *Du moment que l'on admet que l'un des contractants peut se dégager du fardeau du contrat sans la volonté de l'autre, pourquoi ne pas admettre que le contrat peut être allégé ou modifié en faveur d'une partie malgré l'autre ? Mais, non moins que la volonté destructive du contrat, la volonté modificative est grave* », R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 246.

l'inverse, lorsque l'arbitrage cible un changement des conditions d'exécution ou une clause informative, le refus du contractant sommé d'abandonner son attachement aux stipulations initiales sera considéré comme fautif.

683. Dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation avait ainsi estimé que « le refus par le salarié de continuer le travail ou de le reprendre après un changement de ses conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction [constituait] en principe une faute grave qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un licenciement »⁸⁷. Critiquable au regard de l'automatisme de sa qualification⁸⁸, la jurisprudence devait infléchir sa rigueur, le recours de principe à la faute grave cédant la place à la constitution d'une cause réelle et sérieuse au licenciement du salarié⁸⁹.

684. Mais même si la sanction est de moindre intensité, l'automatisme de la qualification n'a pourtant pas disparu. Refuser un changement des conditions d'exécution du contrat conduit donc immanquablement à la rupture de l'engagement aux torts de la partie réfractaire. La solution est sévère, tout particulièrement à l'endroit des individus déjà considérés comme les parties faibles à des relations contractuelles frappées du sceau de la dépendance économique. Certes, l'initiative du changement n'est *a priori* réservée à aucun contractant. On peut craindre néanmoins, en prenant pour modèle la relation de travail, que ce soit *in fine* le contractant *de facto* en position de force qui s'emparera de cet instrument de flexibilité⁹⁰.

⁸⁷ Cass. soc. 10 juillet 1996, *Bull. civ. V*, n°278, *Dr. soc.* 1996, p. 976, obs. H. BLAISE ; Cass. soc. 30 septembre 1997, *Bull. civ. V*, n°289, *Dr. soc.* 1997, p. 1094, obs. J.-E. RAY.

⁸⁸ Voir notamment, G. COUTURIER, « Pot-pourri autour des modification du contrat de travail ». *Dr. soc.* 1998, p. 878, « la généralisation de la qualification de faute grave pour un type de comportement envisagé en lui-même ne paraît pas de bonne méthode. Il n'est pas bon que la Cour de cassation enferme les juges du fait dans des formules générales qui les privent du pouvoir d'appréciation que la définition de la faute grave implique ».

⁸⁹ Par exemple, Cass. soc. 17 juillet 2007, n°06-42935, *JCP S* 2007, n°48, 1911, note Th. LAHALLE ; on observera simplement que si la sanction est de moindre intensité, l'automatisme de la qualification n'a quant à lui pas disparu.

⁹⁰ « Dans la plupart des contrats que j'ai visés, celui qui peut ainsi modifier seuls les termes du contrat porte un nom expressif : maître ; l'article 1781 employé pour le louage des domestiques et ouvriers, l'article 1788 l'emploi à propos des devis et marchés. Et n'éveille-t-il pas cette idée que dans la convention une des parties, sans être aujourd'hui juridiquement mieux traitée que l'autre, a cependant un rôle de chef, ayant le droit de prévoir les éventualités et d'y faire pourvoir, gardant en un mot, le droit d'administrer sa chose ? », R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 266.

685. Le droit du travail illustre le peu de garanties offertes face à un possible abus de l'auteur du changement, ce qui accroît l'inquiétude générée par cette dualité de régimes⁹¹. On cite certes souvent des arrêts dans lesquels la chambre sociale juge légitime le refus du salarié, soit par la mauvaise foi de l'employeur dans la mise en oeuvre du changement des conditions de travail⁹², soit par l'atteinte que provoque sa décision à la vie familiale du salarié⁹³. Ces décisions peuvent être mentionnées à titre de mise en garde contre un usage inconsidéré du pouvoir de direction. Mais elles n'empêchent pas, dans le même temps, d'éprouver l'insuffisance de la protection ainsi accordée au salarié.

686. Insuffisante tout d'abord, comparée au régime de la modification appliqué en droit civil qui fait du caractère fautif du refus une exception⁹⁴. Insuffisante ensuite, lorsque l'on observe que si la chambre sociale s'autorise, sur le principe, à soumettre le pouvoir de direction à l'exigence de bonne foi des articles 1134 du Code civil et L. 1222-1 du Code du travail, celle-ci constitue, en pratique, un moyen de défense difficilement accessible. En effet, faute pour le salarié de recueillir les preuves nécessaires au renversement la présomption de bonne foi et de conformité à l'intérêt de l'entreprise attachée aux directives de l'employeur, son refus sera sanctionné⁹⁵.

687. Insuffisante enfin, à en juger par le manque de volonté de la Cour de cassation de s'emparer des instruments de contrôle introduits par l'article L. 1121-1 du Code du travail, et dont le visa de certaines décisions relève davantage du *decorum* que d'une réelle ambition

⁹¹ Développant une critique d'ensemble voir H.-K. GABA, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome du refus ». *Dr. ouvr.* 2005, p. 242.

⁹² Pour des exemples récents, relatifs à la mise en oeuvre d'une clause de mobilité, voir Cass. soc. 3 mai 2012, n°10-25937 ; Cass. soc. 12 juillet 2010, n°08-45516.

⁹³ Cass. soc. 18 mai 1999, *Bull. civ. V*, n°219, *JCP E* 2000, p. 40, note C. PUIGELIER ; Cass. soc. 9 mai 2001, *Bull. civ. V*, n°157, « attendu cependant que, dans le contrat de travail à temps partiel, le refus d'un salarié d'accepter un changement de ses horaires ordonné par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, peut être légitimé, même si le changement est prévu au contrat, lorsque ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses » ; reprenant la même motivation, Cass. soc. 9 juillet 2003, n°01-42723.

⁹⁴ À travers son éventuel caractère abusif. La difficulté à relever un abus est renforcée par le fait que le droit du travail caractérise strictement l'abus du salarié, s'attachant à l'intention de nuire, voir S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'abus du salarié ». *JCP* 2006, n°19, 1376.

⁹⁵ Ce qui ressort de plusieurs décisions, notamment Cass. soc. 23 février 2005, *Bull. civ. V*, n°64, *RJS* 2003, n°412, « attendu, ensuite, que la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; 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 oeuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle ».

régulatrice⁹⁶. Or, compte tenu des conséquences prévisibles du changement des conditions de travail sur les droits et libertés des salariés, il serait parfaitement envisageable que la Cour de cassation s'appuie sur cette disposition pour encadrer plus efficacement les altérations de la relation de travail décidée unilatéralement par l'employeur⁹⁷, et ce, quelles que soient leurs sources⁹⁸. En résumé, si le contrôle de l'abus de droit tel que déployé en droit du travail peut constituer une source d'inspiration bienvenue en certaines circonstances, comme par exemple lors du contrôle de la mise en oeuvre des clauses de variation du prix, il se révèle en revanche beaucoup moins protecteur que le droit civil dans la régulation des modifications du contrat. La question du rapprochement entre le droit du travail et la novation du contrat est d'une toute autre nature, l'usage du mécanisme qu'y développe rendant ici invraisemblable un apport de la discipline à la pratique de l'acte juridique.

⁹⁶ Cass. soc. 3 mai 2012, n°10-25937, où l'article L. 1221-1 succède à l'article 1134 du Code civil.

⁹⁷ Parmi de nombreux auteurs favorables à un recours à l'article L. 1221-1, A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, n°846, « *le changement des conditions de travail relève du pouvoir de direction. Mais dès lors que la mise en oeuvre de ce dernier restreint l'exercice d'une liberté ou d'un droit de la personne, la restriction doit être pertinente et proportionnée. À défaut, elle est illégitime* ».

⁹⁸ Dès lors que l'article L. 1121-1 du Code du travail entend contrôler les atteintes aux droits et libertés du salarié, que celles-ci procèdent du pouvoir de direction, ou relèvent d'une logique contractuelle par le jeu d'une clause de variation, telle une clause de mobilité.

Section 2 : L'apport invraisemblable du droit du travail à la novation de contrat

688. La novation s'entend de l'opération juridique par laquelle une obligation nouvelle est substituée à une obligation ancienne⁹⁹. Régie par les articles 1272 et suivants du Code civil, elle mérite d'être associée aux techniques favorisant la pérennité du contrat. Le propos des Professeurs Terré, Simler et Lequette sur l'importance de la novation en droit romain souligne ainsi l'utilité du mécanisme dans l'optique d'un prolongement des engagements : selon eux, le droit romain n'a jamais admis la cession pure et simple d'une créance. Il n'est d'abord parvenu à un résultat comparable que par la voie de la novation par changement de créancier, emportant extinction de l'obligation existante et création d'une obligation nouvelle au profit du nouveau créancier¹⁰⁰. La substitution d'une partie nouvelle à l'un des protagonistes originels contribue à faire perdurer l'engagement pour l'un des contractants¹⁰¹. Dans d'autres hypothèses, la novation s'attache davantage au remplacement de l'obligation convenue au moment de la formation du contrat par une obligation nouvelle¹⁰². La mutation peut revêtir la forme d'un changement de l'objet¹⁰³, ou de la cause¹⁰⁴, de la prestation initiale, tout en laissant intacte l'ossature contractuelle¹⁰⁵.

689. Parfois, c'est sur l'ensemble de ces éléments que porte la novation. La recomposition du rapport obligationnel qui s'ensuit conduit alors à observer que le mécanisme opère de manière globale en la faisant porter non pas seulement sur un rapport d'obligation déterminé, mais sur

⁹⁹ J.-L. AUBERT, « Novation », *Rep. civ. Dalloz*, n°2.

¹⁰⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°1271.

¹⁰¹ « *La survie du contrat est également assurée par notre aspect de sa nouvelle physionomie, en ce qu'il apparaît comme une véritable entité contractuelle, ensemble de droits et d'obligations et autres prérogatives. À ce titre il est susceptible de se détacher de la personne des contractants ou de l'un d'eux, et d'être considéré de manière autonome, pour sa valeur économique, patrimoniale* », C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats ». *RTD civ.* 1997, p. 364 ; dans le même sens, évoquant « *l'entité contractuelle* », J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français » in *Evolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, Paris, 1986, p. 41 p. 56.

¹⁰² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°1424 et s.

¹⁰³ Par exemple, la remise d'une somme d'argent en lieu et place de la livraison d'un bien, Cass. civ. 1^{re} 19 janvier 1999, *Bull. civ.* I, n°25.

¹⁰⁴ Par exemple, une caution devient obligée en qualité de débiteur principal, Cass. civ. 1^{re} 14 février 1973, *Bull. civ.* I, n°59.

¹⁰⁵ A. VAN de WYNCKELE-BAZELA, *La notion de novation*, thèse Lille II, 2001, n°283, cité par L. GAUDIN, « La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité ? ». *RDT* 2008, p. 162, n°2.

un rapport contractuel complet¹⁰⁶. En pareils cas, l'importance du changement est telle que plusieurs auteurs parlent de novation du contrat¹⁰⁷, terminologie que nous retiendrons pour mieux rendre compte de l'impact simultané de la novation sur les différents paramètres du contrat de travail.

690. Le contrat de travail étant soumis aux règles du droit commun, il n'ignore pas la novation en laquelle certains auteurs n'hésitent pas à voir une technique « *accommodante, rassurante et sécurisante* »¹⁰⁸. On peut alors se demander si l'appropriation du mécanisme n'aurait pas conduit la discipline à adapter la novation aux spécificités de la relation de travail, incitant par la même occasion à un renouvellement de sa perception dans la pratique de l'acte juridique. Une réponse négative semble s'imposer tant au regard de l'absence de particularisme de la novation en droit du travail, qu'il s'agisse de caractériser la notion ou de préciser son régime, que du manque d'orthodoxie des juges du travail lorsqu'ils décident d'y recourir. D'une part, c'est souvent avec confusion que la technique est invoquée par la jurisprudence sociale, particulièrement en cas de novation par changement de partie (I). D'autre part, les hésitations dont témoigne le droit du travail dans la distinction entre modification et novation réduisent significativement les possibilités d'un apport de la matière (II).

I. La confusion dans le recours à la novation par changement de partie

691. La confusion dont témoigne le droit du travail en matière de novation par changement de débiteur s'exprime essentiellement lors du contentieux portant sur le transfert du contrat de

¹⁰⁶ J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°61, évoquant par exemple le changement de la nature du bail, la novation d'un contrat de travail en mandat d'intérêt commun ou en mandat sociale ou encore la substitution du maître de l'ouvrage au sein d'un contrat d'entreprise.

¹⁰⁷ D. CHOLET, « La novation de contrat ». *RTD civ.* 2006, p. 467, « *une analyse renouvelée de la novation par changement de cause permet de reconnaître son existence et de la définir comme l'opération associant novation d'une obligation et changement de la qualification de contrat* » ; dans le même sens J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°61, « (...) *il est vrai que la novation est en soi une technique de manipulation des obligations. Mais il n'y a pas pour autant d'impossibilité d'étendre son application à un faisceau d'obligations constitutif d'une relation contractuelle, en particulier dans un contrat synallagmatique. Rien n'interdit non plus de cumuler novation par changement de débiteur, par changement de créancier et par changement d'obligation, pour parvenir à un rapport contractuel d'une nature nouvelle ou un changement de contractant* »,

¹⁰⁸ L. GAUDIN, *op. cit.*, n°26, « *accommodante puisqu'il n'y a pas à négocier la conclusion du nouveau contrat. Rassurante car elle fait fictivement dépendre l'extinction du premier contrat de la conclusion du second tout en laissant perdurer la "relation contractuelle", un peu comme la novation des obligations laisse perdurer le contrat. Sécurisante parce qu'elle évite d'avoir à se pencher sur la qualification de la rupture du premier contrat* ».

travail. L'opération recouvre deux hypothèses, selon que le transfert découle de l'application des dispositions du Code du travail ou procède de la volonté des contractants. Dans le premier cas, le transfert du contrat de travail se greffe sur celui de la collectivité de travail, ce que les auteurs désignent par l'expression de « transfert d'entreprise »¹⁰⁹. En ce sens, l'article L. 1224-1 du Code du travail dispose que « *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* »¹¹⁰ ; le transfert est alors dit « légal » et s'impose aux employeurs successifs. En dehors des circonstances visées par l'article précité, il peut également revêtir une nature « volontaire »¹¹¹, lorsque le salarié donne expressément son accord pour que son contrat de travail soit transféré¹¹².

692. Ayant en commun de procéder à une substitution de contractant en la personne de l'employeur, le transfert du contrat de travail peut sembler entretenir une proximité conceptuelle avec la novation. Il est en effet tentant d'établir un parallèle entre les premiers et la novation par changement de partie, qu'il s'agisse d'une novation par changement de créancier¹¹³, ou de débiteur¹¹⁴, l'employeur présentant du reste l'une et l'autre de ces qualités dans le cadre d'un contrat de travail synallagmatique. Cela explique sans doute que la Cour de cassation ait elle-même osé l'amalgame dans plusieurs arrêts, certains s'attachant au transfert volontaire¹¹⁵, d'autres, à la lumière de la généralité des termes employés, ne distinguant pas selon la nature du transfert¹¹⁶.

¹⁰⁹ Par exemple, A. MAZEAUD, « Les transferts d'entreprise en droit social ». *Dr. soc.* 2005, p. 715.

¹¹⁰ Sur le champ et les modalités d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°296 et s.

¹¹¹ Cass. soc. 17 mars 1993, *Bull. civ.* V n° 88 ; observons à cet égard que le caractère volontaire peut également résulter d'un accord collectif.

¹¹² Pour une approche critique du transfert volontaire, P. MORVAN, « Application conventionnelle de l'article L. 122-12 et accord du salarié : plaidoyer pour un revirement ». *JCP S* 2006, p. 1964.

¹¹³ L'article 1271 3° dispose qu'il y a novation « *lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé* ».

¹¹⁴ Selon l'article 1271 2°, la novation se produit « *lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier* ».

¹¹⁵ Cass. soc. 8 avril 2009, n°08-41046, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2005, n°349, obs. S. TOURNAUX ; voir également, s'agissant d'un transfert volontaire en application de dispositions conventionnelles, Cass. soc. 1^{er} juin 2010, n°08-41600, *JCP S* 2010, p. 1220, note L. DRAI.

¹¹⁶ Cass. soc. 8 avril 2009, n°08-40046, « *attendu que le changement d'employeur qui constitue une novation du contrat de travail* », *Dr. soc.* 2009, p. 813, note A. MAZEAUD.

693. Le raisonnement déployé par la chambre sociale n'emporte toutefois pas pleinement la conviction : si, sur le principe, rien ne semble interdire le recours à la novation en présence d'un transfert volontaire, la qualification ne paraît en revanche guère appropriée aux transferts légaux¹¹⁷. Contrairement aux solutions dégagées par la Cour de cassation et à l'analyse retenue par certains auteurs¹¹⁸, les caractéristiques du transfert légal du contrat de travail ne sont en effet pas compatibles avec la novation. Tout d'abord, la novation implique que les parties expriment leur intention de nover le contrat¹¹⁹, soit de manière expresse, soit de façon tacite comme le suggère une partie de la doctrine¹²⁰. Or, lorsque les conditions visées à l'article L. 1224-1 du Code du travail sont réunies, le transfert s'opère de plein droit et sans que le consentement du salarié ne soit requis¹²¹. Dit autrement, il ne saurait s'agir de « *novation légale* »¹²² au sein de laquelle il n'existe point d'*animus novandi*.

694. Ensuite, la novation doit normalement s'accompagner d'un effet extinctif libérant le précédant contractant¹²³. Pourtant, en droit du travail, le salarié conserve la faculté d'exercer une action en paiement contre son employeur initial¹²⁴. Si bien que l'article L. 1224-1 ne produit donc pas les effets d'une délégation de créances parfaite ainsi que le suppose la novation¹²⁵. À l'inverse, les éléments constitutifs de la novation sont présents lors du transfert volontaire du contrat de travail¹²⁶. Non seulement le salarié doit consentir à l'opération¹²⁷, mais encore, il ne lui sera plus possible par la suite d'engager la responsabilité de son ancien employeur¹²⁸. En voulant mettre sur un même plan ces deux modes de transfert du contrat de travail, la Cour de cassation fait donc preuve de confusion dans le recours à la novation. De

¹¹⁷ Ce que démontre parfaitement Madame Gaudin, L. GAUDIN, *op. cit.*, spé. n°9 et s.

¹¹⁸ A. PAUTET, « La novation en droit du travail ». *Inf. chef. entr.* 1975, p. 788 ; Y CHAGNY, « La continuité des contrats de travail du personnel d'un marché de prestation de services ». *RDT* 2007, p. 78.

¹¹⁹ L'article 1273 du Code civil dispose que « *la novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte* ».

¹²⁰ B. PETIT, « La suspension du contrat de travail des dirigeants de société anonyme ». *RTD com.* 1981, p. 29 ; sur le caractère tacite de la novation, voir J. CARBONNIER, *Droit civil - Les biens - Les obligations*, PUF, Quadrige, Paris, 22^e éd., 2004, p. 532 ; B. STARCK, L. BOYER, H. ROLAND, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, Paris, 6^e éd., 1998, n°2367 ; retenant la novation tacite à l'occasion de l'incompatibilité de deux actes successifs, CA Paris 11 mars 1957, *D.* 1957, somm. 85.

¹²¹ Cass. soc. 11 mars 2003, *Bull. civ. V*, n°86, *Dr. soc.* 2003, p. 474, rapp. P. BAILLY.

¹²² Le terme est emprunté à Monsieur Antoine Mazeaud, note Cass. soc. 8 avril 2009, *op. cit.*

¹²³ Par exemple, la clause compromissoire stipulée dans le contrat primitif est sans effet sur l'obligation nouvelle, Cass. civ. 1^{re} 5 octobre 1965, *Bull. civ. I*, n°510.

¹²⁴ Cass. soc. 3 avril 1991, *Bull. civ. V*, n°164.

¹²⁵ L. GAUDIN, *op. cit.*, spé. n°9 et s.

¹²⁶ J.-L. AUBERT, « Novation », *Rep. civ. Dalloz*, n°61.

¹²⁷ Cass. soc. 2 avril 1998, *Bull. civ. V*, n°196.

¹²⁸ Cass. soc. 17 mars 1993, *Bull. civ. V*, n°88.

même, elle montre parfois des signes d'hésitation lors de la distinction entre novation et modification du contrat de travail.

II. L'hésitation dans la distinction entre novation et modification du contrat de travail

695. Les travaux du Professeur Ghazi ont sans aucun doute contribué à l'émancipation de la modification à l'égard de la novation¹²⁹, mais la distinction entre les deux techniques n'est pas toujours aisée en pratique, et singulièrement en droit du travail¹³⁰. Au plan notionnel tout d'abord, la novation, comme la modification, supposent une manifestation de volonté du salarié. Il faut donc, pour qualifier le changement introduit, s'attacher à la morphologie de l'engagement nouvellement créé. Or, dans le cadre de cet examen comparatif, l'altérité des situations appréhendées donne parfois lieu à des hésitations, comme en témoigne la jurisprudence qui, pour reprendre les termes de Madame Gaudin, « *foisonne d'exemples sur la méprise opérée entre naissance d'une obligation nouvelle et réaménagement de l'obligation existante* »¹³¹. Dans une décision du 10 octobre 2006, la chambre sociale considérait ainsi que lorsque les conditions de l'article L. 1224-1 n'étaient pas réunies, le transfert d'un salarié d'un employeur à un autre constituait une modification de ce contrat qui ne pouvait intervenir sans son accord express, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du contrat de travail¹³². Toutefois en 2009, la même juridiction estimait que le transfert volontaire du contrat de travail devait s'analyser en une novation¹³³.

696. Outre les reconfigurations de la relation de travail fondées sur un changement d'employeur, les mutations que connaissent les éléments du bloc contractuel sont également sources d'hésitations¹³⁴. Par un arrêt du 28 juin 1989, la Cour de cassation avait ainsi retenu la

¹²⁹ La modification « *constitue une catégorie juridique autonome qui se distingue de la novation en ce qu'elle ne détruit pas le lien de droit originare* », A. GHAZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties. Etude de Droit civil français*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1980, tome 166, n°162.

¹³⁰ « *En matière de contrat de travail, en particulier, de nombreux changements sont à tort qualifiés de novations du contrat* », F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°1418, note n°3, évoquant Monsieur PAUTET, sous la plume duquel « *autant d'étapes promotionnelles, autant de changements de résidence, autant de mutations de catégories professionnelles, autant de novations* », A. PAUTET, *op. cit.*, p. 789.

¹³¹ L. GAUDIN, *op. cit.*, spé. n°16 et s.

¹³² Cass. soc. 10 octobre 2006, *Bull. civ.* V n° 294, RJS 1/07 n° 13.

¹³³ Cass. soc. 8 avril 2009, n°08-41046, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2005, n°349, obs. S. TOURNAUX.

¹³⁴ Ph. WAQUET, « *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail* ». *RJS* 1996, p. 793, citons la rémunération, les fonctions, le secteur géographique et la durée du travail.

qualification de novation en présence d'un changement de fonctions. Il s'agissait de permettre à l'employeur de fixer une période d'essai débutant au jour de l'occupation du nouvel emploi¹³⁵. Pareille inclinaison présente le danger de rendre encore plus fluctuante la démarcation entre novation et modification¹³⁶, dès lors que le juge serait appelé à comparer des situations davantage marquées par des différences de degrés que de nature. Imaginons en ce sens le cas d'un agent d'accueil promu au rang de chef de service. Qualifier ou non le changement intervenu de novation impliquerait d'évaluer le degré de nouveauté introduit dans la prestation de travail par l'accomplissement de tâches inédites. À l'inverse, la Cour de cassation écarte la novation dans des hypothèses où l'on aurait pu légitimement s'attendre à ce que la notion soit retenue, comme par exemple lorsqu'un salarié devient mandataire et que la volonté des parties exclut la suspension du contrat de travail originel¹³⁷.

697. La distinction entre novation et modification n'est pas nécessairement plus évidente du point de vue de l'observation de leurs conséquences respectives. L'analyse classique retient que la ligne de partage entre les deux techniques tient à ce que la modification implique une continuité du lien contractuel, tandis que la novation est synonyme de destruction du premier contrat¹³⁸. Simple en apparence, la mise en oeuvre de la distinction bute parfois sur la jurisprudence de la chambre sociale dès lors que certains aspects de la relation de travail sont préservés de cet effet destructeur de la novation. Il en est ainsi de l'ancienneté du salarié dont le calcul s'opère à compter de la conclusion du contrat initial¹³⁹, signe, pour Monsieur Cholet, que « *malgré la novation de l'obligation et le changement de nature juridique du contrat, le lien de droit se maintient* »¹⁴⁰. Là encore, le droit du travail se signale par ses hésitations. Manquant d'assurance dans le recours à la notion, son apport à la théorie générale de l'acte juridique sur le terrain de la novation n'en est que plus douteux.

¹³⁵ Cass. soc. 28 juin 1989, n°86-41188, inédit ; dans le même sens Cass. soc. 11 décembre 2002, n°01-40440, inédit.

¹³⁶ Inclinaison qui semble aujourd'hui circonscrite par l'effort prétorien de distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail.

¹³⁷ Cass. soc. 5 janvier 2011, n°10-14896, précisant que la nomination de la qualité de mandataire n'entraîne pas la novation du contrat

¹³⁸ En droit des contrats, A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties. Etude de Droit civil français*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1980, tome 166, n°162 ; reprenant le même raisonnement en droit du travail, N. BATAILLE-NEVEJANS, « La période d'essai instituée au cours des relations contractuelles ». *Dr. soc.* 2004, p. 335.

¹³⁹ L'ancienneté est calculée à compter de la conclusion du contrat initial, Cass. soc. 10 décembre 1984, *Bull. civ.* V, n°475.

¹⁴⁰ D. CHOLET, *op. cit.*, n°40.

Conclusion du chapitre

698. Il est des cas où la contribution du droit du travail paraît envisageable au plan de la technique juridique, tout en demeurant peu souhaitable pour des raisons d'opportunité tenant notamment à l'état de vulnérabilité, voire de dépendance, dans lequel l'un des contractants serait susceptible de se trouver. Le cas de la modification du contrat est symptomatique de cette situation. L'inopportunité de l'apport travailliste à la théorie générale de l'acte juridique tient ici à ce que la distinction entre modification du contrat et changement des conditions du travail, conduit à soustraire au domaine de la modification de nombreuses hypothèses d'altération du contenu obligationnel de l'engagement. Techniquement possible, cette amputation et sa transposition en droit civil suscitent les plus grandes réserves au regard de l'incertitude de ses contours. En droit du travail, elle s'appuie en effet sur une délimitation fluctuante du bloc contractuel et un recours peu orthodoxe à la notion de clause informative. La *summa divisio* s'avère périlleuse en droit civil où la distinction conduirait à un découpage notionnel source d'insécurité juridique, ainsi qu'à une dualité de régimes préoccupante.

699. Dans le voisinage de la modification, les modalités du recours à la novation en droit du travail ne peuvent davantage être perçues comme une source d'inspiration pour un enrichissement de la théorie générale de l'acte juridique. D'une part, la qualification est souvent retenue corrélativement à des ajustements du contenu contractuel, dont les caractéristiques se révèlent manifestement incompatibles avec celles de la novation, comme par exemple en matière de transfert légal du contrat de travail. D'autre part, l'hésitation succède à la confusion lorsque la jurisprudence de chambre sociale de la Cour de cassation, pour un même changement, varie d'une année sur l'autre entre novation et modification. L'incertitude est encore accentuée par des arrêts aux termes desquels les juges du fond sont invités à retenir l'une des deux qualifications à l'aune du degré de nouveauté introduit par le changement litigieux. Tant d'approximation dans la caractérisation de la novation rend à l'évidence plus que délicate la possibilité d'un apport travailliste à l'intelligibilité et à l'usage de la notion au sein de la théorie générale de l'acte juridique.

Conclusion du Titre

700. La pérennité de l'acte juridique tient pour une large part à son adaptation aux changements de circonstances. Les lois des hommes semblent rejoindre ici celles de la nature : refuser toute évolution, c'est prendre le risque de disparaître. Garant de la bonne marche de l'entreprise, l'employeur est contraint d'épouser les aléas de l'activité économique, tandis que le salarié s'engage dans une relation de travail subordonnée en contrepartie d'une certaine continuité dans les conditions d'accomplissement de sa prestation¹. L'opposition entre les deux protagonistes ne doit toutefois pas être exagérée, chacun mesurant à son tour les vertus de l'adaptation : l'employeur à l'égard du marché, le salarié dans son rapport à l'emploi occupé.

701. L'adaptation de l'acte juridique peut tout d'abord être envisagée de manière dite supplétive. Elle interviendra ici en dehors du *mutus consensus*, dès lors que le juge décide de faire droit à la demande d'adaptation formulée par au moins une seule partie. Dans les contrats confrontés à un changement de circonstances, et au sein desquels le contractant dont les intérêts ne sont pas mis à mal s'oppose à tout changement, la suppléance offre une possibilité de sauvegarder l'équilibre initialement convenu.

702. La révision du contrat pour imprévision permet de poursuivre un tel objectif. Si le droit du travail ne consacre pas formellement son existence, la discipline a néanmoins dégagé une obligation d'adaptation à la charge de l'employeur et dont les contours ne sont peut être pas tout à fait étrangers à l'introduction de la révision pour imprévision en droit civil. Au plan des fondements axiologiques tout d'abord, le souci d'un maintien de l'équilibre initial des prestations, associé aux exemples issus du droit comparé, formait un substrat idéologique résolument favorable au mécanisme. Concernant ses fondements juridiques, les difficultés liées à la mobilisation de la cause, entre lésion et caducité, pouvait inciter à recourir à la notion de bonne foi dans l'exécution du contrat. Celle-ci était en effet en capacité de constituer le siège d'une obligation d'adaptation, à l'image de l'interprétation retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation.

¹ Même s'il reste tributaire *in fine* de la situation économique et de ses incidences sur l'emploi.

703. Quant aux modalités ensuite, la mise en oeuvre de la révision pour imprévision doit être subordonnée à la preuve d'un déséquilibre survenu suite à un fait générateur indépendant de la volonté de la partie lésée, sur le modèle des critères déjà mobilisés par les Principes Unidroit. La mise à mal de l'économie contractuelle doit par ailleurs s'entendre d'une rupture fondamentale avec l'équilibre initial des prestations. Deux paramètres sont à prendre en compte, selon qu'est appréhendée la tentative de rétablissement de l'équilibre originel sous un angle *rationae personae* ou dans sa dimension *rationae materiae*. Pour le premier, la révision pour imprévision ne saurait être opérée sans une incitation préalable des parties à renégocier. Ce n'est qu'en cas d'échec de renégociation que le juge sera amené à corriger le contrat déséquilibré, autrement dit de manière supplétive. Au titre de la seconde, la révision s'analyse en un partage équitable de l'effort d'adaptation garant de la pérennité du contrat. Faute d'y parvenir, le juge pourra prononcer la caducité du contrat pour disparition de la cause de l'engagement.

704. Le recours à la suspension participe lui aussi à la pérennité de l'acte juridique, en se substituant à la rupture de l'engagement dans le cas où l'un des contractants ne serait plus en position d'accomplir ses obligations. C'est dans cette optique que le droit du travail contribue à éclairer le domaine et les effets susceptibles d'être attribués à la suspension. La discipline envisage ainsi deux principales hypothèses de suspension du contrat, selon qu'il est nécessaire de pallier une impossibilité d'exécution momentanée ou de tenir compte de la décision d'une partie de ne pas exécuter pour un temps sa part de l'engagement. Si l'impossibilité d'exécution passagère est admise en droit civil sous les traits de la force majeure temporaire, le droit du travail en retient une conception extensive afin de favoriser la pérennité du contrat. La force majeure fait ainsi l'objet d'une appréciation rigoureuse lorsque la notion est invoquée à l'appui d'une demande de résiliation, la chambre sociale ne retenant que rarement l'irrésistibilité de l'événement comme empêchement à l'exécution du contrat de travail.

705. À l'inverse, quoique suivant une logique identique, les juges du travail retiennent la suspension du contrat en réaction à des nécessités contraignantes auxquelles la bonne marche de l'entreprise se trouverait confrontée. Essentiellement fondées sur un critère implicite d'irrésistibilité, ces nécessités peuvent donc être mobilisées plus aisément que la force majeure, élargissant du même coup le domaine de la suspension par l'adjonction d'un fondement supplémentaire en droit civil. Il n'est pas certain, en revanche, que la suspension

consécutives au choix de ne pas exécuter momentanément le contrat connaisse la même fortune. De l'inexécution volontaire légitimée par l'exercice d'un droit protégé à l'évitement de la rupture en cas de cumul illicite du contrat de travail avec un mandat social, le particularisme des situations suspendant le contrat se conçoit difficilement en dehors de la sphère travailliste.

706. Les finalités attribuées à la suspension du contrat en droit du travail concourent à l'identification de ses effets. La suspension ne signifie nullement sa sanctuarisation : si l'hibernation du contenu contractuel auquel elle donne lieu se traduit par la mise en sommeil des principales obligations à la charge des parties, demeurent actives celles dont le respect conditionne l'exécution future et utile de l'engagement, telles le devoir de loyauté ou la prohibition d'une activité concurrente. Il s'ensuit que la suspension ne fait pas nécessairement obstacle au maintien de la force obligatoire du contrat, fut-il conclu pour une durée déterminée ; son incidence sur la durée de l'engagement dépend étroitement de la fonction assignée à la limite temporelle convenue par les parties. Lorsque celle-ci vise la quotité de la prestation prévue, la portion non exécutée peut alors conduire à une prolongation du contrat au-delà de l'échéance initiale, à l'instar de la reprise d'une période d'essai interrompue par la suspension du contrat de travail. Dans l'hypothèse où la léthargie contractuelle prive l'engagement de tout intérêt futur pour les contractants, le juge sera autorisé à en prononcer la caducité pour disparition de sa cause.

707. Contrairement aux adaptations supplétives de l'accord des parties, l'apport du droit du travail au contrôle des adaptations nées de l'accord des parties apparaît beaucoup plus discutable. Tout d'abord, la consécration d'une distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail génère une amputation du domaine accordé à la modification, et dont les contours sont incertains. Des manifestations d'une distinction hasardeuse en droit du travail, oscillant entre délimitation fluctuante du bloc contractuel et dénaturation de la notion de clause informative, à l'horizon d'une distinction périlleuse en droit civil – entre insécurité juridique et dualité de régimes préoccupante – il n'y a qu'un pas qu'il serait inopportun de franchir. Ensuite, l'apport du droit du travail à la novation de l'obligation s'avère quant à lui inexistant, la discipline faisant preuve de regrettables confusions et hésitations au simple stade de l'identification de la notion. Reste que si l'examen de l'apport du droit du travail aux techniques d'adaptation de l'acte juridique

s'achève sur une mise en évidence des limites que nous avons pu relever, ces réserves ne sauraient occulter les points sur lesquels la discipline pourrait inspirer des solutions nouvelles et pertinentes. L'encouragement du droit du travail à l'adaptation de l'acte juridique peut, à notre sens, avoir une résonance en droit civil et connaître des traductions autour de l'idée de pérennité des engagements, à l'instar des suggestions avancées par la discipline pour un encadrement des ruptures de l'acte juridique.

Titre 2 : L'apport du droit du travail à l'encadrement des ruptures de l'acte juridique

708. Bien qu'elles ne se confondent pas, la pérennité et la stabilité partagent néanmoins l'ambition d'une exécution durable de l'engagement¹. À ce titre, l'une et l'autre incitent à faire preuve de vigilance quant aux conditions dans lesquelles la rupture de l'acte juridique peut intervenir. En témoigne l'examen dont font aujourd'hui l'objet les stipulations des parties tournées vers la cessation du contrat², et en particulier les clauses résolutoires. Parce que ces dernières ont fréquemment des allures de sanction³, leur mise en oeuvre fait l'objet d'une étroite surveillance par le juge, de surcroît lorsqu'elles se trouvent stipulées dans un contrat d'adhésion⁴.

L'encadrement des ruptures de l'acte juridique revêt une importance accrue à l'égard des contrats impliquant une ou plusieurs parties en situation de dépendance économique. Parmi les auteurs qui voient dans le droit du travail une source d'inspiration pour un enrichissement des règles applicables à la rupture des contrats⁵, nombreux sont ceux qui mettent alors

¹ Voir *supra*, n°511.

² « La pratique contractuelle a, elle aussi, adopté la résolution unilatérale. Passons rapidement sur les clauses résolutoires expresses, car si la rupture est bien unilatérale dans sa mise en oeuvre, ce pouvoir unilatéral est le fruit de la volonté bilatérale des contractants, telle qu'elle s'est cristallisée dans la stipulation en question », D MAZEAUD, « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution - Rapport français ». *RDC* 2010, p. 1078.

³ « On comprend du même coup la forte pression qui s'exerce sur la Cour de cassation pour qu'elle reconnaisse au juge un pouvoir modérateur en matière de clauses résolutoires. Parce qu'au fond, si la résolution est une sanction, pourquoi traiter la clause résolutoire différemment de la clause pénale, qui elle aussi présente le caractère d'une sanction conventionnelle ? », L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondements et perspectives ». *Dt. et patr.* 2004, n°126, p. 66.

⁴ « Comment admettre indéfiniment qu'une clause de style et d'adhésion – non sérieusement débattue entre les parties – deviennent le droit commun des contrats, par élimination de toute l'appréciation judiciaire inhérente à l'article 1184 du code civil ? Il est impératif d'en rétablir qu'une fraction, non sans doute comme pouvoir ordinaire (ce serait la négation de la clause), mais comme pouvoir exorbitant de modération dans les cas où la résolution de plein droit entraînerait des conséquences manifestement contraire à l'équité », G. CORNU, obs. sous Cass. civ. 3^e 29 juin 1996, *RTD civ.* 1997, p. 341.

⁵ « Le droit commun de la rupture du contrat devrait également d'urgence être revu (...). Il pourrait alors prétendre à nouveau régir les contrats les plus courants de la vie des affaires, contrats de distribution, de franchise, etc., au lieu que ceux-ci, faute d'un régime équilibré et précis de non-renouvellement ou de rupture, se tournent vers des régimes spéciaux organisant cette rupture au premier rang desquels le droit du travail », M. FABRE-MAGNAN, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations ». *SSL* 28 octobre 2002, n° 1095, p. 34 ; « c'est vraisemblablement au stade de la conclusion du contrat que la proximité des solutions "civiliste" et "travailliste" est la plus naturelle dans la mesure où le droit civil contemporain est loin d'être indifférent à la situation de la partie la plus faible. La distance accroît cependant lorsque l'on considère la question de l'exécution et de la rupture du contrat mais c'est précisément parce que la distance accroît que l'effet d'attraction apparaîtra de façon plus sensible », P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail : modèle ou

l'accent sur la pertinence des règles développées par la discipline en matière de rupture de contrats de dépendance⁶. L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique ne se limite toutefois pas à ces types d'engagements, ne serait-ce que parce le salarié n'est pas irrémédiablement condamné à dépendre de la relation de travail pour satisfaire ses besoins. La rupture du contrat de travail peut ainsi intervenir à son initiative, lorsqu'il saisit l'opportunité d'une offre d'emploi plus avantageuse, ou qu'il se trouve exposé à des manquements de l'employeur d'une gravité telle que le maintien du contrat n'est plus conforme à ses intérêts. La notion de pérennité conduit en ce sens à inscrire l'exécution de l'engagement dans une dimension qualitative : s'il ne présente plus l'utilité escomptée, il n'est guère opportun d'en défendre le maintien. C'est pourquoi la participation du droit du travail à l'encadrement de la rupture de l'acte juridique, ne doit pas uniquement être comprise dans le sens d'une réduction systématique des possibilités de mettre un terme à l'engagement. L'équilibre proposé par la discipline se décline aussi bien dans le contrôle des modalités de la rupture (**Chapitre 1**) que dans l'examen de son bien-fondé (**Chapitre 2**).

anti-modèle du droit civil des contrats ? ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Dalloz, 2004, p. 202 ; également P.-Y. GAUTIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 70, voyant dans le droit du travail le « *fondement commun d'un devoir de protection de la partie qui subit la cessation du contrat* » ; comp. J.-Cl. 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 *Mélanges Camerlynck*, Dalloz, Paris, 1977, p. 101, estimant que « *deux notions du licenciement s'opposent : contractuelle ou statutaire. D'un côté, le droit des obligations, les relations contractuelles individuelles entre employeurs et salariés. De l'autre, une "appartenance" du salarié à l'entreprise, l'affirmation d'une certaine stabilité de l'emploi par des garanties statutaires entourant tout licenciement, une ébauche d'effectivité du droit au maintien dans l'emploi* ».

⁶ « *Il n'est sans doute pas interdit de considérer (...) que le droit du travail, parce qu'il régit les relations entre deux parties dont l'une est subordonnée à l'autre, est devenu le droit commun des rapports de dépendance, dont les solutions auraient vocation à s'appliquer à toute relation ou l'une des parties se trouve soumise à l'autorité juridique à la puissance économique de l'autre. Le droit du travail pourrait ainsi faire bénéficier de ces solutions protectrices de la partie faible, non seulement le droit civil, mais encore tout autres branches du droit connaissant des situations similaires, et en particulier le droit des affaires (pour les contrats de franchise par exemple* », J. MOULY, « Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique ». in *Mélanges Lambois*, PU Limoges, 2004, p. 385 ; « *le droit de la rupture du contrat de travail est donc le droit de la protection d'un contrat de dépendance* », Th. REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail ». in *Les frontières du salariat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 1996, p. 195 ; « (...) *demeurent soumis au droit commun des contrats toute une série de professionnels (concessionnaires, franchisés, intermédiaires commerciaux, ...)* dont la situation économique n'est pas fondamentalement différente de celle des salariés », J. MESTRE, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats ». *Dr. soc.* 1988, p. 405 ; « *le contrôle de la décision de rupture, qui peut concerner les contrats à durée déterminée comme les contrats à durée indéterminée, reste à construire et on ne sera pas surpris que des parallèles soient établis avec des décisions aux régimes plus élaborés, telles que la décision de licencier* », P. LOKIEC, « La décision et le droit privé ». *D.* 2008, p. 2293.

Chapitre 1 : L'apport du droit du travail à l'encadrement des modalités de la rupture de l'acte juridique

709. La référence aux modalités de rupture de l'acte juridique, que l'on envisagera par référence au contrat, peut être comprise de manière extensive, en prenant en compte à la fois les obligations préalables et les mesures postérieures à la cessation de l'engagement. Au titre de ces dernières, on songe à la possibilité pour les parties de conclure une transaction afin, pour reprendre les termes de l'article 2044 du Code civil, de terminer une contestation née ou prévenir «une contestation à naître.

710. Le droit du travail n'interdit pas par principe de recourir à cette manifestation de volonté abdicative¹, mais ses conditions de validité y font l'objet d'un encadrement strict, autour de la question des concessions réciproques que doivent faire les parties à la transaction². Transiger, c'est en effet accepter de perdre quelques droits afin d'être certain d'en préserver d'autres que l'on estime plus essentiels³. Lorsqu'elle résulte d'un consentement libre et éclairé, la renonciation opérée par celui qui accepte de transiger sur ses intérêts n'appelle aucun commentaire ; mais peut-on réellement se fier à l'acceptation que donne celui qui est en train de perdre son emploi ?⁴ Consciente de la vulnérabilité du salarié au moment de la rupture du contrat de travail, la chambre sociale a fini par accepter de contrôler l'effectivité des concessions respectives des protagonistes⁵, avec une attention particulière vis-à-vis de celles consenties par l'employeur⁶. De plus, la Cour de cassation estime que « *la nullité d'une*

¹ F. DREIFFUS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicative*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1985, tome 185, n°43.

² La règle ne figure pas dans la loi mais elle est posée depuis le début du XX^e siècle par la jurisprudence, Cass. civ. 13 mars 1922 ; voir également Cass. com. 22 novembre 1988, *Bull. civ.* IV, n°320.

³ C. PIZZIO-DELAPORTE, « De la transaction prévue par le code civil à la transaction utilisée en droit du travail : réflexions sur une règle en dérive ». in *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, L. Leveneur, Y. Lequette (dir.), Paris, Dalloz, 2004, p. 593.

⁴ F. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ - Bibliothèque de l'institut André Tunc, Paris, 2007, tome 14, n°124

⁵ « *La Cour de Cassation exerce ainsi un contrôle renforcé de la transaction, essentiellement parce qu'elle redoute qu'en raison de sa situation de dépendance, le salarié ne soit trop facilement amené à accepter un règlement qui lui serait désavantageux* », J. MOULY, « Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique ». in *Mélanges Lambois*, PU Limoges, 2004, p. 383.

⁶ Cass. soc. 19 février 1997, *Bull. civ.* V, n°307 ; voir aussi Cass. soc. 13 octobre 1999, *RJS* 1999, n°1373 ; comp. F. CANUT, *op. cit.*, n°124, considérant que « *la transaction ne devrait être admise en droit du travail que si les concessions consenties par l'employeur améliorant la situation du salarié par rapport aux indemnités*

transaction résultant de ce qu'elle a été conclue avant la notification de licenciement est une nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié, qui ne peut, dès lors, être invoquée par l'employeur »⁷.

711. Le droit civil semble lui aussi avoir mesuré la nécessité d'une appréciation de la réalité des concessions alléguées par des parties, *a fortiori* lorsque celles-ci se trouvent dans une situation d'inégalité⁸. Jusqu'à il y a peu, le contrôle juridictionnel mis en oeuvre se limitait à vérifier que l'abandon de ses droits par l'un des contractants ne faisait pas l'objet d'une contrepartie dérisoire⁹. Désormais, la première chambre civile va plus loin et s'attache à l'importance de l'écart entre le bénéfice que peut légitimement attendre un contractant au regard des termes de l'engagement et l'indemnité transactionnelle¹⁰. Elle se livre du même coup à ce que certains considèrent comme une application du principe émergent de proportionnalité dans le droit des contrats¹¹. Il n'est certes pas possible d'identifier avec certitude une inspiration travailliste à l'origine de cette inflexion. Néanmoins, une partie de la doctrine civiliste n'hésite pas à relever que la première chambre civile, et à sa suite la chambre commerciale, ont « *adopté la solution admise depuis longtemps par la chambre sociale* »¹².

auxquelles il aurait pu prétendre en vertu des dispositions légales relatives au licenciement ». À l'appui de cette analyse, l'auteur cite d'ailleurs l'article 341 al. 1 du Code des obligations suisse selon lequel « *le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat de travail durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi d'une convention collective* » ; dans le même sens G. COUTURIER, « L'ordre public de protection : heurs et malheurs d'une vieille notion neuve ». in *Mélanges Flour*, Defrénois, Paris, 1979, p. 95, pour qui « *tant que subsiste la situation d'infériorité qui explique et justifie l'intervention du législateur, la renonciation au bénéfice de la loi, lors même qu'elle porterait sur des droits acquis, paraît porter atteinte aux exigences de l'ordre public de protection* ».

⁷ Cass. soc. 28 mai 2002, *Bull. civ. V*, n°182, *Dr. soc.* 2002, p. 783, obs. G. COUTURIER ; précisons qu'en revanche, « *la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun des salariés investis de fonctions représentatives a été instituée, non dans le seul intérêt de ces derniers, mais dans celui de l'ensemble des salariés ; qu'il en résulte qu'est atteinte d'une nullité absolue d'ordre public toute transaction conclue entre l'employeur et le salarié protégé avant la notification de son licenciement prononcé après autorisation de l'autorité administrative* », Cass. soc. 10 juillet 2002, *Bull. civ. V*, n°249, *RJS* 2002, n°1255.

⁸ J. MOULY, *op. cit.*, p. 383, appelant à une transposition du contrôle travailliste de la réalité des concessions « *en droit civil chaque fois que, dans cette discipline, les parties se trouvent également dans une situation d'inégalité* ».

⁹ Cass. civ. 1^{re} 4 mai 1976, *Bull. civ. I*, n°157.

¹⁰ Cass. civ. 1^{re} 9 juillet 2003, *Bull. civ. I*, n°174, approuvant une cour d'appel d'avoir prononcé la nullité de la transaction pour absence de concession réciproque, en raison de « *l'écart important* » entre le montant transactionnel et la prime prévue par le contrat d'assurance en cas de sinistre.

¹¹ R. DESGORCES, note sous Cass. civ. 1^{er} juillet 2003, *JCP E* 2003, 1630.

¹² J. GHESTIN, note sous Cass. com. 25 octobre 2011, *Bull. civ. IV*, n°173, *JCP* 2012, doct. 63, n°11 ; pour de plus amples développements sur le rôle du juge en matière de transaction, Ch. BOILLOT, *La transaction et le juge*, PU Clermont-Ferrand, 2003, spé. n° 846

712. Parallèlement à la transaction, d'autres types de mesures peuvent être amenées à encadrer les modalités de rupture de l'engagement en amont, avant que celle-ci n'intervienne de manière définitive. Sur ce point, l'apport du droit du travail à la théorie de l'acte juridique se situe à deux niveaux : la discipline fournit un éclairage de nature à encadrer aussi bien l'initiative de la rupture (**Section 1**), que les modalités de son annonce (**Section 2**).

Section 1 : L'encadrement de l'initiative de la rupture

713. L'initiative de la rupture de l'engagement comporte deux dimensions : la première s'attache à son auteur, la seconde vise le moment où celui-ci extériorise sa volonté de rompre. S'agissant de l'auteur de la rupture, le droit du travail reconnaît à l'individu, dont les intérêts sont compromis par la gravité du comportement de son cocontractant, un droit de rompre unilatéralement l'engagement. L'analyse travailliste peut alors guider la régulation de ce mode de rupture de l'acte juridique en droit privé (**I**). En matière de temporalité de la rupture, la discipline fait précéder l'expression de la volonté de rompre d'un entretien préalable entre les parties. Elle suggère du même coup une soumission de la rupture au principe du contradictoire dont l'utilité dépasse largement les frontières de la relations de travail (**II**).

I. La régulation des ruptures unilatérales fondée sur la gravité du comportement d'un contractant

714. À la suite de l'ancien article 1780 du Code civil prohibant la conclusion de contrats de louage de service pour une durée indéterminée, la jurisprudence a forgé un principe général d'interdiction des engagements perpétuels¹³. Ainsi, dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus, offerte aux deux parties¹⁴. Dans sa décision relative au Pacte civil de solidarité du 9 novembre 1999¹⁵, le Conseil constitutionnel lui-même est venu ériger cette faculté de rupture unilatérale au rang de liberté fondamentale, estimant que « *la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants* »¹⁶. Toutefois, le droit de rompre unilatéralement un contrat à durée indéterminée n'exclut pas le respect d'un préavis, comme en témoigne l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce issu de la loi NRE du 15 mai 2001 qui permet d'engager la responsabilité du producteur ou du

¹³ A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 14^e éd. 2014, n°312.

¹⁴ Cass. com. 14 novembre 1989, *Bull. civ.* IV, n°286 ; dans le même sens Cass. civ. 1^{re} 11 juin 1996, *Bull. civ.* I, n°246.

¹⁵ Décision n°99-419 DC du 9 novembre 1999, *JCP* 2000, I, 2010, n°4, obs. N. MOLEFESSIS.

¹⁶ J.-P. GRIDEL, « La rupture unilatérale aux risques et périls ». *RLDC* 2007, p. 41, rappelant que « *la résiliation unilatérale du contrat de durée indéterminée [est] toujours ouverte à l'une ou l'autre partie sur la simple volonté de l'une d'elle de mettre fin à la relation (...)* ».

commettant qui rompt de manière brusque et sans préavis une relation commerciale établie¹⁷. Il en va de même en droit du travail où l'article L. 1234-1 du Code du travail impose un préavis au licenciement lorsque celui-ci n'est pas motivé par une faute grave.

715. Évoquer l'extension du domaine des ruptures unilatérales du contrat revient donc à s'intéresser essentiellement aux contrats à durée déterminée¹⁸. L'affirmation peut sembler paradoxale dès lors qu'en la matière le principe est celui du respect du terme¹⁹, la jurisprudence s'attachant depuis longtemps à ce que ces contrats soient exécutés jusqu'à leur échéance²⁰. Cependant, la règle n'interdit pas aux parties de rompre d'un commun accord l'engagement avant le terme initialement convenu²¹. En dehors de la logique bilatérale, et contrairement aux contrats à durée indéterminée, la rupture anticipée du contrat à durée déterminée doit alors, en principe, emprunter la voie judiciaire, conformément à l'ancien article 1184 du Code civil. Aux termes de l'ordonnance du 10 février 2016, la rupture est prononcée par le juge sur le fondement des articles 1227 et 1228 du Code civil.

716. La prohibition de la rupture unilatérale des contrats à durée déterminée prévue à l'article 1184 du Code civil connaît néanmoins des exceptions. Surtout, son caractère extrajudiciaire occupe désormais une place de choix au titre des remèdes à l'inexécution consacrés par la réforme du droit des contrats. Ainsi, en matière de mandat, l'article 2004 du Code civil énonce que « *le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble (...)* ». Dans le même sens, l'article 1794 du Code civil accorde cette faculté au maître d'œuvre qui peut « *résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise* ». D'autres textes se fondent sur l'urgence de mettre un terme à une situation périlleuse pour justifier la rupture unilatérale du contrat, tels l'article 322-4 du Code de l'aviation civile autorisant le commandant de bord à débarquer le passager qui présente un danger pour la sécurité à bord de l'appareil, ou encore l'article 34 de

¹⁷ Pour de plus amples développements voir le dossier « Contrats de distribution : l'équilibre enfin trouvé ? ». *Dr. et patr.* 2003, n°116, p. 50.

¹⁸ Essentiellement dans la mesure où les développements qui vont suivre sont relatifs aux résiliations unilatérales fondées sur un manquement grave du débiteur, lesquelles autorisent souvent une dispense de préavis, voir Ph. DÉLEBECQUE, « Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature ». *Dr. et patr.* 2004, p. 58.

¹⁹ A. VAISSIERE, « À propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée ». *RLDC* 2006, p. 29, n°6.

²⁰ Par exemple, Cass. com. 12 novembre 1996, n°94-14329.

²¹ Sur ce point, voir R. VATINET, « *Le mutus dissensus* ». *RTD civ.* 1987, p. 252.

la loi du 18 juin 1966 sur le transport maritime aux termes de laquelle le transporteur peut refuser l'embarquement ou le débarquement d'un passager qui refuse de fournir les documents nécessaires à ces opérations. Enfin, le droit du travail admet la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée en raison d'une faute grave du salarié²².

717. En 1998, la première chambre civile de la Cour de cassation est venue ajouter une nouvelle exception au principe posé par l'article 1184 du Code civil, en estimant que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* »²³. Reproduite à plusieurs reprises²⁴, et consacrée par le nouvel article 1224 du Code civil²⁵, qui se réfère à « *une inexécution suffisamment grave* »²⁶, la solution étend considérablement le domaine des ruptures unilatérales des contrats à durée déterminée²⁷.

718. Ce contournement de la voie judiciaire suscite néanmoins l'hostilité d'une partie de la doctrine qui y voit un risque d'arbitraire²⁸, ou encore le danger d'un contrôle « au rabais » de la part du juge²⁹. Le droit du travail peut contribuer à dissiper ces craintes par l'exemple d'une appréciation rigoureuse du manquement grave du contractant (A). Parallèlement, la discipline

²² Selon l'article L. 1243-1 du Code du travail « *sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure* ».

²³ Cass. civ. 1^{re} 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n°300, *D.* 1999, p. 197, note Ch. JAMIN ; *JCP* 1999, II, 10133, note N. RZEPECKI ; *Defrénois* 1999, p. 374, obs. D MAZEAUD.

²⁴ Par exemple, Cass. civ. 1^{re} 20 février 2001, *Bull. civ. I*, n°40, *Defrénois* 2001, p. 378, obs. É. SAVAUX ; *RTD civ.* 2001, p. 363, obs. J. MESTRE ; Cass. civ. 1^{re} 28 octobre 2003, *Bull. civ. I*, n°211, *RDC* 2004, p. 273, obs. L. AYNÈS et p. 277, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois* 2004, p. 378, obs. R. LIBCHABER.

²⁵ Qui dispose en son alinéa premier que « *le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable* » ; sur ce point Ph. STOFFEL-MUNK, « La résolution par notification : questions en suspens ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 67 ; P.-Y. GAUTHIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 70.

²⁶ L'article 1124 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* » ; sur cet aspect de la réforme, Y.-M. LAITHIER, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p.47.

²⁷ Voir J. GHESTIN, « Le Code civil en France aujourd'hui ». *RDC* 2004, p. 1152

²⁸ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°613 ; voir également Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, 2004, tome 419, n° 200.

²⁹ L'intervention du juge *a posteriori* induirait « *une transformation profonde de la nature même de sa mission (...) il est par conséquent à craindre que le rôle du juge se limitera, dans de nombreuse hypothèse, à porter un jugement sur la régularité de la rupture et non sur son principe même* », Ch. RADÉ, « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques ». *LPA* 1995, n°81, p. 26, spé. 28.

apporte un regard critique sur les effets de la rupture unilatérale fondée sur un manquement grave du contractant (B).

A. L'exemple travailliste au service d'une appréciation restrictive de la gravité du comportement

719. La jurisprudence travailliste contraste avec la permissivité de l'appréciation, par la première chambre civile, de la gravité du comportement justifiant la rupture unilatérale de l'acte juridique (1). Elle suggère du même coup une assimilation du comportement litigieux à la faute grave au sens où l'entend le droit du travail (2).

1. La permissivité de l'appréciation retenue par la première chambre civile

720. L'appréciation de la gravité du comportement justifiant une rupture unilatérale témoigne d'une certaine permissivité. En effet, aux termes de l'emblématique solution du 13 octobre 1998, la première chambre civile de la Cour de cassation considère que l'attitude litigieuse du contractant n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis³⁰. La jurisprudence ultérieure de la première chambre civile ne se réfère certes plus au respect d'un préavis en matière de rupture unilatérale. Mais il n'en demeure pas moins qu'à défaut d'être expressément revenue sur leur compatibilité, tout porte à croire que cette juridiction n'entend pas faire de l'urgence un critère d'appréciation de la gravité du manquement allégué par l'auteur de la rupture³¹. D'autant qu'en visant une « *inexécution suffisamment grave* », l'article 1224 ne paraît pas de nature à remettre en cause la teneur de l'examen opéré jusqu'ici par les juges civilistes.

721. Des auteurs approuvent la solution et considèrent que l'existence du préavis constitue une mesure d'accompagnement bienvenue, pour ne pas dire nécessaire, au regard du caractère dérogoire de la rupture unilatérale³². Cette position nous paraît pourtant discutable. Sous des

³⁰ Cass. civ. 1^{re} 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n°300, *op. cit.*, « attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, dont l'appréciation est donnée par une autorité ordinale ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis ».

³¹ M. STORCK, J.-Cl., Civil Code, Art. 1184, Fasc. 10 : Contrats et obligations. Obligations conditionnelles - Résolution judiciaire, octobre 2013, n°69, considérant que « l'urgence n'est pas une condition nécessaire ».

³² En ce sens J.-P. GRIDEL, « La rupture unilatérale aux risques et périls ». *RLDC* 2007, p. 41.

dehors apparemment protecteurs, elle ouvre en réalité la voie à une appréciation permissive de l'attitude justifiant la rupture unilatérale de l'engagement : l'admission du préavis signifie qu'une dérogation à l'article 1184 du Code civil peut être admise alors même que le comportement incriminé ne rend pas urgente la rupture³³. On voit pourtant mal ce qui justifierait que l'un des contractants décide, toutes affaires cessantes, de mettre un terme à son engagement en dehors de la procédure contentieuse imposée par le Code civil.

722. On peut volontiers admettre que la rupture unilatérale s'accompagne d'une mise en demeure préalable du contractant défaillant³⁴, comme le propose une partie de la doctrine à la lumière des droits étrangers³⁵. C'est du reste la position retenue par l'ordonnance du 10 février 2016, laquelle prévoit que le créancier doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable³⁶. En revanche, l'affirmation d'une compatibilité du respect d'un préavis avec la rupture unilatérale ne nous semble guère opportune. D'une part, elle risquerait d'entraîner une inutile précarisation des engagements³⁷, ce qui ne manquerait pas d'occulter du même coup les mérites de la technique³⁸. D'autre part, à trop étendre la notion de manquement grave, il est à craindre que le caractère dérogatoire de la rupture unilatérale perde de sa consistance. Pour contrecarrer l'orientation permissive de la première chambre civile, le droit du travail suggère d'assimiler le comportement grave à la faute grave, telle que la conçoit la discipline.

2. La suggestion d'une assimilation du comportement grave à la faute grave travailliste

723. En droit du travail, l'assimilation du comportement grave à la faute grave revient à subordonner l'emprunt de la voie extrajudiciaire à la vérification de l'urgence de la rupture

³³ *Comp.* Cass. civ. 1^{re} 24 sept. 2009, n° 08-14.524, où la rupture unilatérale était justifiée par les menaces sur la santé publique causées par la non-conformité des produits livrés. Si des indicateurs de l'urgence de la rupture transparaissent de la solution, celle-ci n'est qu'incidente et tient aux éléments de faits de la solution.

³⁴ Comme par exemple lorsque la rupture unilatérale vient sanctionner le « *refus persistant* » de l'acheteur de verser le prix convenu, Cass. civ. 1^{re} 9 juillet 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 187

³⁵ « *À tout le moins est-il souhaitable d'exiger une mise en demeure d'exécuter le contrat avant d'admettre la faculté de résiliation unilatérale. C'est d'ailleurs la solution admise en droit suisse des obligations (article 107)* », S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée ». *Deffrénois* 2006, p. 397 ; dans le même sens Ch. JAMIN, note sous CA Nancy, 20 novembre 2000, *JCP* 2002, II, n° 10113.

³⁶ L'article 1226 ajoute que « *la mise en demeure mentionne de manière apparente qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat* ».

³⁷ Voir Y.-M.LAITHIER, *op. cit.*

³⁸ Voir *infra*, *Une immédiateté de la rupture bienvenue*, n°738 et s.

(a). Il en découle une appréciation plus restrictive des comportements justifiant la rupture unilatérale (b).

a. La vérification de l'urgence de la rupture

724. Le Code du travail prévoit que la rupture du contrat à durée déterminée peut intervenir avant terme en raison d'une faute grave du salarié³⁹, lorsque celle-ci rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise⁴⁰. Cette conception semble d'ailleurs aujourd'hui s'étendre aux ruptures initiées par le salarié. La Cour de cassation a récemment décidé d'aligner son appréciation du comportement de l'employeur sur sa jurisprudence relative à la qualification de la faute grave justifiant le licenciement disciplinaire. En effet, là où la chambre sociale se référait jusqu'alors à des manquements d'une gravité suffisante⁴¹, un arrêt du 26 mars 2014 exige désormais que ceux-ci aient empêché la poursuite du contrat de travail⁴². Cette évolution sémantique fait naître quelques doutes quant à l'avenir des ruptures du contrat de travail à l'initiative du salarié, notamment à propos de la résiliation judiciaire⁴³. Au titre du licenciement disciplinaire en revanche, on sait que la chambre sociale estime que les agissements constitutifs de la faute grave du salarié rendent inconcevable l'exécution par celui-ci de son préavis⁴⁴ : contrairement à l'examen opéré par la première chambre civile, c'est l'urgence de la rupture qui est ici recherchée par le juge du travail⁴⁵.

³⁹ L'article L. 1243-1 du Code du travail dispose que « *sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail* ».

⁴⁰ Cass. soc. 27 septembre 2007, *Bull. civ. V*, n°146, *RDT* 2007, p. 650, note G. AUZÉRO.

⁴¹ Soc. 15 mars 2005, n°03-42070, *Dr. soc.* 2005, p. 824, obs. Ch. Radé.

⁴² La définition est par ailleurs identique s'agissant des manquements visés par la prise d'acte, Soc. 26 mars 2014, n°12-23634, *RJS* 2014, p. 384, *comp.* S.PELLE, « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail ». *D.* 2011, chron., p. 1240, critiquant l'exigence d'une faute grave de l'employeur, « *partant du constat que l'employeur peut rompre le contrat de travail en imputant la rupture salariée dès la faute simple, pourquoi exiger un "manquement grave" ou une "faute grave" lorsque c'est l'attitude de l'employeur qui justifie la rupture ? Par une sorte de parallélisme des fautes, il serait possible de concevoir la justification de la prise d'acte dès la démonstration d'une faute simple de l'employeur ou, pour utiliser la terminologie droit de licenciement, des la caractérisation d'une faute sérieuse* ».

⁴³ S'agissant de la rupture à l'initiative du salarié, le choix, récent, d'une définition du manquement grave similaire à celle retenue dans le cadre du licenciement disciplinaire pose désormais la question de la compatibilité de la résiliation avec le maintien du salarié dans l'entreprise, voir nos observations « L'action en résiliation judiciaire du contrat de travail, une espèce menacée ? ». note sous Cass. soc. 29 janvier 2014 et 26 mars 2014, *RDT* 2014, p. 544

⁴⁴ Cass. soc. 15 mai 1991, *Bull. civ. V*, n°237, *RJS* 2005, n°963 ; Cass. soc. 10 novembre 1998, *RJS* 1999, n°164.

⁴⁵ « *Là où la chambre civile qui juge compatible le constat d'une faute grave et le respect d'un préavis, la chambre sociale interdit à l'employeur d'invoquer la faute grave lorsqu'il a respecté le préavis* », P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail : modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? ». in *La crise du*

725. Portée par le critère de l'urgence, l'appréciation de la faute grave travailliste pourrait alors guider celle du comportement dont la gravité justifie la rupture unilatérale du contrat en droit civil. Le rapprochement de cette dernière et de la rupture anticipée des contrats de travail à durée déterminée est d'ailleurs effectué par certains auteurs⁴⁶, en particulier au moment de déterminer les critères, et de qualifier la gravité du manquement justifiant la voie extrajudiciaire⁴⁷. Il faut dire que la définition de la faute grave du salarié rappelle à bien des égards la jurisprudence civiliste du début du XX^e siècle, au point de douter du rôle préfigurateur que certains auteurs attribuent au droit du travail dans l'avènement de la rupture unilatérale avant terme⁴⁸. On songe ainsi à des arrêts ayant admis la rupture unilatérale du contrat dans des situations où les rapports personnels entre les cocontractants étaient devenus intolérables⁴⁹, et pour lesquelles, c'est « *l'urgence ou plus encore l'état de nécessité [qui] justifiaient cette entorse au droit commun* »⁵⁰.

726. Tout se passe comme si la définition suggérée par le droit du travail conduisait la Cour de cassation à revenir aux sources de sa jurisprudence relative aux ruptures extrajudiciaires. L'apport du droit du travail pourrait également se doubler d'une obligation de motiver les ruptures unilatérales en mettant en avant les raisons permettant de caractériser l'urgence du terme mis à l'engagement⁵¹. Au reste, c'est ce que prévoit désormais l'article 1226 al. 3 du Code civil en retenant, dans cette hypothèse, que lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

727. L'assimilation du comportement grave à la faute grave travailliste aurait en outre le mérite de mettre fin à une appréciation disparate du comportement litigieux selon les

contrat, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Dalloz, 2004, p. 210, observant que « *sous ces deux réserves cependant, le recours de la résolution judiciaire quasiment achevée en droit du travail a de toute évidence quelque chose de contagieux* ».

⁴⁶ Par exemple, Th. REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail ». in *Les frontières du salariat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 1996, p. 195 ;

⁴⁷ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°643.

⁴⁸ É. BAZIN, « La résolution unilatérale du contrat ». *RRJ* 2000-4, p. 1381, spé. n°34, percevant « *dans la nouvelle résolution unilatérale du contrat en cas de comportement grave du débiteur, une pale copie de ce qui existe déjà en droit du travail* ».

⁴⁹ Cass. civ. 17 janvier 1906, *S.* 1909, 1, p. 205 ; Cass. civ. 22 octobre 1920, *S.* 1922, 1, p. 369, note R. MOREL ; sur ce point voir notamment G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, tome 1, *Les sources*, Sirey, Paris, 2^e éd., 1988, n° 337

⁵⁰ Ch. JAMIN, « Vers la résolution unilatérale du contrat ». *D.* 1999, p. 197, spé. n°4.

⁵¹ Voir *infra*, *L'exigence d'une motivation de la rupture*, n°778 et s

différentes chambres de la Cour de cassation que rien ne justifie sérieusement. La mise en évidence de l'urgence de la rupture occupe en effet une place cardinale dans la manière dont la chambre commerciale caractérise le manquement qui autorise une rupture unilatérale du contrat. Dans un arrêt du 4 février 2004, par exemple, les juges se réfèrent à l'urgence de mettre fin à l'engagement, approuvant la cour d'appel d'avoir fait ressortir l'impossibilité de poursuivre le contrat⁵². En optant pour une appréciation identique, la première chambre civile conformerait sa position à celle de la chambre commerciale et de la chambre sociale. Outre l'uniformisation qui en résulterait, ce ralliement aurait également le mérite de promouvoir une conception plus restrictive du manquement grave dont il faut à présent souligner la pertinence.

b. La pertinence d'une conception plus restrictive du comportement grave

728. L'appréciation du comportement du débiteur défaillant reflète dans une assez large mesure l'importance attachée par le juge à la force obligatoire du contrat : « *une interprétation magnanime favorisera la stabilité du rapport d'obligation en dépit des incartades dont fait preuve une partie, tandis qu'une approche intransigeante placera dans une situation précaire le sujet qui enfreint la discipline contractuelle* »⁵³. On peut admettre que la défense d'un mode de rupture extrajudiciaire nourrisse la crainte d'une fragilisation de la parole donnée. Dans ces conditions, le choix d'une conception restrictive du comportement dont la gravité justifie la cessation du rapport contractuel peut inciter le contractant à ne pas prendre à la légère la décision de rompre son engagement.

729. La rigueur de l'appréciation à laquelle se livre la chambre sociale fait également reculer le risque d'arbitraire pointé par certains⁵⁴. Tout en étant parfois présenté, à tort selon nous⁵⁵,

⁵² Cass. com. 4 février 2004, n°99-21480 ; dans le même sens Cass. com. 6 juillet 1999, n°96-20495 ; voir également CA Nancy 20 novembre 2000, « *même en cas de comportement grave à l'exécution des obligations de son cocontractant, une partie ne peut être admise à rompre unilatéralement le contrat, avant d'avoir obtenu une décision de justice, que si elle établit que l'urgence imposait la résolution immédiate des relations contractuelles* », JCP 2002, II, n° 10113, note Ch. JAMIN.

⁵³ É. GARAUD, « La rupture unilatérale pour inexécution suppose un comportement grave du débiteur défaillant ». RLDC 2004, n°40, p. 44.

⁵⁴ Th. GENICON, *op. cit.*, n°613, « *il a très vite été perçu que l'inconvénient majeur de la résolution unilatérale tient au risque d'arbitraire qu'elle comporte pour ainsi dire par essence* », l'auteur rappelant à cet égard les mots de Monsieur Yves-Marie Laithier pour qui « (...) *c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté en abuser (...)* », Y.-M.LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, 2004, n° 200.

comme l'inspirateur de l'entorse prétorienne à l'ancien article 1184 du Code civil⁵⁶, le droit du travail lui oppose dans le même temps quelques tempéraments non-négligeables⁵⁷. Mais surtout, la possibilité de résilier le contrat à durée déterminée pour faute grave⁵⁸, tout comme la faculté pour le salarié de prendre acte de la rupture de son contrat de travail⁵⁹, ne font dire à personne que la discipline favorise l'arbitraire et l'abus dans la rupture des contrats. C'est même tout le contraire à lire les auteurs qui voient dans le droit du travail une source d'inspiration pour l'encadrement de la rupture du contrat⁶⁰. Le danger ne réside donc pas tant dans l'éventualité d'un recours abusif à la rupture unilatérale que dans l'insuffisance du contrôle opéré sur sa mise en oeuvre⁶¹.

⁵⁵ En témoigne l'antériorité de la rupture unilatérale dans la jurisprudence civile, Cass. civ. 17 janvier 1906, S. 1909, 1, p. 205.

⁵⁶ « *la Cour de cassation a entendu poser un principe directement concurrent de celui fixé par l'article 1184 du Code civil (...). Ce principe vient peut-être du droit du travail. C'est là encore une justification qui nous rattacherait au passé et nous prouverait que les branches droit sont décidément poreuses. En cette matière, quelques arrêts ont autorisé, au mépris de l'article 1184, la résolution unilatérale du contrat, lorsque la gravité du manquement de l'employé est telle qu'elle interdit plus longtemps la poursuite de sa collaboration avec l'employeur* », Ch. JAMIN, « Vers la résolution unilatérale du contrat ». D. 1999, p. 197. « *On ne peut douter que le droit du licenciement ait inspiré la résolution unilatérale du contrat, toutefois on ne peut pousser trop loin le rapprochement tant sont nombreuses les différences* », A. POUSSON, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – Influences croisées (1988-2003) ». in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, J. Krynen et M. Hecquard-Theron (dir.), PU Toulouse, 2005, p. 151, p. 174 ; « *dans son avis (Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, www.courdecassation.fr), la Cour de cassation ne s'est pas opposé, dans son principe, à l'admission du caractère unilatéral de la résolution d'un contrat pour inexécution. La cour de cassation rattache étrangement cette opinion à la jurisprudence relative à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée par le salarié qui permet d'engager la responsabilité de l'employeur* », Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008, n° 593 ;

⁵⁷ « (...) *la rupture unilatérale du contrat de travail s'accompagne aujourd'hui des garanties propres au droit de licenciement (...)* », Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 197.

⁵⁸ L'article L. 1243-1 du Code du travail dispose que « *sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure* ».

⁵⁹ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, n°804 et s. ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°303 et s.

⁶⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations ». *SSL* 28 octobre 2002, n° 1095 ; P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail : modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Dalloz, 2004, p. 197 ; Th. REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail ». in *Les frontières du salariat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 1996, p. 195 ; J. MESTRE, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats ». *Dr. soc.* 1988, p. 405 ; J. MOULY, « Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique ». in *Mélanges Lamobois*, PU Limoges, 2004, p. 359.

⁶¹ Comme le souligne Monsieur Genicon, « *à y regarder de plus près, ce sont les droits qui régissent les situations où les intérêts en présence sont, du côté du faible, assimilable à un besoin, qui admettent le plus largement un droit de rupture unilatérale. Ceci étant dit, les sanctions prévues en cas d'usage illégitime de ce droit sont pensées pour être suffisamment dissuasives* », Th. GENICON, *op. cit.*, n°562 ; en droit civil voir B. FAUVARQUE-CAUSSON, D. 2010, p. 224, « *l'exigence d'un comportement grave mais aussi les précautions qui entourent l'exercice du droit de notifier unilatéralement la résolution et les délais laissés au débiteur pour s'exécuter devraient, en principe, permettre d'encadrer et de limiter l'usage de la rupture unilatérale* ».

730. On peut ainsi observer dans les législations étrangères qui permettent à un contractant de mettre fin unilatéralement à un contrat, cette faculté ne vient pas bouleverser la confiance légitime des justiciables en la force obligatoire des engagements⁶². La rupture unilatérale ne vient pas davantage perturber les échanges commerciaux, à en juger par les dispositions qui l'autorise dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980⁶³, et dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international⁶⁴. Outre les enseignements fournis par les droits étrangers et les sources internationales, l'exemple du droit du travail devrait lui aussi s'avérer rassurant.

731. Une dernière critique de la rupture unilatérale tient, enfin, aux prétendues insuffisances d'un contrôle juridictionnel *a posteriori*. Là encore, les obstacles avancés ne paraissent pas infranchissables⁶⁵. Il est vrai que la rupture unilatérale peut avoir tendance à placer le juge devant le fait accompli lorsque les circonstances, ou la substitution d'un nouveau partenaire notamment, rendent illusoire la restauration de l'engagement rompu⁶⁶. Mais le recours à la responsabilité civile peut tout à fait, croyons-nous, compenser le préjudice subi par la victime

⁶² Évoquons, par exemple, l'article 1604 du Code civil québécois et l'article 265-1 du Code civil néerlandais.

⁶³ Ratifiée le 6 août 1982 et qui entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988, la Convention de Vienne dispose dans son article 49 que « l'acheteur peut déclarer le contrat résolu si l'inexécution par le vendeur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat constitue une contravention essentielle du contrat ».

⁶⁴ L'article 7.3.1.1 des Principes prévoit qu' « une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie »

⁶⁵ On admettra toutefois que « si en théorie le juge n'a pas à s'incliner devant le fait accompli et peut donc restaurer la force obligatoire du contrat, on l'imagine mal ordonner pareille mesure lorsque le créancier a eu le temps de se tourner vers un nouveau partenaire, tel le concédant qui se hâte de remplacer un concessionnaire écarté de son réseau de distribution », É. GARAUD, « La rupture unilatérale pour inexécution suppose un comportement grave du débiteur défaillant ». *RLDC* 2004, n°40, p. 2 ; dans le même sens D. MAZEAUD, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando ». in *Mélanges Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, p. 214, pour qui « il ne faut pas, en effet, se leurrer sur la portée du contrôle judiciaire ; saisi d'une demande visant à apprécier la légitimité de la résolution unilatérale, le juge ne pourra pas annihiler le pouvoir destructeur et ressusciter le contrat unilatéralement résolu ; il pourra seulement, ne serait-ce que pour des raisons de pure opportunité, compenser, par l'octroi de dommages-intérêts le préjudice subi par le débiteur du fait de la révocation unilatérale et donc fautive ».

⁶⁶ « si en théorie le juge n'a pas à s'incliner devant le fait accompli et peut donc restaurer la force obligatoire du contrat, on l'imagine mal ordonner pareille mesure lorsque le créancier a eu le temps de se tourner vers un nouveau partenaire, tel le concédant qui se hâte de remplacer un concessionnaire écarté de son réseau de distribution », É. GARAUD, « La rupture unilatérale pour inexécution suppose un comportement grave du débiteur défaillant ». *RLDC* 2004, n°40, p. 2 ; dans le même sens D. MAZEAUD, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando ». in *Mélanges Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, p. 214, pour qui « il ne faut pas, en effet, se leurrer sur la portée du contrôle judiciaire ; saisi d'une demande visant à apprécier la légitimité de la résolution unilatérale, le juge ne pourra pas annihiler le pouvoir destructeur et ressusciter le contrat unilatéralement résolu ; il pourra seulement, ne serait-ce que pour des raisons de pure opportunité, compenser, par l'octroi de dommages-intérêts le préjudice subi par le débiteur du fait de la révocation unilatérale et donc fautive ».

d'une rupture abusive⁶⁷, d'autant que la voie de l'exécution forcée n'est pas toujours la plus évidente. Certains doutent ainsi ouvertement de l'efficacité des solutions vouées à restaurer une relation contractuelle abusivement rompue⁶⁸. Comme le relève le Professeur Rochfeld, « lorsque le bien est facilement accessible, n'est pas spécifique et/ou qu'il n'est pas plus coûteux de se le procurer auprès d'un tiers, le créancier trouverait une meilleure satisfaction dans [la résolution unilatérale] et il lui serait plus efficace, toujours économiquement, de ne pas affronter la résistance du débiteur »⁶⁹. En présence d'un contrat à durée déterminée, par exemple, l'auteur de la rupture pourrait être condamné à verser une indemnité équivalente au profit qu'en aurait tiré le débiteur jusqu'à son terme⁷⁰, à l'image de ce que prévoit le Code du travail⁷¹. Dans le cas où la rupture viserait un contrat à durée indéterminée, le montant des dommages-intérêts serait alors fonction des préjudices allégués par le contractant victime de la cessation de l'engagement⁷².

⁶⁷ Seulement lorsque le maintien forcé n'est pas envisageable, voir J. MESTRE, « Rupture abusive et maintien du contrat ». *RDC* 2005, p. 105, voyant dans maintien forcé « un pendant nécessaire au développement dans notre droit de la faculté de résiliation unilatérale pour comportement gravement répréhensible du cocontractant. Si, en effet, on ne veut pas que cette faculté soit la porte ouverte à trop d'évasions prématurées injustifiées, il faut, nous semble-t-il, renforcer la sanction judiciaire susceptible d'atteindre ces dernières » ; dans le même sens S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée ». *Deffrénois*, 2006, p. 390, considérant que « lorsque la résiliation unilatérale n'est pas justifiée, le juge doit pouvoir maintenir le contrat. Il ne doit pas se contenter de condamner à des dommages-intérêts » ; confirmant cette analyse Cass. com. 18 novembre 2008, n°07-20304, *RDC* 2009, p. 484, obs. D. MAZEAUD ; *contra*. M. BILLIAU, Ch. JAMIN, note sous Cass. civ. 1^{re} 7 novembre 2000, n°99-18576, *D.* 2001, p. 258 pour qui le juge ne peut forcer le maintien du contrat en cas de rupture abusive et doit se borner à « la mise en œuvre de la responsabilité civile, ce qui se traduit par l'octroi de dommages-intérêts » ; préférant l'octroi d'une réparation à l'exécution forcée, voir aussi J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARDET, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis-Lefebvre, Paris, 2010, 4^e éd., n° 1341.

⁶⁸ C. COULON, « L'influence de la durée du contrat sur l'évolution des sanctions contractuelles ». in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, F. Collart Dutilleul, C. Coulon (dir.), Economica, Paris, 2007, p. 41, « le fait est que la victime sera rarement disposée à poursuivre la relation (...). Ainsi, par exemple, un locataire évincé à la suite d'un congé fondé sur de faux motifs devrait pouvoir théoriquement exiger de réaménager dans les lieux loués. Mais il est probable que, par nécessité, il se sera déjà relogé depuis. En réalité, il faut admettre que les relations qui méritent le plus d'être protégées sont justement celles qui seront les moins à même d'être restaurées, dès lors que la victime, par besoin, se sera déjà tournée vers une solution de remplacement ».

⁶⁹ J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit à l'exécution ». *RDC* 2006, p. 124.

⁷⁰ Ch. JAMIN, « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée ». *D.* 2001, p. 1569.

⁷¹ L'article L. 1243-4 du Code du travail dispose que « la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qui intervient à l'initiative de l'employeur, en dehors des cas de faute grave ou de force majeure, ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat (...) »

⁷² A. VAISSIERE, « À propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée ». *RLDC* 2006, p. 29, spé. n° 24 et s. ; voir également P.-Y. GAUTIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 71, pour considérant que l'on « ne maintient pas dans le contrat une partie qui a décidé de le répudier, même si elle a tort, c'est aussi de la sociologie juridique à prendre en compte. Des dommages-intérêts, le cas échéants « punitifs », suppléeront alors une exécution forcée qui n'a plus grand sens ».

732. Au plan processuel, on peut ainsi parfaitement comprendre que des partis pris en faveur d'une soumission du contentieux de la rupture unilatérale à un juge des référés⁷³ puissent alimenter la crainte d'un contrôle « au rabais »⁷⁴. Toutefois, la rigueur de l'appréciation à laquelle se livrent les juges du travail devrait, là aussi, apaiser les inquiétudes. En outre, avec l'obligation de motivation⁷⁵ et l'exigence d'une cause réelle et sérieuse⁷⁶, sur lesquelles nous reviendrons plus en détail, le juge dispose d'outils performants dans l'appréciation du bien-fondé de la rupture. Ceux-ci laissent penser qu'à bien des égards, le droit du travail pourrait guider l'édification d'un contrôle *a posteriori* des ruptures unilatérales dont l'intensité n'aurait rien à envier à celle de l'examen *a priori* prescrit par l'ancien article 1184 du Code civil⁷⁷.

733. En témoigne l'évolution qu'a connue le droit du licenciement pour motif économique avec la suppression de l'autorisation administrative de licenciement par les lois du 3 juillet⁷⁸ et du 30 décembre 1986⁷⁹. Le changement a pu susciter quelques interrogations légitimes au moment de son apparition⁸⁰, mais les décisions rendues depuis par la Cour de cassation ne permettent pas d'affirmer que ce passage, d'un contrôle administratif *a priori* à un contrôle judiciaire *a posteriori*, a eu pour conséquence d'alléger les exigences prétoriennes en matière de ruptures pour motif économique. Parallèlement à la défense d'une appréciation restrictive

⁷³ Voir notamment J.-P. ANCEL, « Le référé - contrat ». *D.* 2006 Tribune, p. 2409, proposant d'ajouter un nouvel alinéa à l'article 809 du Code de procédure civile aux termes duquel le juge des référés serait autorisé à « (...) statuer, au besoin par voie d'interprétation, sur toute difficulté relative au contrat, de nature à compromettre gravement la poursuite des relations contractuelles »

⁷⁴ L'intervention du juge *a posteriori* induirait « une transformation profonde de la nature même de sa mission (...) il est par conséquent à craindre que le rôle du juge se limitera, dans de nombreuses hypothèses, à porter un jugement sur la régularité de la rupture et non sur son principe même », Ch. RADÉ, « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques ». *LPA* 1995, n°81, p. 26, spé. 28 ; dans le même sens, craignant le passage d'un « juge contrôleur » à un « juge homologateur », J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution », *RDC* 2006, p. 125.

⁷⁵ Voir *infra*, L'exigence d'une motivation de la rupture, n°778.

⁷⁶ Voir *infra*, L'apport du droit du travail au contrôle de la légitimité de la rupture de l'acte juridique, n°822 et s.

⁷⁷ Examen dont certains auteurs relativisent par ailleurs la nécessité, L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives ». *Dt. et patr.* 2004, p. 67, estimant qu'hormis « l'octroi d'un délai, le pouvoir du juge en matière de résolution ne devrait présenter aucune particularité. Il consiste toujours à sanctionner la faute éventuelle dans la mise en oeuvre d'une prérogative. Cet office du juge relève tout simplement du contentieux de l'abus de droit. Au fond, rien exige que ce contrôle soit préalable à la mise en oeuvre de la prérogative ».

⁷⁸ Loi n° 86-797 du 3 juillet 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement.

⁷⁹ Loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement.

⁸⁰ N. NORMAND, « Le contentieux, nouvelles perspectives ». *Dr. soc.* 1987, p. 259 ; A. SUPIOT, « Le contrôle prud'homal des licenciements économiques ». *Dr. soc.* 1987, p. 268.

des comportements justifiant la rupture unilatérale du contrat, le droit du travail invite également à reconsidérer les effets qui lui sont actuellement attachés.

B. L'apport du droit du travail à la détermination des effets de la rupture unilatérale

734. Le principal avantage de la rupture unilatérale par rapport à la saisine du juge *a priori* des articles 1226 et 1227 du Code civil réside dans son immédiateté **(1)**. L'observation du mécanisme d'un point de vue travailliste conduit cependant à souligner le caractère inapproprié de la rétroactivité que les chambres civiles et commerciale attachent à ce mode de rupture **(2)**

1. Une immédiateté de la rupture bienvenue

735. L'immédiateté de la rupture offre une réponse adaptée au créancier victime du comportement de son débiteur **(a)**, tout en préservant la faculté de recourir à la rupture judiciaire avec laquelle elle peut et doit coexister **(b)**.

a. L'importance de la rupture pour le créancier

736. La rupture unilatérale du contrat permet au créancier de se libérer d'un engagement que la défaillance de son débiteur a vidé de toute utilité. Comparée à l'attente d'une issue judiciaire lente⁸¹, incertaine⁸², obligeant à supporter les frais inhérents à l'intervention du juge⁸³, et susceptible de compromettre la situation financière du créancier, la rupture unilatérale initiée par le contractant victime de l'inexécution paraît relever d'un acte de légitime défense⁸⁴.

737. Parallèlement aux coûts financiers attachés à l'emprunt de la voie contentieuse, le maintien d'un contrat non-exécuté peut porter encore plus directement atteinte aux intérêts

⁸¹ « En somme, c'est une anticipation exceptionnelle, un empiètement accidentel, mais utile, compte tenu des lenteurs de la justice, sur un pouvoir judiciaire qui demeure tout de même l'essentiel », L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives ». *Dt. et patr.* 2004, p. 65.

⁸² N. RZEPECKI, note sous Cass. civ. 1^{re} 13 octobre 1998, *JCP G*, 1999, n°29, II, 10133.

⁸³ D MAZEAUD, « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution - Rapport français ». *RDC* 2010, p. 1080.

⁸⁴ Pour reprendre l'expression de Morel, R. MOREL, note sous Cass. civ. 22 octobre 1920, *S.* 1922, 1, p. 369.

économiques du créancier. « *L'idée fondamentale qui* », selon Cassin, explique les décisions admettant une rupture unilatérale du contrat, « *c'est qu'il serait inique d'obliger celui qui est manifestement lésé et mis en péril pressant par les agissements de l'autre, à continuer dans tous les cas l'exécution à découvert de son côté, pendant la durée d'un procès que la mauvaise foi de l'adversaire risque de prolonger longtemps* »⁸⁵. On pourrait bien sur rétorquer que l'exception d'inexécution offre un palliatif satisfaisant au contractant lésé, mais ce serait ignorer que dans un certain nombre de situations le créancier ne peut se contenter de suspendre ses prestations⁸⁶. Tant que le contrat n'est pas rompu, l'application du régime de la suspension tournée vers une reprise future de son exécution oblige, en effet, le créancier à immobiliser une partie de son industrie au profit de son partenaire indélicat.

738. Plus encore, la suspension du contrat lui interdit de souscrire avec autrui un engagement portant sur un objet identique, alors même que l'opération envisagée initialement s'inscrit dans des délais au-delà desquels elle ne présenterait plus la moindre utilité⁸⁷. Imaginons, avec le Professeur Jamin⁸⁸, une situation où l'excitation d'un spectateur est telle qu'elle perturbe gravement le déroulement d'un concert. L'expulsion du fâcheux s'analysera en une exception d'inexécution entraînant la suspension du contrat de location de spectacle. Pour autant, elle n'autorisera pas le maître des lieux à exclure définitivement l'agitateur et à céder sa place à autrui⁸⁹. Dans cet exemple, on pourrait considérer que la place ayant été payée, l'organisateur du spectacle ne subit pas de préjudice. Mais dans d'autres situations impliquant un partenaire

⁸⁵ R. CASSIN, « Réflexions sur la résolutions judiciaire des contrats pour inexécution ». *RTD civ.* 1945 p. 178.

⁸⁶ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°579, « *certes l'exception d'inexécution lui permet d'éviter le préjudice qui pourrait résulter d'une exécution à découvert, mais elle ne lui permet guère d'éviter celui qui résulte de l'attente de la prestation due* ».

⁸⁷ C. COULON, « L'influence de la durée du contrat sur l'évolution des sanctions contractuelles ». in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, F. Collart Dutilleul, C. Coulon (dir.), Economica, Paris, 2007, p. 40, « *la durée convenue du contrat s'adapte à sa durée utile. Et cela se ressent au plan des sanctions, car c'est bien ce qu'exprime, dans une certaine mesure, l'idée de rupture unilatérale pour comportement grave : si cette sanction a pu trouver droit de cité dans notre système juridique, c'est parce qu'on admet que la durée initialement prévue puisse être écourtée si la relation a perdu tout intérêt pour l'une des parties* ».

⁸⁸ S'inspirant lui-même d'une célèbre décision du tribunal civil de la Seine en date du 31 juillet 1987, *S.* 1898, 2, p. 25.

⁸⁹ Dans le même ordre d'idée, voir Ch. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Economica, 1999, p. 74, spé. n°9, « *La seule façon, dont celui qui souhaite aboutir, cette fois-ci de manière indirecte, à une résolution unilatérale du contrat, et alors de plaider la mise en oeuvre d'une exception d'inexécution, car il ne sera plus possible de lui reprocher de ne pas avoir sollicité l'intervention préalable du juge. Pour autant qu'elle soit admise, l'exception d'inexécution n'est pas la résolution. L'exception d'inexécution ne permet en aucun cas l'irréversible, qui consisterait pour le concédant à conclure un contrat de concession avec un tiers. Autrement dit, si j'expulse un spectateur d'une salle de spectacle parce qu'il est excité, je n'ai pas le droit d'attribuer sa place à un tiers, car je dois lui réserver la possibilité d'y retourner si'il se calme !* ».

à une relation à exécution successive, la simple suspension du contrat peut avoir pour effet de rendre onéreux, voire impossible, la souscription d'un nouvel engagement.

739. La rupture unilatérale permet quant à elle de restaurer les marges de manœuvres initiales du créancier. Cette liberté retrouvée accorde en effet à l'individu la possibilité de rechercher plus efficacement un nouveau partenaire avec qui réaliser l'opération économique précédemment compromise. Ainsi, pour le Professeur Denis Mazeaud, « *l'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution traduit l'accueil de l'analyse économique du droit dans notre modèle contractuel (...) le créancier victime de l'inexécution (...) peut, dans un délai compatible avec les exigences de compétitivité et de concurrence qui rythment la vie de son entreprise, conclure un nouveau contrat avec un nouveau partenaire* »⁹⁰.

740. Tel que le souligne Monsieur Christophe Jamin, le fait de ne pas avoir invoqué l'état de nécessité, ni l'urgence, et de s'en être tenu à la seule gravité du manquement reproché [au débiteur], montre que la Cour de cassation a entendu poser un principe directement concurrent de celui autrefois fixé par l'article 1184 du Code civil⁹¹. La solution adoptée par la première chambre civile bénéficie dès lors d'un champ d'application potentiellement très vaste. Outre la plasticité du cadre posé par les hauts magistrats consistant à ne viser que la seule « gravité du comportement d'une partie », la dérogation au principe de résiliation judiciaire des contrats à durée déterminée est susceptible de concerner tous les engagements volontaires de droit privé en l'absence de dispositions légales le prévoyant. La promotion de la rupture unilatérale n'a cependant pas pour effet d'exclure un recours à la rupture judiciaire avec laquelle elle doit alors coexister.

b. La coexistence de la rupture unilatérale avec la rupture judiciaire

741. La rupture unilatérale du contrat en raison des manquements graves d'un des débiteurs présente de sérieux atouts, mais l'introduction d'un tel mécanisme en droit civil continue de

⁹⁰ D MAZEAUD, *op. cit.*, p. 1080.

⁹¹ Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 197, spé. n°4, précisant à propos de l'arrêt du 13 octobre 1998 que « *cet état de nécessité n'existait pas en l'espèce : il ne s'agissait pas ici d'un praticien en état d'ébriété qu'il fallait d'urgence éloigner de ses patients mais d'un médecin qui, depuis plusieurs années déjà, et semble-t-il depuis 1981, manquait aux obligations mises à sa charge. Peu importait donc ici la gravité avérée de ses manquements : le fait qu'ils aient existé depuis longtemps privait de fondement la résolution unilatérale du contrat au regard de l'urgence* »

faire l'objet d'une forte suspicion. Jusqu'à l'introduction du nouvel article 1226 par la réforme du droit des contrats, était ainsi invoquée la violation de l'article 1184 du Code civil à travers la méconnaissance du caractère judiciaire de la rupture anticipée de l'engagement⁹². La promotion de la rupture unilatérale dans les conditions précitées ne paraissait pourtant pas incompatible avec cette disposition. Tout d'abord, comme l'expose le Professeur Ghestin, il est sans doute préférable d'admettre que le caractère judiciaire de la résolution n'est pas de son essence, puisqu'il peut être écarté par une clause résolutoire expresse⁹³. D'autant que la défiance affichée par le Code civil à l'égard des ruptures extrajudiciaires n'empêche probablement pas nombre de contrats marqués par un déséquilibre de puissance entre les parties d'être rompus au mépris des prescriptions légales⁹⁴.

742. Ensuite, l'admission d'une rupture unilatérale fondée sur un manquement grave du débiteur ne signifie nullement la disparition de la résolution judiciaire. Celle-ci conserve toute son utilité dans l'hypothèse où le créancier qui souhaite rompre le contrat hésite à qualifier l'attitude de son partenaire de manquement grave au sens où l'entend la jurisprudence. La résolution unilatérale, souligne Monsieur Thomas Genicon, présente tout simplement le risque d'une mauvaise appréciation de celui qui entend sortir du pacte⁹⁵. C'est la raison pour laquelle les deux modes de rupture sont appelés à coexister⁹⁶, à l'instar de l'option offerte au salarié. Au moment de rompre le contrat de travail en raison des manquements de son employeur, il peut choisir entre la résiliation judiciaire et la prise d'acte.

⁹² Certains auteurs y voyant une interdiction de se faire justice à soi-même, Th. GENICON, *op. cit.*, n°547, « on peut expliquer par deux raisons essentielles le caractère judiciaire de la résolution : l'interdiction de se faire justice soi-même – derrière laquelle se retrouve assez facilement l'interdiction édictée par l'article 1134 al. 2 du Code civil de se retirer unilatéralement du contrat – et la volonté judiciaire d'exercer un contrôle serré de la résolution, afin de notamment de faire pénétrer dans le débat des intérêts des considérations extérieures au contenu du contrat ».

⁹³ J. GHESTIN, *D.* 1973, p. 476, spé. n°474, note sous Cass. com. 15 janvier 1973.

⁹⁴ « (...) le plus préoccupant tient à ce qui se passera en dehors des prétoires. Il ne suffit pas de dire en effet que le débiteur peut se plaindre auprès du juge ; encore faut-il qu'il le fasse. Or, dans les rapports déséquilibrés notamment, il y a fort à parier que le débiteur se résignera souvent à accepter la décision du créancier », Th. GENICON, *op. cit.*, n°617.

⁹⁵ Th. GENICON, *op. cit.*, n°635, « (...) cela pourrait justifier que l'avènement de droit de rupture unilatérale intervienne non pas "à la place de" mais "à côté de" la résolution judiciaire. Il faudrait consacrer une sorte d'option ».

⁹⁶ En ce sens Th. GENICON, « Observations sur le Chapitre X - Inexécution du projet de réforme du droit des contrats », in *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats*, J. Ghestin (dir.), *LPA* 12 février 2009, n° 3, p. 81.

743. Dans le premier cas, ou bien le juge considère que les manquements allégués sont effectivement graves et il prononce la rupture du contrat assortie des effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁹⁷, ou bien il estime que la demande du salarié n'est pas justifiée et le contrat est maintenu⁹⁸. L'inconvénient réside alors dans le caractère potentiellement tardif de la rupture. Dans le second cas, le contrat est réputé rompu au jour de la prise d'acte⁹⁹. L'examen prétorien intervient *a posteriori* et débouche sur une alternative plus risquée : soit la prise d'acte est fondée et elle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse¹⁰⁰ ; soit elle ne l'est pas et le salarié sera considéré comme démissionnaire¹⁰¹. Le créancier a le choix et selon les difficultés prévisibles, il choisira l'une ou l'autre voie¹⁰², ce qu'envisage le Code civil néerlandais en son article 6.267¹⁰³. Le droit du travail contribue ici à démontrer que la part d'incompressible incertitude entourant une rupture unilatérale anticipée rend nécessaire la coexistence des deux modes de rupture¹⁰⁴. Sur ce point, on peut observer, avec le Professeur Laithier, que si le projet de la Chancellerie envisage clairement cette coexistence¹⁰⁵, l'articulation entre les modes de résolution n'est pas entièrement réglée par les textes¹⁰⁶. L'auteur estime cependant qu'une fois la résolution demandée en justice, le créancier ne peut plus procéder par voie de notification¹⁰⁷. Le droit du travail semble quant à

⁹⁷ Cass. soc. 20 janvier 1998, *Bull. civ.* V, n°21.

⁹⁸ Cass. soc. 26 septembre 2007, *Bull. civ.* V, n°138.

⁹⁹ Cass. soc. 9 décembre 2009, *Bull. civ.* V, n°280.

¹⁰⁰ Cass. soc. 25 juin 2003, n°01-42679, *Bull. civ.* V, n°209.

¹⁰¹ *Ibidem*

¹⁰² D. TALLON, « L'article 1184 du Code civil : un texte à rénover ? » in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 232.

¹⁰³ L'article 6.267 du Code civil néerlandais dispose que « (...) la résolution s'effectue par déclaration écrite de celui qui peut invoquer » [al. 1] ; « la résolution peut également à la demande de celui-ci être prononcée par le juge » [al. 2] ».

¹⁰⁴ « (...) nous voyons la résolution non judiciaire comme une solution alternative à la résolution judiciaire que nous ne voulons en aucun cas abrogée. Il ne s'agit que d'une option supplémentaire pour le créancier, tout comme en droit hollandais », S. STIJNS, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre ». in *Les sanctions des obligations contractuelles : études de droit comparé*, M. Fontaine, G. Viney (dir.), Bruxelles, Bruylant ; Paris, LGDJ, 2001, p. 577.

¹⁰⁵ L'article 1224 du projet 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 ».

¹⁰⁶ Y.-M. LAITHIER, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 55.

¹⁰⁷ Y.-M. LAITHIER, *ibidem* ; en ce sens voir Cass. civ. 3^e 19 mai 2010, *Bull. civ.* III, n°98, « qu'ayant relevé, sans dénaturer, que, par courrier du 30 juillet 2004, la société Maiselec avait donné congé pour le 1^{er} novembre 2004 et délaissé les lieux à la fin du mois d'octobre 2004 et retenu que la SCI PEG avait accepté ce congé, la cour d'appel, qui a constaté que la convention des parties avait pris fin avant que ne soit formée la demande reconventionnelle tendant à sa résolution, en a exactement déduit que devait être rejetée la demande en résolution d'un bail expiré en vertu d'un congé accepté » ; *RDC* 2010, p. 1215, note Th. GENICON.

lui retenir une solution sensiblement différente dans la mesure¹⁰⁸. Ainsi, la prise d'acte de la rupture intervenue postérieurement à une demande de résiliation judiciaire prive cette dernière de son objet¹⁰⁹. Pour notre part, parce qu'à certaines situations d'urgence l'immédiateté de la rupture fournit une réponse appropriée¹¹⁰, nous pensons que la solution proposée par le droit du travail pourrait guider cette articulation des modes de rupture. Mais alors que la faculté d'option mérite d'être défendue, le caractère rétroactif de la rupture unilatérale s'avère en revanche inapproprié.

2. Une rétroactivité de la rupture inappropriée

744. L'assimilation de la rupture unilatérale du contrat à une résolution, pour manquement grave d'une partie à ses obligations, ne paraît guère appropriée¹¹¹. S'il est vrai que la solution entretient une évidente parenté avec l'ancien article 1184, et les actuels articles 1226 et 1227 du Code civil, visant explicitement la résolution, on sait aussi que contrairement à la résiliation qui n'emporte d'effets que pour l'avenir, la résolution opère rétroactivement¹¹². Elle conduit alors les parties à solliciter des restitutions dont la mise en œuvre, en nature ou, à défaut, par équivalent, peut parfois s'avérer délicate¹¹³, voire impossible, comme par exemple en présence d'un contrat de travail¹¹⁴. De plus, la résolution court-circuite les stipulations contractuelles dont l'objet était précisément de régir la rupture de l'engagement¹¹⁵, telles les clauses pénales, les clauses limitatives de responsabilité ou les clauses de non-concurrence¹¹⁶.

¹⁰⁸ La nouvelle définition du manquement justifiant la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur – Cass. soc. 26 mars 2014, *Bull. civ. V*, n°87, exigeant que le manquement ait « empêché la poursuite du contrat de travail » – pourrait remettre en cause les solutions traditionnelles en la matière.

¹⁰⁹ Cass. soc. 31 octobre 2006, *Bull. civ. V*, n°321, *RJS* 2007, n°46.

¹¹⁰ Voir *supra*, n°738 et s.

¹¹¹ Cass. com. 3 mai 2012, n° 11-17779, *JCP* 2012, n° 35, 901, note A. HONTEBEYRIE ; *D.* 2012, p. 1719, note A. ETIENNEY de SAINTE-MARIE ; *RTD civ.* 2012, p. 527, obs. B. FAGES ; Cass. civ. 3^e 20 juin 2012, n° 11-16197, *D.* 2013, p. 391, note S. AMARANI-MEKKI.

¹¹² Par exemple, H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 2. Obligations : théorie générale*, Montchrestien, Paris, 9^e éd., 1998, n°117, n° 110 ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *Les obligations. Tome 3, Le Contrat*, Economica, Traité de Droit civil, Paris, 7^e éd., 2014, n° 713.

¹¹³ Pour un exemple récent à propos de clauses limitatives de responsabilité, Cass. com. 5 octobre 2010, n° 08-11630, *JCP* 2011, 63, P. GROSSER ; voir plus largement J. GHESTIN, « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in *Mélanges Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 203 ; Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°762 et s.

¹¹⁴ Cass. soc. 10 juin 196, *Bull. civ. IV*, n° 441.

¹¹⁵ « Si la solution tient en peu de mots – l'anéantissement du contrat emporte la clause relative à la résiliation – son envergure est remarquable. Elle menace l'ensemble des stipulations contractuelles, et non pas seulement celles relatives à la résiliation. D'une logique implacable, le raisonnement fondé sur l'anéantissement du contrat ne laisse aucune place à des nuances tenant à l'objet de la clause ou à la volonté des parties de les voir

745. La vraie difficulté ne vise finalement pas tant l'obligation de restitution – tout à fait adaptée par ailleurs à certains contrats tels ceux portant sur une prestation échelonnée¹¹⁷ – que la remise en cause d'une période paisible durant laquelle la convention a été régulièrement exécutée¹¹⁸. Monsieur Thomas Genicon met ici en garde contre le risque de confusion entre la destruction rétroactive d'un acte juridique et les restitutions consécutives à l'opération¹¹⁹. Ces dernières visent simplement à prévenir le risque d'un déséquilibre contractuel découlant de la disparition de l'acte : la restitution n'est rien d'autre que le fait de rendre ce qui a été précédemment fourni¹²⁰. Or, cette remise à niveau des patrimoines n'implique pas à elle seule la négation de l'existence du contrat résolu¹²¹. Partant, la rétroactivité mériterait d'être analysée comme un « *simple instrument technique consistant à détruire les effets passés du contrat et non à nier sa réalité, [ne s'exerçant] en tant que de besoin si la fin spécifique de la résolution – assurer en droit la liquidation de l'opération économique portée par le contrat*

perdurer après la résolution », A. ETIENNEY de SAINTE-MARIE, « Menace sur les clauses ayant vocation à survivre à la résolution du contrat ». *D.* 2012, p. 1719, n°8.

¹¹⁶ « Ces clauses conservent certainement leur intérêt dès lors que la résolution n'est pas demandée ou pas obtenue. Pour autant, leur neutralisation par la résolution incitera les créanciers insatisfaits à des choix stratégiques totalement inédits. Il suffira par exemple de demander la résolution pour tourner une clause limitative de responsabilité et obtenir la complète indemnisation de son préjudice », A. ETIENNEY de SAINTE-MARIE, *op. cit.*, n°9.

¹¹⁷ Voir V.-D. DO, M. CHANG, « La résolution unilatérale du contrat en droit français : vers une harmonisation au sein de la Cour de cassation ». *LPA* 2004, n°72, p. 3, observant que « si l'avantage attendu du contrat est indivisible, comme dans le cas où plusieurs objets sont vendus et où il est probable que l'acheteur n'en aurait pas voulu s'il n'avait pu les acheter ensemble, il convient d'anéantir rétroactivement le contrat même si les prestations prévues s'échelonnent dans le temps » ; dans le même sens Th. GENICON, *op. cit.*, n°817, observant que pour certains contrats, comme par exemple l'audit d'une entreprise, « il arrive que les actes d'exécution ne soient que les étapes intermédiaires, sans intérêts par eux-mêmes, d'un projet contractuel qui ne sera utile qu'une fois pleinement achevé (...). La résolution ne peut consister alors à arrêter simplement le contrat, sauf à figer définitivement un déséquilibre contractuel qu'elle vise précisément à contrecarrer ».

¹¹⁸ M. STORCK, J.-Cl., *Civil Code*, Art. 1184, Fasc. 10 : Contrats et obligations. Obligations conditionnelles - Résolution judiciaire, n°74 ; dans le même sens N. GÉRARDIN, *Exécution partielle du contrat*, thèse Lille III, 1999, n° 542, pour qui « dès lors que l'avantage recherché par les parties et parfaitement divisibles, tant au regard de l'article 1218 de l'article 1217 du Code civil, il convient d'admettre que jusqu'au fait d'une exécution la convention a produit son plein effet, qu'aucun des contractants n'était lésé et, par conséquent, que rien ne justifie de revenir sur les effets passés ».

¹¹⁹ Th. GENICON, *op. cit.*, n°719, « il faut finir par comprendre qu'au stade des restitutions la rétroactivité ne joue plus aucun rôle car ces dernières ne détruisent aucun acte juridique passé – ni présent d'ailleurs – puisqu'il s'agit seulement d'acte d'exécution d'une prestation. On prend donc le risque de créer et d'entretenir des confusions inutiles ».

¹²⁰ Th. GENICON, *ibidem*.

¹²¹ Th. GENICON, *op. cit.*, 723, « il suffit de refaire le chemin parcouru en arrière pour supprimer toute trace de ce projet avorté, et l'on ne voit plus bien alors l'intérêt de faire croire, pour justifier le retour, que l'aller n'a jamais existé ».

pour remédier aux manquements – réclame de faire jouer l'effet résolutoire dans le passé »¹²².

746. La diversité des solutions adoptées par les différentes chambres de la Cour de cassation lors des ruptures judiciaires des contrats à exécution successive est par ailleurs symptomatique des problèmes posés par l'actuelle systématisation du caractère rétroactif de la restitution¹²³. Tandis que certains arrêts écartent la rétroactivité en situant la rupture du contrat au jour de la décision judiciaire¹²⁴, ou à la date des manquements la justifiant¹²⁵, d'autres optent pour un anéantissement rétroactif¹²⁶, en recherchant parfois si les manquements allégués ont entaché l'exécution du contrat dès son origine¹²⁷. Faute de jurisprudence homogène, rien n'interdit alors de plaider, à la suite d'une partie de la doctrine¹²⁸, pour un rattachement des effets produits par les ruptures unilatérales au régime de la résiliation du contrat, et ce, à l'image, de la position défendue par la chambre sociale.

747. Lorsqu'elle est sollicitée devant le juge, la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur est en effet qualifiée de résiliation¹²⁹, la relation de travail cessant en même temps que le prononcé de la décision¹³⁰. Sous son versant extrajudiciaire, la rupture devenue

¹²² Th. GENICON, *op. cit.*, 738, comme par exemple en matière de cautionnement afin de justifier « *que la caution qui a exécuté – et donc éteint – l'obligation en lieu et place du débiteur principal, puisse obtenir remboursement de ce qu'elle a versé une fois prononcée la résolution du contrat dont était issue l'obligation* », n°735 ; dans le même sens S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée ». *Deffrénois* 2006, p. 370, mettant en cause le postulat d'une rétroactivité faisant partie de l'essence de la résolution, là où elle constitue davantage « *un effet pratique de la notion et non une composante de la sanction* ».

¹²³ S. AMRANI-MEKKI, *ibidem*, relevant que « *cette rupture est tantôt qualifiée de résolution, tantôt de résiliation, voire dépourvue de toute précision tant la terminologie est à ce sujet embarrassante. Il est topique à cet égard que la Cour de cassation parle de mettre fin au contrat* ».

¹²⁴ Cass. civ. 3^e 16 octobre 1970, *Bull. civ.* III, n° 524 ; Cass. civ. 3^e 12 janvier 1977, *Bull. civ.* III, n° 19 ; Cass. civ. 1^{re} 20 janvier 1954, *Bull. civ.* I, n° 32.

¹²⁵ Cass. civ. 3^e 28 janvier 1975, *Bull. civ.* III, n° 33 ; Cass. com. 17 mars 1982, *Bull. civ.* IV, n° 97 ; Cass. civ. 1^{re} 6 mars 1996, *Bull. civ.* I, n° 118.

¹²⁶ Cass. com. 12 octobre 1982, *Bull. civ.* IV, n° 309.

¹²⁷ « *Si, dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, la résolution judiciaire pour absence d'exécution ou exécution imparfaite dès l'origine entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat* », Cass. civ. 3^e 30 avril 2003, *Bull. civ.* III, n° 87, n° 01-14.890, *JCP* 2004, II, 10031, note Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 2003, p. 501, n° 6, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹²⁸ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, Paris, 2^e éd. 1987, n° 332 ; A. BOUSIGES, *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, thèse Poitiers, 1982, p. 67 et 94 ; G. FARJAT, *Droit privé de l'économie, tome 2 : théorie des obligations*, PUF, Paris, 1975, p. 359.

¹²⁹ Rappelons que l'action en résiliation judiciaire est réservée au salarié, Cass. soc. 20 janvier 1998, *Bull. civ.* V, n°21.

¹³⁰ Dès lors qu'à cette date le salarié est toujours au service de l'employeur, Cass. soc. 11 janvier 2007, n°05-40626, *RDT* 2007, p. 237, note J. PÉLISSIER ; *Dr. soc.* 2007, p. 498, obs. J. SAVATIER.

unilatérale constitue une prise d'acte¹³¹ ; celle-ci produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifient, soit, dans le cas contraire, d'une démission¹³². Dans les deux cas, le contrat de travail est rompu au jour de la prise d'acte¹³³ : à l'instar de la résiliation, la rupture ne vaut que pour l'avenir. Cette solution pourrait utilement être transposée en droit civil en lieu et place de l'actuelle référence à la résolution du contrat. Elle ferait en outre écho à l'article 9.305 des Principes Unidroit qui, malgré l'emploi du terme « résolution », précise que la rupture est sans effet sur les droits et obligations qui avaient pris naissance au moment où elle est intervenue¹³⁴.

748. On peut donc se réjouir des termes de l'article 1229 du Code civil qui retient une position équilibrée et dispose que 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. En revanche, 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. En somme, tel que l'observe le Professeur Rochfeld, « *les effets de la rupture ne se développent alors que pour l'avenir, conformément à la suppression de la condition résolutoire comme fondement de la résolution* »¹³⁵. Si l'orientation choisie par l'ordonnance du 10 février 2016 se rapproche ici des solutions retenues par le droit du travail, il en va différemment s'agissant de la soumission de la rupture au principe du contradictoire.

II. La soumission de la rupture au principe du contradictoire

749. Le contradictoire, nous dit le Littré, désigne la qualité d'une décision rendue après débats. Selon Madame Frison-Roche, il s'agit d'un ensemble de règles garantissant à une partie la pleine connaissance de l'instance et la possibilité de défendre ses intérêts en y

¹³¹ Là encore, la prise d'acte est réservée au salarié, l'employeur qui désire mettre un terme à la relation de travail devant se tourner vers le licenciement, Cass. soc. 25 juin 2003, *Bull. civ. V*, n°208.

¹³² Cass. soc. 25 juin 2003, *Bull. civ. V*, n° 209.

¹³³ Cass. soc. 30 janvier 2008, *Bull. civ. V*, n°28.

¹³⁴ L'article 9.305 dispose que « *la résolution du contrat libère les deux parties de leur obligation d'effectuer la prestation ou de la recevoir dans le futur ; mais (...) elle est sans effet sur les droits et obligations qui avaient pris naissance au moment où elle est intervenue* ».

¹³⁵ J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit à l'exécution ». *RDC* 2006, p. 121.

participant, après le temps d'une réflexion nécessaire¹³⁶. On songe alors immédiatement à la contradiction qui anime le procès et dont la teneur est précisée par les articles 14 et suivants du Code de procédure civile¹³⁷. Structuré par le droit de savoir et le droit de discuter¹³⁸, le contradictoire entretient une proximité conceptuelle avec des droits de la défense qualifiés tour à tour de principe dominant en procédure¹³⁹ ou de droit fondamental à caractère constitutionnel¹⁴⁰, et considérés comme participant du droit au procès équitable affirmé par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹⁴¹. En droit du travail, les droits de la défense font par ailleurs l'objet d'une protection spécifique depuis la ratification par la France en 1989 de la convention 158 de l'Organisation internationale du travail relative au licenciement¹⁴², convention dont la mobilisation avait contribué à compromettre l'aventure du contrat nouvelles embauches¹⁴³.

750. Droits de la défense et principe du contradictoire peuvent cependant ne pas être tenus pour synonymes. Les deux notions se distinguent, tout d'abord, du point de vue de leurs domaines respectifs, la première incluant la seconde tout en recouvrant un périmètre plus large¹⁴⁴. Outre le contradictoire, sont ainsi compris dans les droits de la défense l'exigence de motivation des jugements, la publicité de l'audience ou encore la loyauté procédurale¹⁴⁵. Ensuite, les garanties processuelles offertes aux justiciables ne reçoivent pas la même signification d'une notion à l'autre. Pour une partie de la doctrine, la différence tient à ce qu'en application du principe du contradictoire, et contrairement aux droits de la défense, le

¹³⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988, n°7

¹³⁷ L'article 15 du même Code impose en ce sens 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* ».

¹³⁸ M. POIRIER, « Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise. Première partie : le droit à un débat contradictoire ». *Dr. ouvr.* 2010, p. 519.

¹³⁹ J. PRADEL, « Droits de la défense ». in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2003.

¹⁴⁰ Décision n°93-325 DC du 13 août 1993.

¹⁴¹ CEDH 18 mars 1997, Foucher c/ France, les droits de la défense sont ici appréhendés *via* le principe de l'égalité des armes visant « *l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* ».

¹⁴² Son article 7 dispose qu' « *un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité* ».

¹⁴³ Sur le point d'orgue judiciaire du CNE voir Cass. soc 1^{er} juillet 2008, n° 07-44.124, *JCP S* 2008, n°43, p. 21, note F. DUMONT.

¹⁴⁴ « (...) *la notion de droits de la défense contient celle de contradictoire tout en étant plus compréhensive* », G. WIEDERKHER, « Droits de la défense et procédure civile ». *D.* 1978, chron. p. 36.

¹⁴⁵ S. GUINCHARD, F. FERRAND, *Procédure civile*, Dalloz, Paris, *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2008, n°710.

destinataire de l'acte n'a pas droit à une explication contradictoire devant un tiers, il a simplement le droit à une explication devant l'autorité ayant le pouvoir de décision, laquelle autorité est juge et partie¹⁴⁶. Cela étant, l'incidence de l'absence d'impartialité du décideur sur l'appartenance du contradictoire aux droits de la défense ne doit pas être exagérée. Prenant le cas du procès, Monsieur Yannick Capdepon remarque que c'est en raison des droits de la défense que toute juridiction se devrait être impartiale, et non parce qu'elle est impartiale que les droits de la défense devraient s'appliquer¹⁴⁷. L'auteur en conclut que l'absence d'impartialité du décideur ne peut en aucun cas être un obstacle dirimant à l'applicabilité des droits de la défense dans tel ou tel domaine¹⁴⁸.

751. Loin d'interdire une mise en perspective des deux notions, la conscience de leur altérité permet au contraire de prendre la juste mesure de la diffusion du contradictoire au-delà du seul droit processuel. Notion cardinale dans la conduite du contentieux¹⁴⁹, la contradiction occupe aussi une fonction essentielle en dehors des prétoires¹⁵⁰, au coeur de ce que certains auteurs nomment les procédures sans procès¹⁵¹, ou associent à un mouvement de procéduralisation du droit¹⁵². En témoigne, en droit du travail, l'instauration de l'entretien préalable au licenciement dès 1973 (A) et dont l'exemple pourrait militer dans le sens d'une présence accrue du contradictoire lors de la rupture de certains contrats en droit civil (B).

A. L'instauration d'un entretien préalable à la rupture du contrat en droit du travail

¹⁴⁶ S. GUINCHARD, M. BANDRAC, M. DOUCHY, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ-FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel et droit comparé du procès*, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd., 2003, n°629.

¹⁴⁷ Y. CAPDEPONT, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2013, tome 122, n°400.

¹⁴⁸ Y. CAPDEPONT, *ibidem*, concédant néanmoins « qu'il est permis de penser que la qualité de "juge et partie" du décideur puisse justifier de ne pas tout à fait appréhender les garanties de la même manière que dans un procès classique »

¹⁴⁹ La contradiction est présentée comme « l'âme du procès », G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes ». in *Mélanges Bellet, Litec*, Paris, 1991, p. 90.

¹⁵⁰ Ainsi, pour ne citer que quelques en matière de procédures collectives, Cass. com. 8 janvier 2013, n°11-26059, d'arbitrage international, J.-P. SORTAIS, « Le principe du contradictoire en dehors du prétoire ? ». in *Mélanges Poudret*, Bibliothèque historique vaudoise, Lausanne, 1999, p. 246, ou de régulation économique, J.-Ph. FELDMAN, « L'AMF respecte-t-elle les droits de la défense ? ». *D.* 2009, p. 2756.

¹⁵¹ X. LAGARDE, « La procéduralisation du droit privé ». in *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, Université d'été du Barreau de Rouen, Presses universitaires de Rouen, 2004, p. 141 ; voir également L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2006, tome 454.

¹⁵² T. GRUMBACH, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail ». in *Mélanges Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 251.

752. L'importance de l'entretien préalable au licenciement tient à la possibilité offerte au salarié de se défendre des griefs formulés à son encontre lorsque la rupture intervient pour un motif personnel (1). Si l'introduction du contradictoire dans la procédure de licenciement constitue en ce sens une avancée pour les salariés, les insuffisances dont souffre l'entretien préalable dans la mise en oeuvre d'une défense efficace ne doivent toutefois pas être occultées (2).

1. L'importance de l'entretien préalable

753. En droit du travail, c'est la loi du 13 juillet 1973 qui impose pour la première fois une procédure contradictoire¹⁵³, *via* l'instauration d'un entretien obligatoire préalablement au licenciement¹⁵⁴ (étendu en 1982 aux sanctions disciplinaires¹⁵⁵). À ce titre, l'article L. 1232-2 du Code du travail prévoit que l'employeur qui envisage de licencier un salarié le convoque, avant toute décision, à un entretien préalable. L'article L. 1232-3 ajoute qu'au cours de l'entretien préalable, l'employeur indique les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du salarié. L'importance de cet entretien est telle que la convocation doit intervenir y compris lorsqu'est envisagé un licenciement pour faute grave et que le comportement incriminé rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise¹⁵⁶.

754. Apparaît à la lueur de ces dispositions la double finalité de l'entretien préalable¹⁵⁷, tentative de conciliation d'une part¹⁵⁸, et contradiction apportée par le salarié d'autre part. Selon une première approche, l'entretien est pour l'employeur le moyen d'obtenir toutes les précisions souhaitables afin de prendre une décision éclairée¹⁵⁹. Dans cette optique, l'entretien ne joue d'ailleurs pas qu'au bénéfice du salarié. Les informations recueillies peuvent

¹⁵³ Loi n°73-680 du 13 juillet 1973 modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée.

¹⁵⁴ G. LYON-CAEN, M.-Cl. BONNETÊTE, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 ». *Dr. soc.* 1973, p. 493.

¹⁵⁵ Par la loi n°82-689 du 4 août 1982 sur les libertés des travailleurs dans l'entreprise.

¹⁵⁶ Selon la définition de la faute grave donnée par la Cour de cassation en 2007, Cass. Soc. 27 septembre 2007, n° 06-43867.

¹⁵⁷ Sur ce point, et plus généralement sur la place du contradictoire dans les droits de la défense du salarié, voir M. POIRIER, « Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise. Première partie : le droit à un débat contradictoire ». *Dr. ouvr.* 2010, p. 516, spé. p. 524.

¹⁵⁸ Pour reprendre les termes employés lors des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi du 13 juillet 1973, *JOAN* 23 mai 1973, p. 1441, cité par M. POIRIER, *op. cit.*

¹⁵⁹ J. PÉLISSIER, « La réforme du licenciement ». *S.* 1974, p. 5

également dissuader l'employeur d'adopter une mesure inappropriée et susceptible d'être ultérieurement jugée comme illégitime¹⁶⁰.

755. Sous une seconde facette, l'entretien incarne davantage le respect d'une certaine forme de droit à la défense¹⁶¹. Au cours de cette étape de la procédure de licenciement, le salarié doit pouvoir faire valoir ses moyens de défense contre la décision que l'employeur envisage de prendre¹⁶². Par ses arguments et ses explications, il peut alors tenter d'infléchir la volonté de l'employeur de rompre le contrat de travail. Aussi la Cour de cassation veille-t-elle à ce que l'entretien donne aux salariés la possibilité d'organiser leur défense¹⁶³, ou de connaître les motifs de la mesure envisagée et de s'expliquer à leur sujet¹⁶⁴. De plus, là où la lettre de licenciement se borne à l'informer de griefs dont il fait l'objet, en même temps qu'elle fixe les limites d'un éventuel litige¹⁶⁵, l'entretien peut fournir au salarié l'occasion de prendre connaissance et de jauger la valeur des éléments probatoires recueillis par l'employeur¹⁶⁶. Reste qu'en pratique, les exigences attachées à la mise en oeuvre de l'entretien préalable ne permettent pas toujours d'atteindre l'objectif poursuivi. Il convient alors d'identifier les insuffisances de l'entretien préalable au licenciement en droit positif afin d'une part, de proposer des pistes d'amélioration et d'autre part, de mieux cibler les écueils à éviter dans la perspective d'une diffusion du mécanisme en droit civil.

2. Les insuffisances de l'entretien préalable

¹⁶⁰ « *Le législateur, relayé par le juge, exige de l'employeur le respect de certaines obligations procédurales, le conduisant à s'interroger sur la cause et les conséquences de la décision de rupture* », A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, Tome 48, n°149.

¹⁶¹ « *Étranger à la logique contractuelle, le consentement le privant de toute utilité, le principe du contradictoire trouve son siège naturel dans la décision. À défaut de consentir à celle-ci, son destinataire doit être à même d'y apporter la contradiction* », P. LOKIEC, « La décision et le droit privé ». *D.* 2008, p. 2.

¹⁶² J. SAVATIER, « L'entretien préalable au licenciement ». *Dr. soc.* 1991, p. 258, estimant que la finalité de l'entretien est de « *faire pénétrer dans la procédure interne à l'entreprise, le principe du contradictoire, il s'agit donc de permettre au salarié de se défendre* ».

¹⁶³ Cass. soc. 13 juin 1991, *Bull. civ.* V, n°296, « (...) *le salarié doit être averti suffisamment à l'avance du moment et de l'objet de l'entretien pour organiser sa défense* ».

¹⁶⁴ Cass. soc. 8 janvier 1997, *Bull. civ.* V, n°4, « *attendu que l'entretien préalable doit permettre au salarié de connaître les motifs du licenciement envisagé et de s'expliquer à leur sujet* ».

¹⁶⁵ Cass. soc. 19 juin 1991, *RJS* 1991, n°959.

¹⁶⁶ Sur l'importance des modes de preuve dans les droits de la défense du salarié, voir M. POIRIER, « Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise. Deuxième partie : le vol de documents pour se défendre en justice ». *Dr. ouvr.* 2010, p. 748 ; voir également F. FAVENNEC-HÉRY, « La preuve face aux pouvoirs de l'employeur ». *Dr. soc.* 1985, p. 172.

756. Les insuffisances dont souffre aujourd'hui l'entretien préalable tiennent, tout d'abord, à l'absence d'obligation pour l'employeur d'indiquer les motifs de la mesure envisagée dans le courrier de convocation adressé au salarié¹⁶⁷. Conformément à l'article L. 1232-2 du Code du travail, l'employeur est seulement tenu d'indiquer l'objet de l'entretien dans la lettre de convocation. Or, on voit mal comment le salarié peut opposer une défense efficace à des griefs dont il ignore la consistance¹⁶⁸ ! Plus encore, tel que le souligne Madame Mireille Poirier, « *se pose finalement le problème de l'égalité des armes : n'ayant pas à indiquer les motifs de la décision projetée, l'employeur pourra éventuellement les faire évoluer ultérieurement* »¹⁶⁹. Cette conception *a minima* du contradictoire dans la procédure du licenciement est d'autant plus regrettable que les explications parfois avancées à son soutien ne convainquent guère.

757. Ainsi, la volonté de favoriser la recherche d'un terrain d'entente aurait conduit les auteurs de la loi à refuser d'enfermer l'employeur dans les motifs invoqués dans la lettre de convocation¹⁷⁰. La primauté de la dimension conciliatrice de l'entretien préalable paraît pourtant très contestable. On peine à concevoir que pareille nuisance à la préparation de l'audition précontentieuse puisse faire le lit d'un compromis satisfaisant¹⁷¹. En quoi le secret gardé sur les motifs de la décision envisagée serait-il de nature à rendre plus féconds les échanges de vues entre employeur et salarié ? C'est une étrange conciliation que celle où l'un des protagonistes n'est même pas informé des raisons de sa convocation¹⁷². Dans ces conditions, l'instauration d'un délai entre la prise de connaissance de la convocation et la tenue de l'entretien permet tout au plus d'atténuer la portée de l'effet de surprise¹⁷³, mais elle

¹⁶⁷ Cass. soc. 4 novembre 1992, *Bull. civ.* V, n°530, « *attendu cependant, d'une part, que l'employeur n'est tenu de préciser dans la lettre de convocation à l'entretien préalable que l'objet de la convocation et non les griefs allégués contre le salarié* » ; dans le même sens Cass. soc. 19 décembre 2007, n° 06-44.592, *RJS* 2008, n° 159.

¹⁶⁸ « *Parce que la contradiction n'est pas pleinement effective si le destinataire de la décision n'en connaît pas les motifs, la motivation en constitue le prolongement nécessaire, et accroît la qualité du processus décisionnel* », P. LOKIEC, « La décision et le droit privé ». *D.* 2008, p. 2296.

¹⁶⁹ M. POIRIER, *op. cit.*, p. 525.

¹⁷⁰ J. PÉLISSIER, *op. cit.*, p. 12.

¹⁷¹ « *Le souci de ne pas entraver la recherche du compromis a conduit les auteurs de la loi à exclure délibérément toute indication aux salariés des motifs du projet de rupture avant l'entretien préalable. Or cela ne pouvait se faire, sans ruiner la portée des garanties favorisant la préparation de l'audition précontentieuse et partant, sans réduire l'intérêt présenté par le débat organisé dans ce cadre entre le chef d'entreprise et le travailleur* », F. DUQUESNE, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement. Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel ». *Dr. soc.* 1993, p. 847, spé. n°3

¹⁷² F. TAQUET, « Réflexions sur l'entretien préalable au licenciement ». *JCP E.* 1993, I, 237.

¹⁷³ Selon l'article L. 1232-2 al. 2 du Code du travail, « *la convocation est effectuée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre indique l'objet de la convocation* »

ne garantit nullement au salarié les moyens de préparer sa défense¹⁷⁴. On est loin d'une procédure contradictoire où le qualificatif serait synonyme d'un droit d'être informé de tout et en temps utile¹⁷⁵.

758. Cette carence du Code du travail contraste avec l'importance que la Cour de cassation semble parfois accorder aux conditions entourant l'entretien préalable. La jurisprudence de la chambre sociale, relative à ce qu'elle dénomme les « garanties de fond », en fournit une parfaite illustration¹⁷⁶. Afin de renforcer les droits de la défense du salarié, il n'est pas rare en effet que des conventions collectives instituent des règles de procédure que l'employeur doit respecter préalablement au prononcé d'une décision. Dans un arrêt du 27 juin 2012, la Cour de cassation était ainsi amenée à se prononcer sur la méconnaissance par l'employeur d'une stipulation qui lui imposait de notifier par écrit les griefs reprochés au salarié¹⁷⁷. La chambre sociale avait néanmoins écarté la faute de l'employeur en jugeant que « *le salarié avait eu connaissance des faits qui lui étaient reprochés et qu'il avait donné des éléments de réponse aux membres de la commission de conciliation, de sorte que l'irrégularité tenant au non-respect par l'employeur de son obligation d'indiquer par écrit au salarié les motifs de la mesure envisagée à son encontre n'avait pas eu pour effet de priver l'intéressé d'assurer utilement sa défense* ». En résumé, l'énonciation des motifs de la décision projetée antérieurement à l'entretien préalable se trouve ici présentée comme un élément nécessaire à la mise en place d'une défense utile par le salarié¹⁷⁸. La conception prétorienne de la place qu'il convient d'attribuer au contradictoire dans le cadre de l'entretien préalable se démarque donc nettement de celle retenue par le législateur.

759. Aussi est-il regrettable que la chambre sociale de la Cour de cassation n'ait pas véritablement entrepris de pallier les lacunes du dispositif institué par le Code du travail¹⁷⁹. Le

¹⁷⁴ « *Dispositions singulières ou le salarié, ignorant du motif de la convocation, doit cependant être averti suffisamment à l'avance du moment de l'entretien, afin de préparer sa défense* », F. TAQUET, *op. cit.*

¹⁷⁵ B. BOCCARA, « Le désert du contradictoire ». *JCP* 1981, I, 3004, n°20.

¹⁷⁶ Voir l'étude très complète de Ch. VARIN, « Les critères de la notion de « garantie de fond » ». *JCP S* 2013, 1356 aux termes de laquelle « *la qualification de garantie de fond est retenue lorsque la disposition en cause constitue une limite aux pouvoirs de l'employeur ou lorsqu'elle assure une protection renforcée et effective des droits de la défense du salarié* »

¹⁷⁷ Cass. soc. 27 juin 2012, *Bull. civ.* V, n°198, *JCP S* 2012, 1464, note S. BRISSY.

¹⁷⁸ « *Il est fort probable que si les motifs du licenciement ne lui avaient pas été communiqués avant qu'il ait été entendu par l'instance consultative, la solution aurait été différente et le licenciement déclaré injustifié* », Ch. VARIN, *op. cit.*, n°22.

¹⁷⁹ Sauf à considérer qu'une telle entreprise incombe exclusivement au législateur.

hiatus est d'autant plus fâcheux lorsque l'on observe l'attention que porte la première chambre civile au respect du principe du contradictoire. En témoigne une décision du 19 mars 2002, par laquelle la haute juridiction était amenée à se prononcer sur l'exclusion du responsable d'un magasin Leclerc, membre d'une association de centres distributeurs de la même enseigne¹⁸⁰. Pour censurer les juges versaillais ayant rejeté la contestation de l'ancien adhérent, la Cour de cassation retient que « *la lettre de convocation ne faisait pas apparaître les griefs formulés à l'encontre de Monsieur Abihssira, condition nécessaire pour lui permettre utilement sa défense devant l'organe disciplinaire de l'association (...)* ». En comparaison avec la première chambre civile dont elle pourrait ici s'inspirer¹⁸¹, la jurisprudence de la chambre sociale apparaît donc très en retrait sur les traductions qu'il conviendrait de donner au principe du contradictoire lors de la rupture d'un lien de droit.

760. Une décision du 4 février 2009 aurait pourtant pu lui donner l'occasion d'affirmer avec force l'importance de connaître les reproches de l'employeur avant la tenue de l'entretien préalable, et ce, en l'absence de stipulation conventionnelle le prévoyant¹⁸². En l'espèce, un salarié faisait grief à une cour d'appel de l'avoir débouté de sa demande de dommages-intérêts pour non-respect de la procédure de licenciement, alors que l'absence de mention dans la lettre de convocation à l'entretien préalable des motifs du licenciement envisagé nuisait aux droits de la défense¹⁸³. La Cour de cassation balaye l'argument et rétorque que « *l'énonciation de l'objet de l'entretien dans la lettre de convocation adressée au salarié par un employeur qui veut procéder à son licenciement et la tenue d'un entretien préalable au cours duquel le salarié, qui a la faculté d'être assisté, peut se défendre contre les griefs formulés par son employeur, satisfont à l'exigence de loyauté et de respect des droits du salarié* ». Nonobstant le rejet des prétentions du salarié, la référence au devoir de loyauté donne pourtant le sentiment que la Cour de cassation disposerait là, si elle le souhaitait, d'un

¹⁸⁰ Cass. civ. 19 mars 2002, *Bull. civ.* V, n°95.

¹⁸¹ Un auteur ne perd ainsi pas de vue que cette solution « *pourrait être source d'inspiration pour la chambre sociale de la Cour de cassation, particulièrement en matière de procédure de licenciement* », Ch. MASQUEFA, note sous Cass. civ. 1^{re} 19 mars 2002, *Bull. civ.* I, n°93, *JCP E* 2003, n°15, p. 658.

¹⁸² Cass. soc. 4 février 2009, n°07-41378.

¹⁸³ L'auteur du pourvoi faisait également valoir que pour le débouter de sa demande, « *la cour [s'était] conformée à la jurisprudence constante mais infondée de la Cour de cassation en la matière, et [avait] retenu en outre, de façon inopérante, que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'était pas applicable en l'absence de procédure contentieuse* ».

fondement juridique plausible dans la perspective d'une substantialisation¹⁸⁴ des droits de la défense du salarié¹⁸⁵.

761. Outre l'ignorance des motifs attachés à la décision préméditée, l'insuffisance que connaît l'entretien préalable réside ensuite dans la sanction de sa méconnaissance. Le défaut de convocation à l'entretien préalable s'analysant en une irrégularité de procédure, la Cour de cassation en déduit que la légitimité du licenciement ne s'en trouve pas affectée¹⁸⁶. Il en va de même en l'absence d'énonciation, lors de l'entretien, des motifs de la mesure envisagée qui se voit assimilée à un simple vice de forme¹⁸⁷. Or, l'article L. 1235-2 du Code du travail limite à un mois de salaire l'indemnité due en cas de violation de la procédure de licenciement. Alors que l'entretien préalable occupe une place importante dans la contestation portée par le salarié, et ce, malgré les limites que connaît en son sein l'expression du contradictoire, on peut déplorer que pareille atteinte aux droits de la défense ne fasse l'objet que d'une réparation quasi-forfaitaire. Faute de sanction plus sévère¹⁸⁸, tout se passe comme si la procédure de licenciement individuel était reléguée au rang de formalité accessoire¹⁸⁹ à une prise de décision qui serait présumée justifiée¹⁹⁰. Passé le cadre du seul droit du travail, les imperfections que connaît l'entretien préalable n'en demeurent pas moins éclairantes dans la

¹⁸⁴ T. GRUMBACH, E. SERVERIN, note sous Cass. soc. 10 novembre 2010, *RDT* 2011, p. 126, selon lesquels l'idée de substantialisation « consiste à introduire un débat loyal et contradictoire au sein même du processus unilatéral de prise de décision ».

¹⁸⁵ *Comp.* Y. CAPDEPONT, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2013, tome 122, n°412, pour qui la notion de bonne foi est insuffisante « (...) à fonder le respect des garanties mises à la disposition du salarié sanctionné ».

¹⁸⁶ Cass. soc. 16 décembre 1987, n°85-43126, « l'absence d'entretien préalable ne pouvant avoir pour effet de priver la cause du licenciement de son caractère réel et sérieux ».

¹⁸⁷ Cass. soc. 14 novembre 1985, *Bull. civ. V*, n° 538 ; observons toutefois que s'agissant des salariés protégés, l'absence d'énonciation des motifs lors de l'entretien préalable doit conduire l'inspecteur du travail à refuser l'autorisation de licenciement, voir CE 19 mars 2008, n°289433, *SSL* 2008, n°1355, note F. CHAMPEAUX, relevant « une décision qui fera date mais qui creuse l'écart entre les salariés protégés et les salariés ordinaires ».

¹⁸⁸ Observons que les licenciements prononcés en méconnaissance des dispositions conventionnelles sont considérés quant à eux comme dépourvus de cause réelle et sérieuse, voir par exemple Cass. soc. 23 mars 1999, *Bull. civ. V*, n°134, *Dr. soc.* 1999, p. 634, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc. 21 janvier 2009 *Bull. civ. V*, n°17, *RJS* 2009, p. 286 ; plus largement voir Ch. VARIN, *op. cit.*

¹⁸⁹ « (...) voire de simple règle du jeu, dont l'intérêt résiderait moins dans la protection qu'elle procure à son bénéficiaire que dans l'effet qu'elle produit à l'égard de celui qui est tenu de la mettre en oeuvre », F. DUQUESNE, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement. Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel ». *Dr. soc.* 1993, p. 847, spé. n°9.

¹⁹⁰ « (...) le risque existe toujours que la règle de procédure ne soit considérée que comme une simple formalité dont l'inobservation ne serait que marginalement dommageable. Ceci traduirait une conception où la décision serait présumée justifiée, ce qui serait sérieusement contestable, d'autant plus quand le sort du contrat de travail et de l'emploi du salarié est en jeu », S. FROSSARD, « La sanction de la violation d'une procédure disciplinaire conventionnelle, signe de la procéduralisation du droit du travail ». *D.* 2001, p. 420.

perspective d'une diffusion plus large, et plus affirmée, du contradictoire préalablement à la rupture de certains contrats en droit civil.

B. La suggestion d'un entretien préalable à la rupture du contrat en droit privé¹⁹¹

762. L'intérêt d'une partie de la doctrine travailliste pour le principe du contradictoire tient largement au fait que la relation de travail est marquée par la souscription d'un engagement, au sein duquel l'un des protagonistes est juridiquement investi d'un important pouvoir de décision, qu'il s'agisse du pouvoir disciplinaire de l'employeur, ou de son pouvoir de direction. Lorsque la mesure envisagée est susceptible de remettre en cause la pérennité du contrat, on prend alors conscience de l'importance d'un entretien tourné vers l'évitement de la résiliation ou, à défaut, permettant d'évaluer l'opportunité de sa contestation. *Mutatis mutandis*, l'instauration d'un entretien préalable trouve écho dans les situations où la rupture du contrat traduit un pouvoir décisionnel ; c'est en tout cas ce que suggèrent l'exemple du droit du travail et les auteurs qui se sont attachés aux manifestations, avérées ou escomptées, des droits de la défense – et avec eux du principe du contradictoire¹⁹² – en dehors du seul droit processuel¹⁹³.

763. Encore faut-il s'entendre sur l'identification de ce pouvoir décisionnel par lequel l'une des parties est en mesure de dicter sa volonté à son cocontractant¹⁹⁴. Traditionnellement, c'est

¹⁹¹ Précisions que si notre propos s'inscrit dans le cadre de la rupture du contrat, l'analogie ne doit toutefois pas être réservée aux hypothèses dans lesquelles la décision mettrait en oeuvre une volonté de rompre. Les décisions prononçant l'exclusion temporaire d'un groupement méritant elles aussi d'être prises en comptes, sur le modèle des sanctions disciplinaires en droit du travail ; voir en ce sens M. GERMAIN, R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé ». in *Mélanges Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 397, spé. n°12 et s. ciblant au titre des sanctions disciplinaires les sanctions pécuniaires, la privation d'avantages matériels ou encore la suspension de droits.

¹⁹² Le principe du contradictoire doit marquer « toute procédure qui aboutit à une décision prise par un tiers qui a pouvoir de l'imposer à un individu qui risque d'en être atteinte, décision qui ne peut faire bon marché de la vérité des faits qui ont justifié la mise en oeuvre du mécanisme et qui doit tenter d'être juste », M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988, n°199.

¹⁹³ En ce sens Y. CAPDEPONT, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2013, tome 122, n°368 et s. ; E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ - Bibliothèque de droit social, Paris, 2008, tome 46, n°255.

¹⁹⁴ La reconnaissance du pouvoir « qu'abrite le rapport contractuel » vise l'hypothèse où « l'un des contractants impose sa volonté à son cocontractant à tel point que ce dernier est supposé ne plus exprimer de volonté », P. LOKIEC, *op. cit.*, n°80.

l'acte juridique unilatéral qui incarne le pouvoir dans le contrat¹⁹⁵, en même temps qu'il matérialise la prise de décision¹⁹⁶. Pareille acception demeure néanmoins réductrice en ce qu'elle exclut les phénomènes de pouvoir factuel dont l'expression ne donne pas nécessairement lieu à l'édition d'un acte unilatéral¹⁹⁷. Comme le relève Madame Emmanuelle Lafuma, « (...) *s'il en constitue la figure emblématique, l'acte juridique représente tout au plus l'une des manifestations de la décision unilatérale* »¹⁹⁸. Le droit du travail contribue à éclairer la présence de cette double dimension du pouvoir dans toute une série d'engagements allant des contrats-organisation (1) aux contrats-échange marqués par un rapport de dépendance(2)¹⁹⁹.

1. La soumission du pouvoir décisionnel au contradictoire dans les contrats-organisation

764. L'admission du pouvoir au sein des contrats-organisation soulève *a priori* peu de difficultés, ces derniers étant familiers des instances et des personnes investies de compétences décisionnelles garantes de l'intérêt du groupement. Se dessine alors plus aisément la figure classique d'un pouvoir entendu comme la faculté d'édicter des actes unilatéraux dans un intérêt distinct de celui de son titulaire²⁰⁰. Le droit des sociétés et le droit des associations fournissent ainsi un terrain favorable à l'introduction du principe du contradictoire, et avec lui de la tenue d'un entretien préalable à la rupture du contrat. En matière d'association, la Cour de cassation a déjà pu défendre l'importance du respect d'un

¹⁹⁵ G. DUPUIS, « Définition de l'acte juridique unilatéral ». in *Mélanges Eisenmann*, Sirey, Paris, 1975, p. 205, spé. n°2 ; É. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Études et Recherches, Paris, 1985, n°218 ; voir également *supra*, *Le pouvoir juridique par l'admission de l'acte unilatéral au sein de l'acte bilatéral*, n°349 et s.

¹⁹⁶ Y. CAPDEPONT, *op. cit.*, n°371 selon qui « *la notion de décision [est] entendue comme un acte juridique unilatéral* ».

¹⁹⁷ Voir *supra*, *L'existence d'un pouvoir factuel dans l'engagement bilatéral*, n°382 et s.

¹⁹⁸ E. LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ - Bibliothèque de droit social, Paris, 2008, tome 46, n°255, et n°247, « *parler d' "acte" présente un double écueil. D'abord, c'est se placer dans la perspective d'un contrôle de la légalité de l'acte. Ce faisant, on en omet la perspective, l'épaisseur chronologique, on néglige inmanquablement le processus (...). Ensuite, par un phénomène d'ellipse courant et faute de systématisations univoque en ce sens, qui dit "acte unilatéral" laisse aisément entendre "acte juridique unilatéral". Or précisément, si la procédure émerge là où s'exerce un pouvoir, il apparaît que ce pouvoir peut s'entendre d'un pouvoir factuel, dont l'exercice n'a pas pour visée l'édition d'un acte juridique unilatéral* ».

¹⁹⁹ Pour reprendre une typologie classique en matière de contrats à titre onéreux, voir par exemple J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, Paris, 4^e éd., 2013, n°270 et s.

²⁰⁰ É. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, thèse Paris, Economica, Études et Recherches, Paris, 1985, n°220 : « *Le pouvoir paraît devoir se définir comme l'aptitude à passer des actes juridiques unilatéraux* ».

principe du contradictoire garant des droits de la défense à l'occasion de l'exclusion d'un adhérent d'un groupement de distributeurs de l'enseigne Leclerc²⁰¹.

765. La chambre commerciale se montre en revanche plus nuancée quant à la place du contradictoire en droit des sociétés. Deux hypothèses doivent ainsi être distinguées selon que la rupture du lien juridique vise la révocation d'un mandataire social ou l'exclusion d'un associé. Dans la première, la Cour de cassation admet généralement que la décision est abusive si l'intéressé n'a pas été en mesure de présenter préalablement ses observations²⁰². Pour la seconde, certains arrêts considèrent que la contradiction n'a pas lieu d'être dans la mesure où l'assemblée générale d'une société qui la prononce n'est pas un organisme juridictionnel ou disciplinaire²⁰³. Il en va de même, quoique selon une motivation distincte, de l'exclusion d'un actionnaire²⁰⁴. Entre partisans d'une présence renforcée du contradictoire en droit des sociétés²⁰⁵, et ceux qui entendent renvoyer le principe au prétoire dont il n'aurait jamais dû s'échapper²⁰⁶, l'instauration d'un entretien préalable à l'exclusion d'un associé du

²⁰¹ Cass. civ. 1^{re} 19 mars 2002, *Bull. civ. I*, n°93, *JCP E* 2003, n°15, p. 658, Ch. MASQUEFA, la première chambre civile considérant que « la lettre de convocation ne faisait pas apparaître les griefs formulés à l'encontre de Monsieur Abihssira, condition nécessaire pour lui permettre utilement sa défense devant l'organe disciplinaire de l'association (...) ».

²⁰² Cass. com. 26 avril 1994, *Bull. civ. IV*, n°158, *Bull. Joly* 1994, p. 831, note P. LE CANNU ; *Defrénois* 1994, p. 1029, obs. J. HONORAT ; Cass. com. 3 janvier 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 388, note B. SAINTOURENS ; critiquant ce qu'ils considèrent comme une atteinte excessive au principe de révocabilité *ad nutum* des dirigeants sociaux, voir Ph. REIGNÉ, « Révocabilité *ad nutum* des mandataires sociaux et faute de la société ». *Rev. des sociétés* 1991, p. 499, pour qui « l'obligation de respecter les droits de la défense détruirait le mécanisme de la révocabilité *ad nutum* » ; dans le même sens A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, note sous CA Paris 4 juillet 1996, *JCP E I*, p. 639 ; M.-H. de LAENDER, « La révocabilité des dirigeants sociaux ». *Dr. sociétés* mai 2000, chron., p. 4. Le cas de la révocation du dirigeant d'une Société par action simplifiée semble toutefois devoir être traité à part, la cour d'appel de Versailles ayant considéré dans un arrêt du 5 juin 2003 que le principe du contradictoire ne s'appliquait pas à la révocation dans cette forme de société, à l'inverse des sociétés anonymes. Un auteur justifie la solution par le fait que « si l'apparition de la règle du contradictoire se justifie dans les sociétés anonymes par le souci d'atténuer la rigueur de la révocation *ad nutum*, véritable règle d'ordre public consacrant la précarité des fonctions de direction, il peut en être très différent dans la SAS. En effet, loin d'y être une règle d'ordre public, la révocabilité *ad nutum* résulte au contraire d'un choix librement effectué par les rédacteurs des statuts en fonction du degré de stabilité voulu pour le président ou les éventuels dirigeants », L. GODON, note sous CA Versailles 5 juin 2003, *Rev. des sociétés*, 2004, p. 108, spé. n°7.

²⁰³ Cass. com. 10 mai 2006, n°05-16909, *Bull. civ. IV*, « (...) cette assemblée générale n'était pas un organisme juridictionnel ou disciplinaire, mais un organe de gestion interne à la société, dont la décision relevait du contrôle juridictionnel du tribunal de grande instance », *Bull. Joly* 2006, p. 1154, note J.-J. DAIGRE.

²⁰⁴ Cass. com. 13 juillet 2010, *Bull. civ. IV*, n°129, *JCP E* 2011, 1000, obs. F. DEBOISSY, G. WICKER.

²⁰⁵ M. GERMAIN, R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé ». in *Mélanges Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 397

²⁰⁶ « Le principe du contradictoire a été conçu pour le prétoire et il n'aurait jamais dû s'en échapper pour s'appliquer à l'occasion de l'adoption des délibérations d'organes collégiaux de sociétés ou d'associations », F.-X. LUCAS, obs. sous Cass. com. 10 mai 2006, *RDC* 2006, p. 1186 ; dans le même sens et plus largement voir F.-X. LUCAS, « Le principe du contradictoire en droit des sociétés ». in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), Dalloz, Paris, 12^{ème}, 2006, p. 723.

groupement ne va donc pas sans rencontrer quelques difficultés²⁰⁷. Celles-ci ne sont pourtant pas insurmontables.

766. Ainsi, le respect des droits de la défense pourrait tout à fait justifier la soumission de la décision d'évincer l'associé au principe du contradictoire, *via* un entretien préalable à son exclusion²⁰⁸. On comprend d'ailleurs mal pourquoi la Cour de cassation rejette un tel dispositif dans l'hypothèse de l'exclusion d'un associé, alors qu'elle l'exige lors de la révocation d'un dirigeant social²⁰⁹. Reste toutefois à s'assurer d'un fondement juridique approprié à l'instauration d'une telle procédure en dehors de toute action juridictionnelle. À ce titre, se contenter de viser le respect du principe des droits de la défense sans se référer à une base textuelle appropriée, comme a pu le faire la première chambre civile de la Cour de cassation²¹⁰, n'est guère satisfaisant²¹¹. Un auteur suggère alors de s'appuyer sur l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pour subordonner la régularité de l'exclusion au respect du contradictoire²¹².

767. Il est vrai que la Cour de Strasbourg a pu étendre l'application de l'article 6 à l'avant-procès dans une décision du 18 mars 1997²¹³. Mais cette extension tient surtout, nous semble-

²⁰⁷ Voir par exemple Br. DAILLE-DUCLOS, « L'application extensive du principe du contradictoire en droit des affaires ». *JCP E* 2000, p. 1990.

²⁰⁸ Étant entendu que le respect du contradictoire aux fins d'une défense efficace – notamment par le respect d'un délai entre l'information de la mesure envisagée et la prise de décision – ne se résume pas au droit que confère l'article 1184 du Code civil à tout associé de « *participer aux décisions collectives* », y compris celles portant sur son exclusion, en ce sens Cass. com. 23 octobre 2007, *Bull. civ. IV*, n°225, *JCP E* 2008, 1280, spéc. n° 8, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; *JCP E* 2007, 2433, note A. VIANDIER.

²⁰⁹ « *si des droits de la défense doivent être accordés au gérant susceptible d'être révoqué, ne faut-il pas l'admettre, à plus forte raison, pour l'associé qui risque d'être exclu de la société ? Le dirigeant de société est dans la situation de l'oiseau sur la branche, toujours susceptible d'être détrôné s'il perd la confiance des associés, mais l'associé a le droit de le demeurer, c'est-à-dire partie au contrat de société, et de demeurer titulaire de ses parts, dont il est propriétaire et ne peut être exproprié* », J.-J. DAIGRE, *op. cit.*

²¹⁰ Cass. civ. 1^{re} 19 mars 2002, *Bull. civ. I*, n°93, *op. cit.*

²¹¹ Encore que certains auteurs mobilisent la figure du droit naturel pour fonder une appréciation très extensive du domaine des droits de la défense, voir H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile ». in *Mélanges Roubier*, Dalloz-Sirey, Paris, 1961, tome 2, p. 175 ; K. ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales ». *Revue sociétés* 1998, p. 488, spéc. n°7.

²¹² L. MILANO, « Sociétés coopératives et droits de l'homme ». *Journ. sociétés* 2008, n°55, p. 58, spé. p. 61, « (...) la jurisprudence européenne (...) estime que les exigences du contradictoire concernent toutes les phases de la procédure, y compris la phase de l'avant-procès dès lors que celle-ci a une influence prépondérante sur la décision du juge. À ce titre, le respect du contradictoire devant les organes sociaux permettra au juge de vérifier les circonstances et les conditions qui ont entouré la décision afin d'établir éventuellement l'abus d'exclusion ou de révocation ».

²¹³ CEDH 18 mars 1997, Mantovanelli c. France, n°21497/93, en l'espèce la Cour fait application de l'article 6 à une expertise judiciaire.

t-il, au fait que la décision litigieuse émanait d'une entité certes distincte du juge mais intrinsèquement liée à la procédure juridictionnelle. En l'espèce, la référence à l'article 6 tenait à ce que l'expertise judiciaire accusée par les époux Mantovanelli de méconnaître le principe du contradictoire devait répondre à une question sur laquelle les juges n'avaient pas les compétences scientifiques requises pour se prononcer²¹⁴. Les informations contenues dans le rapport de l'expert étaient donc fortement susceptibles d'influencer l'avis du tribunal, raison pour laquelle la Cour décida de les soumettre au principe du contradictoire²¹⁵. Le parallèle avec l'exclusion d'un associé paraît donc très discutable. Premièrement, l'assimilation de l'assemblée générale des associés à tribunal au sens de la jurisprudence des juges strasbourgeois paraît improbable²¹⁶. Deuxièmement, le prononcé de l'exclusion ne s'inscrit dans le cadre d'aucune procédure juridictionnelle²¹⁷. Troisièmement, l'influence de la décision de l'organe compétent sur l'avis du juge est des plus douteuses dans la mesure où sa saisine a justement pour but d'en contester la légitimité. Il faut donc rechercher ailleurs un fondement au contradictoire.

768. La jurisprudence sociale du Conseil constitutionnel semble indiquer l'ancrage adéquat. Dans sa décision du 30 mars 2006 relative au contrat premières embauches, le Conseil avait en effet considéré que si le principe des droits de la défense qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 imposait la mise en oeuvre d'une procédure contradictoire dans le cas d'un licenciement prononcé pour motif disciplinaire, il ne résultait pas de ce principe qu'une

²¹⁴ Aux termes du considérant n°36, « la question à laquelle l'expert était chargé de répondre se confondait avec celle que devait trancher le tribunal : déterminer si les circonstances dans lesquelles de l'halothane avait été administré à la fille des requérants révélaient une faute [de l'établissement médical]. Or elle ressortissait à un domaine technique échappant à la connaissance des juges ».

²¹⁵ Selon le même considérant n°36, « bien que le tribunal administratif ne fût pas juridiquement lié par les conclusions de l'expertise litigieuse, celles-ci étaient susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits ». Le considérant 33 prend d'ailleurs bien soin de préciser en amont que « le respect du contradictoire, comme celui des autres garanties de procédure consacrées par l'article 6 par. 1 (art. 6-1), vise l'instance devant un "tribunal" ; il ne peut donc être déduit de cette disposition (art. 6-1) un principe général et abstrait selon lequel, lorsqu'un expert a été désigné par un tribunal, les parties doivent avoir dans tous les cas la faculté d'assister aux entretiens conduits par le premier ou de recevoir communication des pièces qu'il a prises en compte. L'essentiel est que les parties puissent participer de manière adéquate à la procédure devant le "tribunal" ».

²¹⁶ La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme réserve la qualification du tribunal visé par l'article 6 à des entités présentant des qualités que ne peuvent revêtir par nature les organes décisionnels des sociétés, elle exige par exemple l'indépendance et l'impartialité des membres de l'entité concernée, voir notamment *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, n°7238/75, considérant n°55 ; ce que reconnaissent également les auteurs favorables à un application de l'article 6 à l'exclusion des associés, voir L. MILANO, *op. cit.*, p. 61.

²¹⁷ La Cour de cassation rappelle « l'assemblée générale [n'est] pas un organisme juridictionnel », Cass. com. 10 mai 2006, n°05-16909, *Bull. civ.* IV.

telle procédure devrait être respectée dans les autres cas de licenciement²¹⁸. À notre sens, le rattachement express des droits de la défense à l'article 16 de la Déclaration de 1789 et la généralité du texte visé permettraient de fonder la soumission de l'exclusion de l'associé au principe du contradictoire lorsque celle-ci présente une nature disciplinaire²¹⁹. La proposition s'accorderait en outre parfaitement avec cette tendance à l'élargissement du domaine des droits de la défense corrélativement à l'expression d'un pouvoir disciplinaire²²⁰.

769. L'appréciation travailliste du caractère disciplinaire de la mesure envisagée viendrait utilement guider cette extension du contradictoire²²¹. On sait que l'application du droit disciplinaire y est subordonnée à l'existence d'une faute²²². Le Code du travail ne définissant pas la faute disciplinaire²²³, la jurisprudence déduit des termes de l'article L. 1331-1 du Code du travail que celle-ci s'analyse en un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif. La distinction a son importance dès lors que le droit disciplinaire dispose d'un régime propre et à certains égards plus contraignant pour l'employeur²²⁴. De plus, l'obligation

²¹⁸ Décision n°2006-535 DC du 30 mars 2006, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonçant que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

²¹⁹ Voir dans le même sens Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008, n°754, pour qui, à l'appui de la décision précitée, « il convient de se demander si la valeur constitutionnelle du principe du contradictoire ne s'impose pas également à l'exclusion d'un membre ou de la révocation de mandataire social » ; en opportunité on peut regretter que le fondement proposé ait pour conséquence de limiter le respect du contradictoire aux ruptures à caractère disciplinaire, en ce sens voir R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, 1996, tome 254, n°400, « dans son sens littéral, l'adage signifie "entends l'autre partie". Loin de se réduire à la partie au procès, le mot "partem" doit ici être compris plus largement comme toute personne dont les intérêts peuvent être affectés contre sa volonté », l'auteur en concluant que « c'est l'ensemble des actes unilatéraux pris en considération de la personne qui ont vocation à être soumise à l'existence du principe audi alteram partem », n°408.

²²⁰ Tendance identifiée par une partie de la doctrine, M. GERMAIN, R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé ». in *Mélanges Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 397 ; Ch. MASQUEFA, note sous Cass. civ. 19 mars 2002, *JCP E* 2003, n°15, p. 658, observant que « le principe du respect des droits de la défense irradie toute forme de procédure, qu'elle soit juridictionnelle ou plus simplement disciplinaire » ; P. PAILLER, J.-Cl., Sociétés, Fasc. 167-10 : Sociétés à capital variable. Règles communes à toutes les sociétés à capital variable, n°56, « l'application de certaines règles du procès équitable en matière d'exclusion d'associés se justifie certainement par le caractère disciplinaire de la mesure prononcée »

²²¹ Comp. Ch. MASQUEFA, *op. cit.*, pour qui « la notion de discipline au sein des groupements de droit privé [mérite] toutefois d'être revisité, les relations conflictuelles au sein d'une association ne relevant pas nécessairement d'un droit disciplinaire qui suppose la subordination ».

²²² Par exemple, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, p. 232, n°752 et s.

²²³ Laquelle ne se confond pas avec l'insuffisance professionnelle du salarié, cette dernière s'attachant aux aptitudes et aux résultats du salarié à l'exclusion de toute considération sur l'élément moral de l'attitude visée, par exemple Cass. soc. 16 décembre 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 193, obs. Ch. RADÉ.

²²⁴ Alors que le licenciement d'un salarié pour insuffisance de résultat peut être envisagé au moment où l'employeur le jugera le plus opportun, l'article L. 1332-4 du Code du travail dispose qu'« aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à

est faite aux juges de rechercher au-delà des énonciations de la lettre de licenciement la véritable cause du licenciement²²⁵, ceci expliquant que les magistrats ne sont pas liés par la qualification que retient l'employeur à propos du comportement justifiant la rupture du contrat de travail²²⁶. Un licenciement fondé sur un motif personnel sera ainsi requalifié en licenciement disciplinaire si les griefs contenus dans la lettre de licenciement visent des manquements du salarié à ses obligations professionnelles²²⁷.

770. La même logique pourrait prévaloir s'agissant de l'exclusion d'un associé²²⁸. Il reviendrait alors au juge saisi d'une violation du principe du contradictoire de qualifier ou non de disciplinaire la mesure litigieuse au regard des motifs ayant dicté la décision²²⁹. À l'instar du salarié exposé à une mesure disciplinaire, la tenue d'un débat contradictoire apparaît nécessaire lorsque l'associé exclu se voit reprocher une faute²³⁰, autant dire dans de nombreuses situations. En effet, si l'hypothèse d'une mise à l'écart étrangère à un comportement fautif n'a rien d'un cas d'école²³¹, la nature disciplinaire de la décision se déduit aisément de ce que le contrôle des juges en matière d'exclusion abusive porte régulièrement sur la gravité des griefs allégués²³². Pour certains types de sociétés, comme par exemple les sociétés coopératives²³³, ou les sociétés d'exercice libéral²³⁴, il est d'ailleurs

compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ».

²²⁵ Cass. soc. 10 avril 1996, *Bull. civ. V*, n° 149., RJS 1996, n° 527.

²²⁶ « (...) ce n'est pas parce que l'employeur n'invoque pas expressément une faute du salarié ou parce que le salarié n'a effectivement commis aucune faute que l'employeur ne traite pas le comportement du salarié comme une faute », J. PÉLISSIER, « La définition des sanctions disciplinaires ». *Dr. soc.* 1983, p. 550

²²⁷ Pour des exemples récents, Cass. soc. 15 décembre 2011 n° 10-23483 ; Cass. soc. 7 mars 2012 n° 10-10787 ; Cass. soc. 27 novembre 2013 n° 12-18026,

²²⁸ Au plan axiologique, Madame Frison-Roche justifie pertinemment le recours à une procédure contradictoire par « la reprise juridique d'une idée tenant de la philosophie politique selon laquelle les décisions, même souveraines, tirent leur légitimité des formes et garanties procédurales qui les ont précédées. De la sorte, les associés deviennent des sortes de despotes éclairés », M.-A. FRISON-ROCHE, *Le Monde*, 21 avril 1998, p. 17.

²²⁹ Soit durant la phase contentieuse, soit en amont dans le cadre d'une obligation de motivation, voir *infra* L'exigence d'une motivation de la rupture, n°778 et s.

²³⁰ En ce sens M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Lexis Nexis, Paris, 25^e éd., 2012, n° 372.

²³¹ Par exemple en matière de société coopérative où la perte de la qualité professionnelle d'un associé coopérateur justifie son exclusion, CA Paris 30 octobre 1998, *Dr. des sociétés* 1999, n°27, et plus généralement les cas d'exclusion d'un associé qui ne répond plus aux conditions nécessaires pour conserver cette qualité, voir notamment l'article L. 235-6 du Code de commerce ciblant la perte de la qualité de commerçant dans une société commerciale.

²³² Voir notamment Cass. com. 21 octobre 1997, *Bull. civ. IV*, n°281. Sur l'abus du droit d'exclure voir J.-P. SORTAIS, « Abus de droit (Majorité, minorité, égalité) », *Rep. dr. des sociétés Dalloz*, n°67 et s. ; *contra* J.-J. DAIGRE note sous Cass. com. 10 mai 2006, n°05-16909, *Bull. civ. IV*, *Bull. Joly* 2006, p. 1154 « (...) la décision d'exclusion n'étant pas une décision disciplinaire ».

²³³ La chambre commerciale de la Cour de cassation veille à ce que le coopérateur sanctionné puisse faire valoir ses droits à la défense et profiter du principe du débat contradictoire, avant le prononcé de toute mesure

prévu que l'éviction d'un associé obéisse à une procédure incluant le respect du contradictoire. Il existe donc de sérieux arguments en faveur d'une plus large soumission des décisions de révoquer un mandataire social ou d'exclure un associé au principe du contradictoire. La même conclusion nous semble devoir s'imposer concernant la rupture de certains contrats-échange marqués du sceau de la dépendance économique

2. La soumission du pouvoir décisionnel au contradictoire dans les contrats de dépendance

771. S'agissant des contrats-échange, l'assimilation de l'acte unilatéral de rupture à un pouvoir décisionnel peut sembler *a priori* discutable, dès lors qu'en matière de contrat à durée indéterminée les parties disposent à l'identique d'un droit de résiliation unilatérale²³⁵ : chacun des protagonistes étant doté des mêmes prérogatives, leurs pouvoirs respectifs s'annuleraient. Ce serait cependant oublier que la mise en oeuvre de certains droits affichant les attributs de la réciprocité obéit parfois à une logique unilatérale, signe du pouvoir d'un des contractants en position de force²³⁶, y compris en dehors des cas où la stipulation d'une clause résolutoire confère à une partie le droit de rompre le contrat de manière anticipée. Tel que le souligne Madame Frison-Roche, « *s'il y a une bilatéralité dans l'unilatéralité, la résiliation unilatérale est concevable. Mais tel n'est pas forcément le cas* »²³⁷. Ainsi, pour reprendre les termes du Professeur Delebecque, « *la réciprocité dans la révocation unilatérale peut être écartée*

d'exclusion, Cass. com. 21 octobre. 1997, *Bull. civ.* IV, n°281, *Rev. des sociétés* 1998, p. 99, note B. SAINTOURENS.

²³⁴ L'article 21 de la Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales dispose en ce sens que des « *décrets peuvent prévoir des cas où un associé peut être exclu de la société en précisant les garanties morales, procédurales et patrimoniales qui lui sont accordées dans ce cas* » ; voir en ce sens l'article 15 du décret n°92-545 du 17 juin 1992 relatif aux sociétés d'exercice libéral de directeurs et directeurs adjoints de laboratoires d'analyses de biologie médicale aux termes duquel « *l'associé exerçant au sein d'une société d'exercice libéral visée à l'article 1er peut en être exclu : a) Lorsqu'il est frappé d'une mesure disciplinaire entraînant une interdiction d'exercice ou de dispenser des soins aux assurés sociaux, égale ou supérieure à trois mois ; b) Lorsqu'il contrevient aux règles de fonctionnement de la société (...)* ».

²³⁵ Cass. com. 14 novembre 1989, *Bull. civ.* IV, n°286, « *dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus, offerte aux deux parties* » ; dans le même sens Cass. civ. 1^{re} 11 juin 1996, *Bull. civ.* I, n°246

²³⁶ Voir *supra*, *Le pouvoir factuel révélé par l'absence de réciprocité dans l'unilatéralisme*, n°387 et s.

²³⁷ M.-A. FRISON,-ROCHE, « Unilatéralité et consentement ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Economica, 1999, p. 25

simplement en raison du rapport de force existante entre les parties »²³⁸. On retrouve ci une configuration analogue à celle que connaissent les contrats de dépendance.

772. L'éleveur partie à un contrat d'intégration, le producteur membre d'un réseau de distribution ou encore le franchisé lié à une enseigne, entretiennent souvent, à l'instar du salarié, un rapport de dépendance avec un contrat dont ils tirent l'essentiel de leurs revenus. Pour eux, le droit de rupture unilatérale demeure enserré dans des contraintes que leurs partenaires intégrateurs, distributeurs ou franchiseurs peuvent ne pas éprouver en raison de la moindre valeur patrimoniale qu'ils accordent au contrat. Ces derniers se trouvent de surcroît en position d'exiger de leurs cocontractants dépendants qu'ils leur consentent des avantages supplémentaires, à peine de rompre ou de ne pas renouveler l'engagement et cela dans des configurations pour lesquelles nous avons pu observer l'insuffisance des sanctions prévues sur le fondement de la violence économique²³⁹.

773. Lorsque la faculté de rompre prend des allures de pouvoir, les procédures sans procès²⁴⁰, et en particulier l'entretien préalable à une rupture de contrat²⁴¹, offrent alors quelques outils pour tenter d'éviter les éventuels coups de force²⁴² du contractant en position de domination²⁴³. La prise en compte d'une dissymétrie des préjudices subis en raison de l'extinction unilatérale doit ici conduire au renforcement des droits de la défense en dehors même du prétoire²⁴⁴. Nonobstant les insuffisances auxquelles se heurte sa mise en oeuvre, l'entretien préalable en droit du travail a le mérite d'instaurer une procédure contradictoire au-

²³⁸ Ph. DÉLEBECQUE, « L'anéantissement unilatéral du contrat ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 64, n°8

²³⁹ Voir *supra*, *L'insuffisance des sanctions attachées à la violence économique*, n°158 et s.

²⁴⁰ X. LAGARDE, « La procéduralisation du droit privé ». in *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, Université d'été du Barreau de Rouen, Presses universitaires de Rouen, 2004, p. 141.

²⁴¹ Voir *supra*, *L'importance de l'entretien préalable*, n°756.

²⁴² Ch. JAMIN, « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée ». *D.* 2001, p. 1569.

²⁴³ « Parce que la décision se caractérise par un choix, le droit ne peut en dicter le contenu. Il peut par contre préciser la façon dont elle doit être prise, afin qu'elle ne constitue pas un choix arbitraire. C'est ce que permet l'organisation d'une procédure », P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2004, tome 408, n°343; voir également X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, Paris, 2006, tome 248, n°399, relevant que « le développement de l'acte unilatéral en droit privé s'accompagne en contrepartie d'un phénomène de procéduralisation. Loin du consensualisme typique du contrat, l'édiction de l'acte unilatéral en droit privé s'inscrit souvent dans le cadre d'une procédure qui n'est pas sans rappeler ce qu'on appelle procédure administrative non contentieuse ».

²⁴⁴ Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008, n°748

délà des seules hypothèses où la rupture du contrat présente un caractère disciplinaire²⁴⁵. Aux termes de l'article L. 1232-2 du Code du travail, l'entretien préalable doit avoir lieu dès lors que l'employeur envisage de licencier le salarié²⁴⁶. Autrement dit, en dépassant le seul cadre du pouvoir disciplinaire dans lequel le principe du contradictoire est régulièrement cantonné hors du droit processuel²⁴⁷, le droit du travail lui accorde un domaine plus large et surtout, mieux à même de refléter la diversité des phénomènes de pouvoir qu'il lui appartient de modérer²⁴⁸. La prise en compte des intérêts de la partie susceptible de subir l'initiative de la rupture conduit également à envisager un apport de la discipline aux modalités entourant l'annonce de la décision de rompre.

²⁴⁵ Mérité partagé avec le droit des sociétés lorsque celui-ci reconnaît aux dirigeants de sociétés anonymes sur le point d'être évincés le droit de s'expliquer avant que ne statue l'organe décisionnaire, par exemple Cass. com. 24 février 1998, *Bull. civ. IV*, n°158 ; rappelons toutefois que s'agissant de l'exclusion de l'associé, la chambre commerciale s'appuie sur l'absence de fonction disciplinaire de l'assemblée qui la prononce pour écarter l'application du principe du contradictoire, Cass. com. 10 mai 2006, n°05-16909, *Bull. civ. IV, RJC* 2006, p. 376, note M.-H. MONSÉRIÉ-BON.

²⁴⁶ Quand bien même le Conseil constitutionnel a pu estimer, s'agissant du contrat première embauche (CPE), que « *si le principe des droits de la défense qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 impose le respect d'une procédure contradictoire dans le cas de licenciement prononcé pour motif disciplinaire, il ne résulte pas de ce principe qu'une telle procédure devrait être respecté dans les autres cas de licenciement* », Décision n°2006-535 DC du 30 mars 2006, X. PRÉTOT, « Les garanties du salarié face au licenciement ont-elles une base constitutionnelle ? ». *Dr. soc.* 2006, p. 494, spé. n°9, 30 mars 2006 ; observons que la convention 158 de l'Organisation internationale du travail relative au licenciement - que la Cour de cassation n'a pas hésité à mobiliser pour contrecarrer la mise en oeuvre du contrat nouvelle embauche qui prévoyait à l'identique du (CPE) une dispense d'entretien préalable lorsque le licenciement survenait dans les deux premières années de la relation de travail - dispose quant à elle en son article 7, qu' « *un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité* » ; voir également la jurisprudence du Conseil d'État limitant à l'identique l'obligation de respecter une procédure contradictoire aux licenciements prononcés pour un motif disciplinaire, CE, sect., 19 oct. 2005, *CGT et autres*, n°283471, *D.* 2006, p. 629, note G. BORENFREUND.

²⁴⁷ Voir par exemple M. GERMAIN, R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé ». in *Mélanges Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 397 ; Ch. MASQUEFA, note sous Cass. civ. 19 mars 2002, *JCP E* 2003, n°15, p. 658, pour qui « *le principe du respect des droit de la défenses* ».

²⁴⁸ Si pareille extension du principe du contradictoire en matière de contrats-échange nous semble opportune, son fondement juridique – en dehors de hypothèses où la décision de rompre revêtirait un caractère disciplinaire – paraît difficile à identifier à l'heure actuelle et faute de relais législatif pour les contrats spéciaux visés précédemment.

Section 2 : L'encadrement de l'annonce de la rupture

774. Les conséquences de la rupture d'un engagement varient sensiblement selon l'importance que les protagonistes accordent à son maintien. Symbolique, sentimentale ou économique, la valeur conférée à l'acte juridique peut être inspirée par des motifs hétéroclites²⁴⁹, lesquels expliquent que la décision de rompre soit parfois synonyme de désagrément, voire de préjudice. Ainsi, lorsque l'un des contractants entretient avec l'engagement un rapport de dépendance économique, on peut concevoir que l'atteinte à ses intérêts soit jugée suffisamment importante pour justifier la subordination de l'annonce de la rupture à des mesures visant à en atténuer l'impact. Conscient des enjeux patrimoniaux entourant la résiliation du contrat de travail²⁵⁰, le droit du licenciement invite à reconsidérer plus largement les conditions entourant l'annonce de la rupture en matière de contrats de dépendance²⁵¹. La régulation suggérée par le droit du travail se polarise autour de deux mécanismes²⁵², l'exigence d'une motivation de la rupture d'une part (I) et l'instauration d'un préavis à la rupture d'autre part (II).

I. L'exigence d'une motivation de la rupture

775. Selon une première approche, la motivation s'entend de l'exposé des motifs sur lesquels repose une décision²⁵³. L'obligation de motivation renvoie quant à elle plus spécifiquement

²⁴⁹ Et qui en constituent le plus souvent la cause subjective, voir F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°342 et s.

²⁵⁰ Ainsi, « le droit du licenciement est apparu en réaction afin de pallier le préjudice né de la perte de l'emploi », A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, tome 48, n°172.

²⁵¹ « Un droit commun de la rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée pourrait ainsi proposer le principe d'un préavis raisonnable, voire d'une obligation de motiver la rupture, et aussi exposer les conséquences de cette rupture pour les parties (...). Il pourrait alors prétendre à nouveau régir les contrats les plus courants de la vie des affaires, contrats de distribution, de franchise, etc., au lieu que ceux-ci, faute d'un régime équilibré et précis de non-renouvellement ou de rupture, se tournent vers des régimes spéciaux organisant cette rupture au premier rang desquels le droit du travail », M. FABRE-MAGNAN, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations ». *SSL* 28 octobre 2002, n° 1095, p. 34.

²⁵² Voir Th REVET, « Rupture des contrats de dépendance et p. 203, observant la différence « entre l'exigence d'un motif légitime et préalable et celle d'un motif non abusif. Or dans la plupart des cas de rupture des contrats de dépendance économique à l'initiative du partenaire dominant, seul s'opère un contrôle du caractère non abusif de la décision (...). On est donc bien loin de l'instauration d'une procédure de discussion préalable et d'énonciation des motifs dont on sait pourtant l'incontestable rôle civilisateur des décisions de rupture prises par le contractant dominant ».

²⁵³ A. REY, *Le Grand Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2013.

« aux mobiles de l'acte, à sa finalité »²⁵⁴ et à leur énonciation par l'auteur de la rupture²⁵⁵. Son caractère impératif conditionne alors la légitimité de la rupture de l'engagement²⁵⁶. Ce qui importe, ce n'est pas tant la pertinence des raisons alléguées que leur existence, la motivation de la rupture ne devant pas être confondue avec sa justification²⁵⁷. Tandis que la motivation se borne à faire connaître le cheminement interne par lequel l'agent est parvenu à l'acte de volonté qu'il accomplit²⁵⁸, à travers les éléments de fait et de droit à l'origine de la rupture²⁵⁹, la justification implique quant à elle un jugement de valeur sur la relation entre l'acte et la cause²⁶⁰. L'obligation de motiver peut donc être parfaitement satisfaite sans que la décision à laquelle elle se rattache ne soit nécessairement justifiée²⁶¹.

Alors que la référence, en droit du travail, à une obligation de motivation évoque le plus souvent la rupture du contrat²⁶², le mécanisme contribue également au bon fonctionnement des dispositifs de consultations des institutions représentatives du personnel²⁶³. L'employeur doit en outre motiver les recrutements pratiqués en dehors du régime du contrat à durée indéterminée²⁶⁴, ainsi que le recours à des modes spécifiques de décompte du temps de

²⁵⁴ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 301, spé. n°5.

²⁵⁵ Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie ». *RDC* 2004, p. 579, n°1, « (...) la motivation est exigence des efforts d'explication : l'existence de motifs d'un acte ne fait pas la motivation, encore faut-il qu'ils soient énoncés et mis en rapport avec la vision qu'ils ont déterminée ».

²⁵⁶ La motivation « signifie que le contractant ne peut faire un acte juridique, utiliser un droit, qu'à la condition que cela soit motivé par un but particulier », M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 301.

²⁵⁷ Même si nous verrons qu'elle la préfigure largement dans l'hypothèse d'une appréciation de la légitimité de la rupture, voir *infra*, *La justification de la rupture des contrats de dépendance par l'existence d'une cause réelle et sérieuse*, n°888 et s.

²⁵⁸ L. AYNÈS, « Motivation et justification ». *RDC* 2004, p. 555.

²⁵⁹ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, 1996, tome 254, n°416

²⁶⁰ « (...) cette relation est ou non conforme au droit, à la justice, à la raison, ou l'équité », L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 555.

²⁶¹ « Parce que la motivation implique l'énonciation des motifs et non un jugement sur leur valeur, une décision peut être motivée sans être justifiée », P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2004, tome 408, n°353.

²⁶² Sur le domaine de l'obligation de motivation en droit du travail voir F. GAUDU, « L'exigence de motivation en droit du travail ». *RDC* 2004, p. 566.

²⁶³ L'article L. 2323-1-2° du Code du travail dispose que le comité d'entreprise « formule, à son initiative, et examine, à la demande de l'employeur, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés, leurs conditions de vie dans l'entreprise ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale ». L'article L. 2323-4 précise que « pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, d'un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations »

²⁶⁴ C. trav. art. L. 1242-12 ; F. GAUDU, *op. cit.*, p. 571, « le recours aux formes d'emploi "d'exception" doit se justifier, d'où la motivation du contrat ».

travail²⁶⁵. À l'instar du droit du travail, le domaine de l'obligation de motivation en droit civil ne doit pas non plus être cantonné à la rupture du contrat²⁶⁶. En ce sens, la reconnaissance et la régulation des phénomènes de pouvoir en droit privé des rapports contractuels conduisent de nombreux auteurs à envisager l'obligation de motiver comme un corollaire des prérogatives contractuelles²⁶⁷. L'exercice d'un pouvoir implique en effet des devoirs pour son titulaire²⁶⁸. En motiver l'usage ne paraît pas excessif pour qui dispose de la faculté de modifier unilatéralement les termes de l'engagement²⁶⁹, comme par exemple en présence d'une clause tarif, autorisant un contractant à fixer le prix des marchandises fournies lors des contrats ultérieurs participant à l'exécution de l'engagement initial²⁷⁰, dans les contrats de franchise²⁷¹, ou de distribution²⁷². L'obligation de motivation s'affirme donc comme une contrepartie au pouvoir de décider seul, et ce, avec d'autant plus de force dans les hypothèses où le pouvoir juridique se double de l'infériorité économique de l'un des cocontractants²⁷³.

Reconnaissons toutefois que si l'analyse travailliste est susceptible d'éclairer la consécration d'une obligation de motivation en matière de rupture du contrat, elle n'envisage malheureusement pas d'y recourir lors de sa phase d'exécution. On sait que la stipulation

²⁶⁵ C. trav. art. L. 3122-9.

²⁶⁶ Remarquons que l'article 7 du Code civil dans sa rédaction de 1804 disposait que « toute délibération du conseil de famille qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur sera motivée, et ne pourra être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur ».

²⁶⁷ Voir les actes du colloque 30 novembre 2010, « Les prérogatives contractuelles ». *RDC* 2011, p. 639 et s. spé. D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ». in *Les prérogatives contractuelles*, actes du colloques, *RDC* 2011, p. 644.

²⁶⁸ « L'exercice de ce pouvoir intéresse non seulement son titulaire mais encore son cocontractant. Dès lors, de la même façon qu'un mandataire doit rendre compte à son mandant de l'exercice des pouvoirs qui lui ont été conférés, il semble s'imposer que le titulaire du pouvoir justifie de son exercice légitime », G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat ». in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2003, p. 169.

²⁶⁹ En ce sens D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? ». *RDC* 2004, p. 558, n°4 ; G. WICKER, *op. cit.*, p. 169.

²⁷⁰ M. MIGNOT, J.-Cl., Civil Code, Art. 1591 à 1593, Fasc. unique : VENTE - Nature et forme - Prix et frais, 12 décembre 2008, n°86 et s.

²⁷¹ Cass. com.4 février 1997, n° 94-21174.

²⁷² Cass. com. 26 mars 1996, n° 93-16849, s'agissant des contrats de distribution stipulant une clause permettant à l'une des parties de fixer unilatéralement, le prix le Professeur Ghestin jugeait « possible, dans une optique de droit commun des contrats de se référer concrètement aux motifs réels qui ont inspiré la fixation du prix », J. GHESTIN, note sous Ass. plén. 1^{er} décembre 1995, *JCP* 1996, II, 22565.

²⁷³ Tel que l'exprime magistralement Monsieur Thierry Revet, « une telle obligation se justifie par la double considération, cumulative, de l'incidence que la décision unilatérale a sur la situation concrète du contractant, et de la circonstance que ce dernier ne se trouve pas dans une situation factuelle lui permettant d'imposer une autre solution que celle que son contractant va arrêter », Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie ». *RDC* 2004, p. 579, n°6, l'auteur ajoute que cette logique « consacre, en droit, l'inégalité de puissance qui prévaut en fait. Elle ne la nie pas ni ne l'interdit, mais se contente seulement de la limiter, ce qui suppose de commencer par la reconnaître ».

d'une clause de mobilité ou d'une clause de modulation du temps de travail offre à l'employeur la possibilité de faire varier unilatéralement des paramètres essentiels de la relation de travail et affectant directement la personne du salarié. La mise en œuvre de ces instruments de flexibilité pourtant identiques aux prérogatives contractuelles précitées, n'est cependant soumise à aucune forme de motivation. La Cour de cassation estime ainsi que la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise²⁷⁴. Loin de toute obligation de motivation à la charge de l'employeur, il incombe au contraire 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 contractuelle²⁷⁵. Sur ce point, l'apport du droit du travail se traduit donc moins par la promotion d'un modèle à suivre que par l'affichage d'un exemple à éviter.

Tout en étudiant l'obligation de motivation appliquée à la rupture du contrat, les arguments que nous tenterons d'apporter au soutien d'une extension de son domaine et d'un renforcement de son régime concernent tout autant la mise en œuvre des prérogatives contractuelles²⁷⁶. Qu'il s'agisse en effet de rompre l'engagement, ou d'en altérer le contenu au cours de son exécution, l'un des contractants impose sa volonté par l'édition d'un acte juridique unilatéral²⁷⁷. Si l'obligation de motivation n'empêche nullement la rupture du contrat, elle fournit en revanche la base nécessaire à un éventuel contrôle de sa légitimité. Le dépassement préalable des obstacles à la consécration d'une obligation de motiver la rupture **(A)** permet ensuite de souligner l'utilité du mécanisme **(B)**.

²⁷⁴ Il en résulte que le refus du salarié des changements de ses conditions de travail constitue une faute Cass. soc. 9 avril 2002 n° 99-45155, *RJS* 2002 n° 785.

²⁷⁵ Cass. soc. 23 février 2005 n° 03-42018, *Bull. civ.* V, n°64*RJS* 2005 n° 477 ; Cass. soc. 18 janvier 2012 n° 10-11978

²⁷⁶ En ce sens voir Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie ». *RDC* 2004, p. 582, pour qui « *il est remarquable qu'alors qu'en quelques années la cour de cassation a fait sensiblement progresser le domaine des actes unilatéraux entre contractants, en admettant la fixation unilatérale du prix et la résiliation du contrat pour motif grave, elle n'a pas pour autant assorti ces extensions d'une obligation de motiver les décisions considérées, bien que cette exigence constitue une mesure d'accompagnement naturel, sinon nécessaire, des prérogatives unilatérales* ».

²⁷⁷ Or, la motivation obligatoire « *n'est-elle pas à même, au moins dans une certaine mesure, de clarifier le processus de prise de décision d'un acte unilatéral pour en expurger la part d'arbitraire ?* », R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n°428.

A. Le dépassement des obstacles à une obligation de motiver la rupture

776. Les auteurs opposés à l'instauration d'une obligation de motiver la rupture du contrat avancent classiquement deux types d'obstacles : le danger d'une extension incontrôlée en dehors des situations où elle est actuellement prévue, et sa contradiction avec la liberté de rupture des contrats à durée indéterminée. Ces réticences peuvent néanmoins être dépassées : d'une part une délimitation du domaine de l'obligation de motivation est parfaitement possible (1), d'autre part la technique reste compatible, selon nous, avec le principe de libre résiliation (2).

1. Une délimitation possible du domaine de l'obligation de motivation

777. Le domaine accordé à l'obligation de motivation en droit positif se signale par son étroitesse (a). Ce constat conduit à plaider en faveur de son extension dans les hypothèses où la rupture vise des contrats de dépendance (b).

a. Le constat d'un domaine étroit en droit positif

778. Alors qu'elle occupe une place importante en droit administratif où elle accompagne les décisions individuelles défavorables²⁷⁸, l'obligation de motiver la rupture d'un engagement demeure marginale en droit privé²⁷⁹. Les codificateurs n'en font aucune mention dans le Titre 3 du Livre 3 du Code civil consacré aux obligations en général²⁸⁰, tandis que la jurisprudence ne lui témoigne guère d'intérêt. Après avoir fermement rejeté toute obligation de motiver la

²⁷⁸ La loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public prévoit que les décisions individuelles défavorables constituent une sanction et doivent être motivées ; sur l'exigence de motivation d'une résiliation pour faute assimilée à une sanction voir CE 23 juin 1987 *Thomas, RFD adm.* 1987, p. 197.

²⁷⁹ Une recherche d'arrêts de la Cour de cassation sur le site légifrance et avec les mots « motivation » et « rupture » génère 191 résultats dont 180 pour la chambre sociale, 7 pour la chambre commerciale, 2 pour la première chambre civile, 1 pour la deuxième chambre civile et 1 pour la chambre criminelle. Précisons que les deux décisions rendues par les chambres civiles ne traitent finalement pas d'une obligation de motiver la rupture d'un contrat.

²⁸⁰ « *Le droit commun des contrats est au contraire muet sur le régime général de la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, l'article 1134 du Code civil se bornant à faire une allusion aux clauses spéciales de révocation "que la loi autorise" »*, M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 301..

rupture ou le non-renouvellement d'un contrat²⁸¹, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait paru infléchir sa jurisprudence. Elle censura en effet une cour d'appel pour qui le caractère abusif de la résiliation n'était pas caractérisé par l'énonciation des motifs erronés ou fallacieux, ceux-ci étant insuffisants à démontrer une intention de nuire²⁸². Par la suite, la Cour de cassation est finalement revenue sur sa position initiale, jugeant qu'en l'absence de disposition légale particulière, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut, sans avoir à motiver sa décision, mettre fin unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus²⁸³.

779. À lire certains auteurs, l'insuffisance du domaine assigné à l'obligation de motivation en droit interne serait compensée par certaines dispositions du droit communautaire, prévoyant un déploiement de la technique dans les contrats de dépendance²⁸⁴. L'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du 1^{er} décembre 2009 prohibe, à peine de nullité, les accords entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur²⁸⁵. En vertu

²⁸¹ Cass. com. 17 avril 1980, *Bull. civ. IV*, n°152, « *mais attendu que la cour d'appel, par motifs propres et adoptés, a retenu que la société Volvo-France était en droit, six mois avant son expiration, de notifier à la société Canor qu'elle ne renouvellerait pas le contrat de concession en cours conclu pour une durée d'un an non renouvelable par tacite reconduction, sans avoir à motiver sa décision, que, par ces seuls motifs la cour d'appel, abstraction faite des motifs surabondants critiques par le moyen, a décidé, à bon droit, que la société Volvo-France n'était tenue au paiement d'une quelconque indemnité, la partie adverse ne rapportant pas la preuve du caractère abusif de ce non-renouvellement* ».

²⁸² Cass. com. 3 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n°171, *D.* 1998, p. 113, obs. D. MAZEAUD, « *attendu que, pour rejeter la demande de la société Mercure en paiement d'indemnités de résiliation des 2e et 3e contrats, l'arrêt retient que "le versement d'une somme d'argent au titre de la rupture ne peut être fondé que sur le caractère abusif de la résiliation, caractérisé par la démonstration d'une volonté de nuire" et que la résiliation des contrats, "même faite pour des motifs erronés ou fallacieux, n'établit pas la volonté de nuire" de la SIDR ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'abus dans la résiliation d'une convention ne résulte pas exclusivement dans la volonté de nuire de celui qui résilie, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » ; en faveur d'une obligation de motiver la rupture d'un contrat de concession, obligation vraisemblablement déduite de l'existence d'une clause d'agrément du concédant préalable au transfert du contrat à un tiers, voir également Cass. com. 2 juillet 2002, n° 01-12.685.

²⁸³ Cass. com. 26 janvier 2010, *Bull. civ. IV*, n°18 ; pour une solution identique en matière de non-renouvellement de contrat voir Cass. com. 17 avril 1980, *Bull. civ. IV*, n° 240 ; Cass. com., 4 janvier 1994, *Bull. civ. IV*, n°13 *D.* 1995, p. 335, note G. VIRASSAMY ; Cass. com. 23 mai 2000, n° 97-10.553.

²⁸⁴ « *Pour autant, il n'est pas certain que la généralisation de l'obligation de motivation soit réellement opportune, ni d'ailleurs praticable à l'échelle droit commun. (...) Dans les contrats de dépendance, et plus particulièrement dans la distribution automobile qui alimente pour une large part le contentieux de la motivation, le droit communautaire opte désormais clairement pour une telle exigence. Cela devrait contribuer à dégonfler le débat sur le terrain de la théorie générale* », B. FAGES, « *Des motifs de débats...* ». *RDC* 2004, p. 564.

²⁸⁵ L'article 101 vise « *notamment ceux qui consistent à : a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur*

du paragraphe 3 de ce même article, la Commission conserve la possibilité d'exempter certaines relations contractuelles de l'interdiction précitée, lorsque celles-ci « *contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* ».

780. C'est ainsi que le règlement n°1400/2002 du 31 juillet 2002 a procédé à une exemption d'interdiction aux accords verticaux et pratiques concertées dans le secteur automobile²⁸⁶ ; son article 3-4 subordonne néanmoins l'exemption à la condition que la rupture des accords visés fasse l'objet d'une motivation²⁸⁷. Si la mesure peut sembler opportune, il reste cependant difficile d'y voir la marque d'une expansion de l'obligation de motivation dans les relations contractuelles. Tout d'abord, seuls sont visés les contrats portant sur la commercialisation de véhicules automobiles neufs, à l'exclusion de tous les autres contrats de distribution pour lesquels une obligation de motiver serait la bienvenue. Ensuite, cette protection des distributeurs automobiles a pris fin le 31 mai 2013, remplacée par le règlement n°330/2010 du 20 avril 2010, qui ne comporte plus aucune obligation de motivation du contrat de distribution au moment de sa résiliation²⁸⁸.

781. Présentée comme un mécanisme exceptionnel²⁸⁹, l'obligation de motiver la rupture d'un acte juridique en dehors du droit du travail ne trouve guère à s'appliquer que dans deux hypothèses. La première doit être envisagée au futur dans la mesure où elle découle de la réforme du droit des contrats du 10 février 2016. Le nouvel article 1226 du Code civil prévoit

infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

²⁸⁶ Règlement (CE) n°1400/2002 de la commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 (aujourd'hui 101), du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile.

²⁸⁷ Aux termes de cet article, « *l'exemption s'applique à condition que l'accord vertical conclu avec un distributeur ou un réparateur prévoie qu'un fournisseur qui souhaite notifier la résiliation d'un accord soit tenu de le faire par écrit en spécifiant les raisons objectives et transparentes de la décision de résiliation, afin d'éviter qu'un fournisseur ne résilie un accord vertical avec un distributeur ou un réparateur à cause de pratiques qui ne peuvent faire l'objet de restrictions dans le cadre du présent règlement* ».

²⁸⁸ Règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

²⁸⁹ « *La relative rareté de l'obligation de motiver va vraisemblablement de pair avec l'existence d'un principe général de non-motivation des actes juridiques (...). C'est l'évidence, dira-t-on : le principe est le consensualisme – c'est la majeure –, or, la motivation est une exigence de forme – c'est la mineure –, en conséquence, la motivation est exceptionnelle* », X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques ». in *La motivation : Journées nationales - Limoges - Association Henri Capitant - Tome III*, LGDJ, Paris, 1998, p. 76.

ainsi qu'en cas d'inexécution, le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification²⁹⁰. L'alinéa 3 du texte ajoute que lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Cette condition est bienvenue. En effet, parce que la rupture unilatérale est exceptionnelle et lourde de risques, on peut exiger de celui qui la notifie qu'il s'en explique²⁹¹.

782. La seconde hypothèse où la motivation de la rupture de l'acte juridique est obligatoire concerne la révocation des mandats d'intérêt commun²⁹². Selon une jurisprudence constante, ces derniers ne peuvent ainsi être révoqués que par le consentement mutuel des parties ou pour une cause légitime reconnue en justice ou encore suivant les clauses et conditions spécifiées au contrat²⁹³. Malheureusement, le droit positif ne tend pas à faire du mandat d'intérêt une porte d'entrée pour l'avènement d'une obligation de motiver la rupture de l'acte juridique en droit civil²⁹⁴. Si le mandat d'intérêt commun bénéficie d'une qualification à part entière dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation²⁹⁵, la notion y fait toutefois l'objet d'une appréciation stricte et peu propice à un élargissement du domaine de l'obligation de motivation²⁹⁶.

783. Par le passé, quelques juges du fond sensibles à la situation de dépendance économique des concessionnaires avaient entrepris de les soumettre au régime du mandat d'intérêt commun²⁹⁷, approuvés en cela par une partie de la doctrine²⁹⁸. La Cour de cassation porta

²⁹⁰ Sur l'identification des hypothèses de résolution des contrats à durée déterminée voir n°720 et s.

²⁹¹ P.-Y. GAUTIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 70.

²⁹² Définis comme « un mandat de collaboration poussant le mandataire à agir aussi bien dans l'intérêt du mandant que dans le sien propre », Ph. DÉLEBECQUE, F. COLLART-DUTILLEUL, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Paris, 9^e éd., 2011, n°672 ; voir également J. GHESTIN, « Le mandat d'intérêt commun ». *in Mélanges Derruppé*, Litec, 1991, p. 105.

²⁹³ Cass. com. 3 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 172.

²⁹⁴ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 301, observant qu'il « n'y a guère que dans les mandats d'intérêt commun que l'auteur de la rupture doit justifier d'un intérêt légitime. On aurait pu alors aussi songer à étendre cette règle à tous les contrats inspirés de la même idée est que l'on pourrait qualifier de contrats "d'intérêt commun" ».

²⁹⁵ Par exemple Cass. com. 20 févr. 2007, *Bull. civ.* VI, n°57.

²⁹⁶ Voir Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl., *Contrats - Distribution*, Fasc. 1010 : Concessions. Distribution, circuits et réseaux de distribution . – Inventaire des diverses concessions . – Fondement et protection des réseaux de distribution, novembre 2009, n°95 et s

²⁹⁷ Notamment CA Aix-en-Provence 31 octobre 1963, *JCP G* 1964, II, 13647, note J. HEMARD ; CA Lyon 24 janvier 1964 *D.* 1965, p. 185, note R. PLAISANT ; CA Amiens 13 décembre 1973, *D.* 1975, jurispr. p. 452, note A. ROLLAND.

²⁹⁸ A. BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun ». *in Mélanges Weill*, Dalloz, Litec, Paris, 1983, p. 85. Th. HASSLER, « L'intérêt commun ». *RTD com.* 1984, p. 581.

néanmoins un coup d'arrêt à ces tentatives d'expansion²⁹⁹, en refusant d'appliquer le régime du mandat d'intérêt commun à d'autres contrats que le mandat³⁰⁰. À l'appui de l'article L. 330-3 du Code de commerce³⁰¹, créé par la loi Doubin du 31 décembre 1989³⁰², des auteurs militèrent pour que certains engagements marqués par la dépendance économique d'un contractant à l'égard de son partenaire soient qualifiés de contrats d'intérêt communs³⁰³; là encore, la Cour de Cassation s'y opposa³⁰⁴. L'obligation de motivation souffre donc d'un champ d'application trop étroit en droit privé des contrats, y compris en droit de la distribution où l'on aurait pu s'attendre à ce que le législateur et les magistrats s'approprient davantage la technique. À l'inverse, l'exemple du droit du travail milite pour une extension du domaine de la motivation accompagnant la rupture des contrats de dépendance.

b. L'opportunité d'une extension aux contrats de dépendance

784. Que le droit du travail ne puisse revendiquer la paternité d'une obligation de motiver la rupture des actes juridiques³⁰⁵, ou que le développement de la technique en son sein ait pu être inspiré par le droit administratif³⁰⁶, n'empêche pas une partie de la doctrine de voir dans la

²⁹⁹ Cass.com. 12 décembre 1967, *JCP G* 1968, II, 15534, note J. HEMARD ; Cass. com. 10 juin 1969 : *Bull. civ.* IV, n° 219.

³⁰⁰ Sur les liens contrats de concession et mandat d'intérêt commun voir Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl., *op. cit.*, n°99 et s.

³⁰¹ Celui-ci dispose en son premier alinéa que « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ».

³⁰² Loi n°89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social.

³⁰³ B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse, Paris, 1973, p. 455 ; G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin ». *JCP E* 1990, II, 15809, n°28.

³⁰⁴ « D'une façon générale, la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, comme le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée, constitue l'exercice d'un droit qui, comme tel, ne constitue pas une défaillance contractuelle du cocontractant, sauf abus. La jurisprudence, est constante, y compris à propos des contrats de L'expression de contrat d'intérêt commun, insérée de façon toute circonstancielle dans la loi Doubin, ne change pas cet état de droit », Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n°121.

³⁰⁵ Cass. com. 10 novembre 1959, *Bull. civ.* III, n° 384, affirmant l'impossibilité de révoquer unilatéralement le contrat de mandat d'intérêt commun à durée indéterminée, à moins d'un consentement mutuel, d'une cause légitime reconnue en justice ou sur la base de clauses contractuelles

³⁰⁶ « Aussi bien la loi qui impose à l'employeur de mentionner les motifs par la lettre de licenciement (loi du 13 juillet 1973) est-elle antérieure à la loi du 18 juillet 1979, qui a généralisé l'obligation de motiver les décisions administratives individuelles défavorables. Cependant, les mêmes causes – notamment la nécessité d'assurer le respect des droits de la défense – produisant les mêmes effets, le droit de la fonction publique le droit de travail ont tous deux imposé la motivation des sanctions disciplinaires, et il est vraisemblable que les privatistes ont à

discipline une force de suggestion pour un élargissement du domaine de la motivation en droit civil³⁰⁷. Une telle orientation connaît toutefois de nombreux opposants, défendant le caractère exceptionnel du recours à la notion. Certains dénoncent ainsi le caractère envahissant d'une obligation érigée au rang de principe³⁰⁸, ou encore son intolérable immixtion dans les affaires privées qu'elle viendrait précariser³⁰⁹, au nom d'un idéal de transparence malvenu³¹⁰, y compris dans les contrats de distribution³¹¹. Ces légitimes réserves doivent pourtant être dépassées.

785. Pour commencer, il ne s'agit pas de plaider pour une extension des ruptures motivées à tous les contrats, mais seulement à ceux impliquant une partie en situation de dépendance économique à l'égard de son partenaire³¹². L'obligation de motivation ne saurait être imposée dans les situations contractuelles où la faculté de l'un ou l'autre de pratiquer l'unilatéralisme ne s'inscrit pas dans un schéma de relation inégalitaire³¹³. Plus largement, il faut garder à l'esprit que pour ne pas menacer excessivement la prévisibilité de la règle de droit, la prise en compte des inégalités doit cibler des types de contrats ou des catégories de contractants

cet égard trouvé leur inspiration en droit administratif», F. GAUDU, « L'exigence de motivation en droit du travail ». *RDC* 2004, p. 566

³⁰⁷ Par exemple, M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 327, « le droit civil admet aujourd'hui l'existence de relations de dépendance ou plus exactement en réalité, d'inégalités et de pouvoir entre les parties (...). [Les juges] pourront alors s'inspirer des matières où cette obligation de motivation est connue et affinée depuis longtemps, c'est-à-dire précisément celle où l'inégalité entre les parties était inhérente au type de contrat conclus : droit public ou droit du travail par exemple ».

³⁰⁸ « (...) on voit mal comment, si cette obligation de motivation devait être érigée au rang de principe, elle ne serait pas appelée à jouer au bénéfice des deux parties, la faible comme la forte. Or exigerait-on d'un consommateur, par exemple, qu'il motive sa décision de résilier de ne pas renouveler son contrat d'abonnement au câble, son contrat de téléphonie mobile de fourniture d'accès à Internet ? », B. FAGES, « Des motifs de débats... ». *RDC*, 2004, p. 565.

³⁰⁹ « La motivation est une exigence de transparence, justifiée pour les choses publiques, moins justifiée pour les affaires privées où elle prend alors les allures d'une immixtion », X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques ». in *La motivation : Journées nationales - Limoges - Association Henri Capitant - Tome III*, LGDJ, Paris, 1998, p. 74, admettant néanmoins que « la satisfaction des intérêts privés peut être l'occasion d'excès, d'abus, justifiant un contrôle de la motivation des actes juridiques ».

³¹⁰ « L'obligation de motiver les décisions unilatérales inspirées par un souci de transparence ou de solidarité contractuelle fortement marquée par le soupçon pourrait conduire à une précarité accrue des relations contractuelles », D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? ». *RDC* 2004, p. 562.

³¹¹ J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Dalloz, Paris, 2004, p. 122, pour qui « il serait inopportun d'admettre un devoir de motiver la résiliation des contrats de distribution ».

³¹² « L'obligation de motivation, liée à l'état de dépendance économique, doit alors être strictement limitée aux contrats ayant pour objet d'assurer la subsistance « économique » de l'un des contractants », M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique ». *RDC* 2004, p. 577.

³¹³ Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie ». *RDC* 2004, p. 587.

connus³¹⁴. Ensuite, exiger de l'auteur de la rupture qu'il motive sa décision ne nous paraît pas constituer une atteinte excessive à la loi des parties. Lorsque la volonté de rompre l'engagement met en péril les conditions d'existence du contractant qui la subit³¹⁵, l'obligation d'en énoncer les raisons est selon nous la moindre des choses au regard de ses conséquences³¹⁶. Prétendre, enfin, que la motivation des ruptures précéderait les engagements auxquels elle s'appliquerait semble douteux³¹⁷. À l'instar de l'entretien préalable, dont on a pu voir qu'il donnait à l'auteur de la rupture l'opportunité d'en éprouver le bien-fondé³¹⁸, motiver la volonté de rompre peut lui permettre de s'assurer que la décision de mettre un terme à la stabilité contractuelle n'a pas été prise à la légère³¹⁹ : « *la motivation est un garde-fou utile et efficace* »³²⁰.

786. Opportune, la délimitation du domaine accordé à l'obligation de motivation est également possible. À la lumière de la définition « classique » des contrats de dépendance³²¹,

³¹⁴ « *Ne pas tenir compte des inégalités de fait, c'est laisser jouer à plein les rapports de force, et donc priver le sujet des règles de droit qu'il institue ; vouloir à l'inverse tenir compte des moindres d'entre elles, c'est s'engager dans un processus d'individualisation dont le point de fuite est la disparition de toute participation des individus à un même statut juridique, et donc une désobjectivation de masse* », A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 1994, p. 223.

³¹⁵ « (...) un contrat de dépendance économique se caractérise par le fait qu'une partie retire de ce contrat l'essentiel de ses moyens de subsistance il s'agit le plus souvent de son salaire (dans le contrat de travail), plus généralement de l'argent dont elle a besoin pour vivre, mais ce peut être également son logement », M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004, p. 576.

³¹⁶ « *Une obligation de motivation ou de justification de la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée puise sa source dans la prise en considération, par le législateur ou les parties, d'une situation particulière nécessitant un régime spécial de protection* », Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008, n°714.

³¹⁷ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1986, tome 190, n°289, estimant à l'inverse qu'il « *serait souhaitable de généraliser le principe de motivation obligatoire qui, incontestablement, limite les risques et la fréquence des ruptures* ».

³¹⁸ Voir *supra*, n°765 et s.

³¹⁹ « (...) il n'est pas exclu que, à l'instar du contrat de travail et du contrat de concession, le droit commun des contrats s'oriente, s'agissant des contrats à durée indéterminée, vers une exigence de motivation. Celle-ci n'est pas une solution de droit positif. Une nouvelle orientation ne serait pas surprenante si l'on veut bien admettre que la stabilité contractuelle constitue, aujourd'hui plus qu'hier, une préoccupation du droit des contrats », A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, tome 48, n°120 ; « *le fait d'imposer aux contractants économiquement puissants de motiver la résiliation ou le refus de renouvellement du contrat contribue à la stabilité du lien contractuel* », J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble, 1996, n°438.

³²⁰ S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Deffrénois* 2006, p. 394.

³²¹ Les « *contrats de dépendance [régissent] une activité professionnelle dans laquelle l'un des partenaires, l'assujéti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de la placer dans sa dépendance économique et sous sa domination* », G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1986, tome 190, n°226.

le législateur pourrait envisager d'y soumettre la rupture de nombreux engagements parmi, lesquels les contrats de distribution – sélective ou non –, de sous-traitance, de concession commerciale, d'intégration en agriculture, de franchisage ou encore de collaboration entre avocats. La logique d'un ciblage catégoriel peut certes sembler présenter quelques inconvénients tenant aux présomptions de dépendance économique qu'elle instaurerait. Il est ainsi difficile, par exemple, d'affirmer que dans un contrat de fourniture le fournisseur bénéficie systématiquement d'une position dominante³²² : tout dépend des termes concrets de la relation. La partie faible ne pouvant être identifiée *a priori*³²³, l'obligation de motiver la rupture devra alors peser sur chacune des parties à l'échange. Est-ce là un obstacle dirimant à l'expansion des ruptures motivées comme le laissent entendre certains auteurs³²⁴ ? Nous ne le pensons pas.

787. Le rapport de nécessité qu'entretient la partie faible avec l'acte juridique conduit à observer que c'est rarement le cocontractant en situation de dépendance qui prend la décision de rompre. S'il était amené à le faire, cela signifierait soit que l'engagement ne répond plus à un besoin, soit qu'une possibilité existe de le satisfaire à moindre coût : dans les deux cas le rapport de dépendance n'est plus. Dans ce cas précis, on peut admettre que la soumission de l'ensemble des parties à un engagement nommé à une obligation de motivation puisse constituer une gêne. Néanmoins, si la rupture émane d'une partie jusqu'ici en situation de dépendance, il est permis de penser qu'elle n'aurait aucune peine à fournir des explications légitimes. Reste alors à démontrer la compatibilité de l'obligation de motivation avec la liberté de résiliation des contrats à durée indéterminée

³²² Si le fournisseur exclusif d'une matière première indispensable à un industriel est en position de domination, le rapport est en revanche le plus souvent inversé s'agissant du fournisseur de la centrale d'achat d'une enseigne de grande distribution.

³²³ Sur ce point voir M. FONTAINE, J. GHESTIN, (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1996, tome 261. « *La détermination de la partie la plus faible peut, en premier lieu, sembler aisée lorsque sont en cause certains droits spéciaux, comme droit de la consommation ou droit du travail, précisément construits en contemplation de la faiblesse présumée du consommateur du salarié. La tâche est beaucoup moins évidente pour d'autres contrats spéciaux. Qui, par exemple, de l'acheteur ou du vendeur faut-il préférer ? Lequel le plus faible l'entrepreneur ou du maître de l'ouvrage, du mandant ou du mandataire, du fournisseur ou du distributeur ? Il ne semble pas possible, dans nombre de contrats, de désigner abstraitement par avance la partie la plus digne de protection* », Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2009, tome 509, n°388.

³²⁴ Voir par exemple B. FAGES, *op. cit.*, p. 565, « *on voit mal comment, si cette obligation de motivation devait être érigée au rang de principe, elle ne serait pas appelée à jouer au bénéfice des deux parties, la faible comme la forte. Or exigerait-on d'un consommateur, par exemple, qu'il motive sa décision de résilier de ne pas renouveler son contrat d'abonnement au câble, son contrat de téléphonie mobile de fourniture d'accès à Internet ?* ».

2. Une obligation compatible avec la liberté de résiliation des contrats à durée indéterminée

788. Nul ne conteste que devoir motiver la rupture d'un engagement puisse constituer une forme de restriction à la liberté contractuelle, y compris les auteurs favorables à une extension de son champ d'application³²⁵. Ceux qui s'opposent à son avènement en droit privé font ainsi valoir que la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée ne doit être motivée que lorsque la rupture porte atteinte aux droits de celui qui la subit, comme par exemple lors d'une rupture avant terme d'un lien juridique³²⁶. Il est toutefois permis de ne pas partager une conception aussi restrictive de la place qu'il conviendrait d'accorder à l'obligation de motivation dans la théorie générale de l'acte juridique.

789. Tout d'abord, la valeur juridique reconnue à la liberté contractuelle n'interdit nullement au législateur d'y apporter des restrictions. La loi impose, par exemple, la souscription d'une police d'assurance lors de l'achat d'un véhicule terrestre à moteur ou la pratique de certains loisirs, conduisant une partie de la doctrine à dénoncer une liberté battue en brèche³²⁷, ou à stigmatiser l'existence de contrats imposés³²⁸. *De lege lata*, la liberté contractuelle ne peut être considérée comme un principe dépourvu de toute exception. *De lege ferenda*, sa figure tutélaire ne serait donc pas remise en cause par l'affirmation, dans la loi, d'une obligation de motiver la rupture de certains contrats, comme c'est le cas depuis 1973 en droit du travail³²⁹.

³²⁵ Le Professeur Fabre-Magnan rappelle ainsi que « *si l'obligation de motivation est compatible avec le droit de résilier de ne pas renouveler un contrat, elle en constitue néanmoins une limite certaine et donc une atteinte à la liberté contractuelle* », M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique ». *RDC* 2004, p. 575.

³²⁶ L. AYNÈS, « Motivation et justification ». *RDC* 2004, p. 557, estimant que tous les actes unilatéraux mettant un terme à la relation juridique ne doivent pas être motivés, « *seulement ceux qui privent leurs destinataires d'un droit : rupture avant terme d'un lien juridique, modification unilatérale, rupture d'agrément d'une cession, lorsque le contrat est cessible, refus de renouvellement, lorsqu'il existe un droit au renouvellement... En revanche, l'acte unilatéral qui ne prive pas autrui d'un droit n'a pas à être motivé : acceptation ou refus de contracter, refus de renouveler un contrat, exercice d'une option...* »

³²⁷ Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, Paris, 13^e éd., 2014, n°83.

³²⁸ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, Dalloz, Paris, 12^e éd., 2010, p. 224, n°642.

³²⁹ « *Il y a souvent de façon sous-jacente l'idée que le contractant ayant un « droit » de rompre son contrat, il ne pourrait par conséquent être tenu de motiver sa décision. En réalité, la liaison entre les deux assertions est loin d'être évidente et mériterait d'être approfondie, car il y a différents types de droit et tous ne sont pas discrétionnaires. Il peut donc exister des droits dont l'utilisation est subordonnée à une motivation, c'est-à-dire des sortes de droits-fonctions* », M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats ». *in Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 313, n°10.

790. C'est ensuite le caractère unilatéral de la rupture qui permet de défendre la compatibilité des ruptures motivées avec la liberté de résilier les engagements à durée indéterminée³³⁰. L'acte unilatéral s'entend d'un acte par lequel un effet de droit est produit par une seule personne, ou par plusieurs personnes, partageant des compétences concurrentes sur une même situation juridique, sans le consentement, le cas échéant, de son destinataire³³¹. Il opère alors « *comme un commandement, une sorte de décret qui est adressé à l'ordre juridique privé et assure la prédominance d'une volonté sur les autres* »³³². Cette expression du pouvoir à travers l'édition d'un acte unilatéral³³³, au coeur d'un rapport juridique bilatéral³³⁴, a pour effet d'extraire l'obligation de motivation d'une logique purement consensualiste et inhérente aux relations contractuelles : « *sorti du contrat, le consensualisme n'est plus une évidence* »³³⁵. L'acte juridique unilatéral qui matérialise la rupture ne pouvant s'analyser en un contrat, sa soumission à une obligation de motivation n'est donc pas incompatible avec le respect d'une liberté attachée quant à elle à la figure contractuelle³³⁶. Cet obstacle dépassé, il

³³⁰ L'affirmation vaut *a fortiori* s'agissant de l'énoncé du manquement grave visé par le contractant qui rompt de manière anticipée un contrat à durée déterminée, voir *supra* n°722 et s.

³³¹ Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008, n°166.

³³² Y. PAGNERRE, *op. cit.* n°27.

³³³ « (...) *c'est bien l'acte juridique unilatéral qui traduit le mieux la nature même du pouvoir : celle de permettre à son titulaire d'empiéter par sa seule initiative sur le terrain juridique d'autrui* », I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec – Bibliothèque de droit de l'entreprise, n°52, Paris, 2001, n°141 ; voir également É. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Études et Recherches, Paris, 1985, n°223, selon qui il est possible d'admettre « *que le pouvoir qui permet à son titulaire de décider pour autrui se traduit toujours par la conclusion d'un acte unilatéral. En cela, la décision du titulaire du pouvoir est bien une manifestation unilatérale de volonté destinée à produire un effet de droit, en l'occurrence contraignant pour autrui et correspond donc à l'une des variétés d'actes unilatéraux* ».

³³⁴ Rappelons la distinction entre les « *actes unilatéraux autonomes* » et ceux qui interviennent « *dans un contexte contractuel (...) pour rompre le contrat, le poursuivre ou déterminer son régime* », L. AYNÈS, « *Rapport introductif* ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 5, n°7 et 8.

³³⁵ « (...) *le principe est le consensualisme – c'est la majeure –, or, la motivation est une exigence de forme – c'est la mineure –, en conséquence, la motivation est exceptionnelle. Ce syllogisme ne prouve pas grand-chose dès lors que le consensualisme n'est qu'une excroissance, dans le domaine de la forme, de la liberté contractuelle. Sortie du contrat, le consensualisme n'est plus une évidence* », X. LAGARDE, « *La motivation des actes juridiques* ». in *La motivation : Journées nationales - Limoges - Association Henri Capitant - Tome III*, LGDJ, Paris, 1998, p. 76.

³³⁶ Ce qui explique que de nombreux auteurs justifient la promotion d'une obligation de motivation par l'édition d'un acte unilatéral, estimant que devraient être motivés « *les actes juridiques unilatéraux, c'est-à-dire ceux dans lesquels se manifeste une unité d'intérêt, dont partie ou totalité des effets se font directement ressentir dans la personne ou le patrimoine d'un tiers* », X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 78 ; Th. REVET, « *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie* ». *RDC* 2004, p. 582, jugeant « *remarquable qu'alors qu'en quelques années la cour de cassation a fait sensiblement progresser le domaine des actes unilatéraux entre contractants, en admettant la fixation unilatérale du prix et la résiliation du contrat pour motif grave, elle n'a pas pour autant assorti ces extensions d'une obligation de motiver les décisions considérées, bien que cette exigence constitue une mesure d'accompagnement naturel, sinon nécessaire, des prérogatives unilatérales* » ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, 1996,

convient à présent de mettre l'accent sur l'utilité d'une obligation de motiver la rupture du contrat.

B. L'utilité d'une obligation de motiver la rupture

791. À l'instar de l'entretien préalable, l'obligation de motivation permet au contractant dont la situation est compromise par la rupture de l'engagement d'évaluer l'opportunité d'une action en contestation de sa légitimité³³⁷. La motivation sera alors perçue comme une anticipation de la procédure contentieuse³³⁸. Dans cette optique, son utilité se signale tout d'abord par un allègement de la charge de la preuve pour la partie qui subit la rupture et en conteste la légitimité (1). L'obligation de motivation facilite ensuite le contrôle juridictionnel des motifs allégués par l'auteur de la décision de rompre (2).

1. Un allègement de la charge de la preuve pour la victime de la rupture

792. Le droit de rompre unilatéralement un contrat à durée indéterminée est susceptible de dégénérer en abus, lorsque la partie qui s'en prétend victime fait état d'éléments caractérisant l'intention de nuire de son partenaire³³⁹. En vertu de l'article 9 du Code de procédure civile, il revient alors à chaque partie de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de sa prétention. Cependant, lorsque l'objet de la preuve porte sur la nature des motifs de l'acte, il faut alors reconnaître que la preuve paraît bien difficile à rapporter par le demandeur, à savoir par le destinataire de l'acte³⁴⁰. L'extension du domaine des ruptures unilatérales aux contrats à durée déterminée en raison de graves manquements du débiteur s'accompagne des mêmes difficultés probatoires. Dans ce cas, en effet, ce n'est plus à celui qui se prévaut de l'inexécution grave du contrat d'apporter la preuve de celle-ci et d'en supporter le risque³⁴¹. L'obligation de motiver la rupture place quant à elle le contractant qui entendrait en contester

tome 254, n°416, observant que « *parce que l'acte unilatéral se forme en l'absence de tout consentement, et souvent par la décision d'un seul, on exige souvent qu'il soit motivé* ».

³³⁷ « *Le devoir de communiquer les motifs au contractant en même temps que lui est notifiée la décision qui affecte la situation ne peut que favoriser la vérification préalable, par le débiteur d'une telle obligation, de la réalité et du sérieux des justifications sur lesquels il entend se fonder officiellement* », Th. REVET, *op. cit.*, p. 586.

³³⁸ X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 75.

³³⁹ Pae exemple, Cass. civ. 1^{re} 21 février 2006, *Bull. civ. I*, n°82.

³⁴⁰ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.* n°433.

³⁴¹ D. MAZEAUD, « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution - Rapport français ». *RDC* 2010, p. 1082.

a posteriori le bien-fondé dans une position nettement plus avantageuse, en ce qu'elle inverse partiellement la charge de la preuve. Le demandeur à l'instance n'a plus à rechercher et à expliciter les raisons ayant conduit son ancien partenaire à rompre le contrat, il lui suffit d'en démontrer le caractère non légitime³⁴². Parallèlement aux contrats de dépendance, on mesure ici tout l'intérêt de soumettre à une obligation de motivation la rupture unilatérale d'un contrat à durée indéterminée en raison des manquements graves imputés à un contractant.

793. Afin de remplir pleinement cet objectif d'allégement de la charge de la preuve, l'obligation de motivation doit cependant être doublée d'un principe bien connu des travaillistes, quoique partiellement contesté par les ordonnances du Président Macron³⁴³, selon lequel la lettre de licenciement fixe les limites du litige³⁴⁴. Transposée en droit civil, la règle signifie que le juge devrait apprécier le bien-fondé de la rupture à l'aune des motifs énoncés par son auteur. C'est d'ailleurs ce que propose le Professeur Gautier en matière de résolution pour inexécution en considérant que « *par analogie avec le droit du travail (...) ces motifs devraient être à la fois suffisamment explicites et se voir "gelés" au jour de la décision* »³⁴⁵. La motivation se rapproche alors sensiblement de la justification³⁴⁶. Elle en préfigure le contenu en agissant comme une sorte de filtre des arguments recevables au

³⁴² La motivation « *inverse partiellement la charge de la preuve puisque, grâce à elle, le contractant auquel s'impose la décision considérée n'aura pas s'il entend la contester, à en reconstituer les raisons, mais seulement en démontrer le caractère non légitime. Au demeurant, n'est-il pas naturel que l'auteur d'une décision faisant grief à autrui soit tenu de lui indiquer les raisons de son choix* », Th. REVET, *op. cit.*, p. 587 ; dans la même logique mais s'agissant de l'exercice d'un pouvoir voir É. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Études et Recherches, Paris, 1985, p. 187, « *la charge de l'allégation du mobile qui reviendrait à obliger l'auteur de l'acte à motiver sa décision, ne serait guère plus contraignante que celle qui est faite à l'administrateur des biens d'autrui de rendre des comptes. Son utilité serait, en revanche, très grande. Elle permettrait en effet, à la fois d'objectiver et de circonscrire un éventuel litige sur l'usage du pouvoir. Il resterait alors aux demandeurs l'action en détournement de pouvoir rapporter la preuve de l'inexactitude du mobile allégué, c'est-à-dire du motif invoqué par l'auteur de l'acte au soutien de sa décision, ou plus généralement de son impuissance à justifier la mesure prise par le titulaire du pouvoir* ».

³⁴³ Voir l'article 4 du projet d'ordonnance « relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail », dévoilé le 31 août 2017, prévoyant un nouvel article L. 1235-2 du Code du travail aux termes duquel « *Les motifs énoncés dans la lettre de licenciement prévue aux articles L. 1232-6, L. 1233-16 et L. 1233-42 peuvent, après la notification de celle-ci, être précisés ou complétés, soit par l'employeur, soit à la demande du salarié, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ».

³⁴⁴ Cass. soc. 13 novembre 1991, *Bull. civ. V*, n°491, *RJS* 1992, p. 35 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, n°739 et s. ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°422.

³⁴⁵ P.-Y. GAUTIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 70.

³⁴⁶ Voir X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement ». *Dr. soc.* 1998, p. 891, pour qui « *la cause de l'acte unilatéral se confond avec le motif déterminant, d'où un parallèle autorisé avec la cause du licenciement. Le motif réel et sérieux n'est rien d'autre que le motif licite et là où le droit civil pose une présomption de licéité, le droit du travail exige de l'employeur qu'il se justifie* ».

soutien de la rupture³⁴⁷. Non seulement la motivation inverse partiellement la charge de la preuve de celui qui entend contester le bien-fondé de la rupture, mais elle permet encore de polariser le conflit autour des motifs énoncés dans l'acte³⁴⁸. À cet égard, elle contribue aussi à faciliter le contrôle des motifs par le juge de la rupture.

2. Une facilitation du contrôle des motifs pour le juge de la rupture

794. À l'instar de l'examen des causes du licenciement pratiqué en droit du travail³⁴⁹, l'obligation de motivation facilite le contrôle des motifs de la rupture par le juge. Premièrement, ceux-ci sont explicités. Deuxièmement, on pourrait considérer, à l'image de la rupture du contrat de travail, que le contrôle juridictionnel se limite aux motifs exposés par l'auteur de la rupture. Si la motivation ne doit pas être confondue avec la justification, les deux opérations peuvent néanmoins se retrouver étroitement liées lors de l'éventuelle phase contentieuse. Tel que l'observe le Professeur Fabre-Magnan, obliger une partie à motiver sa décision de rompre permet ainsi au juge de contrôler que celle-ci est suffisamment justifiée pour compenser le préjudice important pouvant en découler pour le cocontractant³⁵⁰. Rien n'impose toutefois de lier ainsi l'exercice du pouvoir d'appréciation juridictionnel aux motifs avancés par l'auteur de la rupture³⁵¹. Il s'agit là néanmoins d'un choix de politique juridique,

³⁴⁷ « la motivation solennise le motif en sorte qu'il n'y a pas de justification possible de l'acte en l'absence de motivation. Cette solution est d'une profonde originalité qu'elle préfigure l'émergence d'une obligation de motiver propre aux actes juridiques. L'impossibilité de justifier l'acte en dehors de la motivation est de fait un puissant moyen de faire tomber dans l'oubli l'ensemble des faits auxquels ne renvoient pas les motifs invoqués », X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation : Journées nationales - Limoges - Association Henri Capitant - Tome III*, Paris, LGDJ, 1998, p. 81.

³⁴⁸ « Le motif est alors, en quelque sorte, "objectivé" par son énonciation. Le rôle du juge en matière probatoire est alors redéfini : loin de se livrer à l'épreuve toujours aléatoire de sonder les coeurs et les consciences afin de déterminer, à partir des éléments de preuve fournie par les parties, le motif véritable rupture de contrat par acte unilatéral, il pourra limiter son attention aux motifs énoncés par l'auteur de l'acte », R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.* n°432 ; Ch JAMIN, « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée ». *D.* 2001, p. 1570, considérant que l'obligation de motivation « aurait d'ailleurs pour avantage de circonscrire un futur débat judiciaire ».

³⁴⁹ Par exemple, F. GAUDU, « L'exigence de motivation en droit du travail ». *RDC* 2004, p. 570, « pour faciliter l'office du juge, la motivation explicite de l'acte de licenciement est indispensable »

³⁵⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique ». *RDC* 2004, p. 575.

³⁵¹ « ce qu'il importe surtout de souligner, c'est que l'exigence de motivation obligatoire n'implique pas nécessairement un contrôle des motifs. Et il est même tout à fait concevable que l'exercice d'une prérogative discrétionnaire soit soumise à l'exigence d'une obligation de motiver sans pour autant conférer un pouvoir d'appréciation des juges dans le contrôle des motifs de l'acte », R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.* n°435.

guidé par la volonté de redéfinir les modalités d'annonce de la rupture de certains contrats marqués par un rapport de dépendance économique.

795. L'obligation de motivation constitue, par ailleurs, l'une des pièces maîtresses du dispositif de résiliation anticipée des contrats en raison des manquements graves du débiteur. Énoncer les raisons ayant conduit à la rupture de l'engagement avant le terme prévu éclaire l'appréciation de son bien-fondé par le juge. Par exemple, l'obligation de motivation pourrait compléter utilement les articles 49 de la Convention de Vienne³⁵² et 7.3.1 des Principes Unidroit³⁵³ qui se réfèrent à la violation d'une obligation essentielle pour autoriser une rupture anticipée du contrat³⁵⁴. Elle encouragerait du même coup le juge à se saisir de ces mécanismes correcteurs en lui permettant de s'appuyer sur les motifs tels que le créancier les a exposés³⁵⁵.

796. Cette articulation d'une motivation *a priori* et d'un contrôle *a posteriori* invite logiquement à considérer que, faute pour l'auteur de la rupture de motiver sa décision, celle-ci ne pourra qu'être jugée illégitime. L'affirmation d'une obligation de motiver la rupture de l'acte juridique participe ainsi d'une logique dissuasive s'agissant de contrats dont on a pu mesurer à quel point leur maintien est parfois important pour des individus tirant de l'échange les moyens de leur existence³⁵⁶. Si rien ne s'oppose à ce que la motivation soit sanctionnée de manière autonome³⁵⁷, sa méconnaissance en droit du travail prive le licenciement de cause

³⁵² L'article 49 de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise du 11 avril 1980 dispose que « l'acheteur peut déclarer le contrat résolu: a) Si l'inexécution par le vendeur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat ou de la présente Convention constitue une contravention essentielle au contrat (...) ».

³⁵³ Aux termes de l'article 7.3.1. des Principes Unidroit, « 1) Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie. 2) Pour déterminer ce qui constitue une inexécution essentielle, on prend notamment en considération les circonstances suivantes: a) l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas prévu ou n'ait pu raisonnablement prévoir ce résultat; b) la stricte exécution de l'obligation est de l'essence du contrat; c) l'inexécution est intentionnelle ou téméraire; d) l'inexécution donne à croire au créancier qu'il ne peut plus compter dans l'avenir sur l'exécution du contrat; e) le débiteur subirait, en cas de résolution, une perte excessive résultant de la préparation ou de l'exécution du contrat ».

³⁵⁴ « il est fort difficile de cerner ce qu'est une obligation essentielle : les termes de l'article 49 de la convention de Vienne ou 7.3.1 des principes Unidroit en attestent. C'est la raison pour laquelle mieux vaudrait peut-être privilégier une autre voie, celle de la motivation : en disposant de la faculté de déclarer seul le contrat résolu, le créancier exerce un pouvoir dont le juge doit être en mesure de vérifier qu'il ne l'a pas détourné à son seul profit ; or l'un des meilleurs moyens pour ce faire et de lui permettre de s'appuyer sur les motifs tels que le créancier les a exposés », Ch. JAMIN, « Vers la résolution unilatérale du contrat ». D. 1999, p. 197, n°5.

³⁵⁵ Ch. JAMIN, *ibidem*.

³⁵⁶ Voir *supra*, L'utilité d'une obligation de motiver la rupture, n°794 et s.

³⁵⁷ « Ce qu'il importe de souligner, c'est l'autonomie conceptuelle de l'obligation de motiver au regard du contrôle des motifs. Il est en effet tout à fait permis de concevoir que la violation de l'obligation de motiver pourrait connaître une sanction juridictionnelle propre, c'est-à-dire indépendante de la prise en compte des

réelle et sérieuse³⁵⁸. Transposée en droit civil, cette logique conduirait à frapper d'illégitimité la rupture non motivée des contrats de dépendance, condamnant l'auteur d'une rupture unilatérale abusive au paiement de dommages-intérêts³⁵⁹. La sévérité de la sanction encourue devrait alors fortement inciter l'auteur de la rupture à énoncer les raisons de sa décision. Elle renforcerait du même coup l'effectivité d'une obligation de motivation, au service d'une meilleure appréhension des conditions d'annonce de la rupture des engagements. C'est également ce à quoi contribue l'exigence d'un préavis à la rupture de l'acte juridique.

II. L'exigence d'un préavis à la rupture

797. L'exigence d'un préavis à la rupture de l'acte juridique va de pair avec une extension de son domaine en droit positif (**A**). Symétriquement, la promotion de la technique conduit à plaider en faveur d'un cantonnement des dispenses de préavis aux seuls cas de manquements graves de la part d'un des contractants (**B**).

A. Une extension bienvenue du domaine du préavis à la rupture aux contrats de dépendance

798. Au plan axiologique, l'opportunité d'une extension du domaine du préavis repose sur l'importance du mécanisme pour l'individu victime de la rupture (**1**), lorsque celle-ci est susceptible de lui occasionner un préjudice. En droit positif, c'est l'insuffisance du domaine accordé au préavis qui encourage, selon-nous, cette extension (**2**).

1. L'importance du préavis pour la victime de la rupture

799. La notion de préavis renvoie classiquement au délai d'attente qui doit être observé entre le moment où une personne est informée d'une mesure qui la concerne et la date à laquelle

motifs et de leur valeur. Car l'obligation de motiver un acte juridique relève d'une règle non contentieuse », R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.* n°430.

³⁵⁸ C. trav. art. L. 1232-6.

³⁵⁹ Voir *supra*, n°734.

cette mesure s'appliquera effectivement³⁶⁰. S'agissant de la rupture d'un acte juridique³⁶¹, l'instauration d'un préavis a pour principale vertu de donner à l'individu qui la subit les moyens d'anticiper ses effets et de s'organiser, autant que possible, en connaissance de cause³⁶². On ne s'étonnera donc pas que le préavis trouve dans la rupture des contrats de dépendance un terrain d'application privilégié au regard des conséquences potentiellement préjudiciables entourant leur cessation³⁶³.

800. L'attention accordée au préavis répond en effet à une conception de l'acte juridique, et en particulier du contrat, qui l'associe à un acte de prévision. La temporisation de la rupture instituée par le préavis prolonge ainsi la logique de prévisibilité qui anime l'accord initial³⁶⁴, jusqu'au moment où les volontés vont diverger au point de conduire à la rupture de l'engagement³⁶⁵. Le préavis, de même que le principe du contradictoire ou l'obligation de motivation, apparaît alors comme un corollaire de l'acte juridique unilatéral formalisant une décision de rompre qui s'impose à son destinataire³⁶⁶. On peut d'ailleurs observer que l'article 1211 issu de la réforme du droit des contrats subordonne la rupture du contrat à durée indéterminée au respect d'un délai de préavis raisonnable.

801. Une partie de la doctrine préconise de subordonner l'effectivité de la rupture des contrats à durée indéterminée au respect d'un délai de prévenance suffisant³⁶⁷, tel que le prévoit désormais l'article 5.8 des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international³⁶⁸. D'autres auteurs se réfèrent au « modèle » travailliste afin promouvoir ce

³⁶⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013, p. 118.

³⁶¹ La remarque vaut à l'identique pour la mise en œuvre de prérogatives contractuelles altérant de manière unilatérale le contenu obligationnel de l'engagement.

³⁶² G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1986, tome 190, n°292.

³⁶³ G. VIRASSAMY, *op. cit.*, n°293 et s.

³⁶⁴ S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée ». *Deffrénois* 2006, p. 38.

³⁶⁵ « la prévision nécessaire qui est à la base des actions humaines réfléchies et de la vie juridique, impose ici cette sorte de décalage, intermédiaire entre la fin du contrat et sa vie normale », A. ROBERT, « La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), Paris, LGDJ, 1960, p. 37.

³⁶⁶ « tout acte juridique unilatérale, c'est-à-dire qui peut être pris et appliqué sans consentement de son destinataire, nécessité d'être porté à sa connaissance un certain temps avant son application, quand bien même il lui serait favorable », A. SÖNET, *Le préavis en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, n° 864.

³⁶⁷ J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1969, tome 102, n°177 et s. ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, Traité de droit civil, Paris, 3^e éd., 2001, n°271 et s.

³⁶⁸ Celui-ci dispose que « chacune des parties peut résilier un contrat à durée indéterminée en notifiant un préavis d'une durée raisonnable ».

recours au préavis en tant que mesure d'accompagnement à l'annonce des ruptures unilatérales³⁶⁹. Il est vrai que le mécanisme revêt une fonction essentielle en droit du travail, au titre des mesures destinées à tempérer l'impact des changements affectant la relation professionnelle, aussi bien pour le salarié que vis-à-vis de l'employeur. Le Code du travail impose ainsi l'observation d'un préavis lors d'un licenciement³⁷⁰, ou d'une démission³⁷¹; la dénonciation d'un engagement unilatéral³⁷², ou d'une convention collective³⁷³, est également assortie d'un préavis.

802. Pour autant, le droit du travail n'est pas la seule discipline dont l'exemple souligne l'importance du préavis dans la rupture de l'acte juridique³⁷⁴. Le droit de la distribution y contribue grandement à travers l'article L. 442-6 I 5° du Code commerce. Le champ d'application du préavis à la rupture a ainsi connu une forte expansion en dehors du Code civil et au sein des droits spéciaux. Mais tandis que le mouvement mérite d'être salué, l'évolution demeure cependant inachevée; si bien que le domaine occupé par le préavis en droit positif se révèle insuffisant.

2. L'insuffisance du domaine du préavis en droit positif

803. En dehors des prescriptions relatives à la cessation des baux d'habitation³⁷⁵, et avant l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats³⁷⁶, le Code civil ne comportait pas de

³⁶⁹ « Né dans les relations de travail (...) le préavis est par conséquent un mécanisme contractuel plus qu'il n'est un élément d'un statut. Il est alors naturel qu'il ait trouvé sa place dans tous les contrats. Le droit du travail reste cependant le modèle car c'est là que le régime du préavis a été élaboré avec le plus de précision », A. SONET, *Le préavis en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, n°864.

³⁷⁰ C. trav. art. L. 1234-1.

³⁷¹ C. trav. art. L. 1237-1.

³⁷² Cass. soc., 12 février 1997, *Bull. civ.* V, n° 62, *Dr. soc.* 1997, p. 430, obs. J. SAVATIER.

³⁷³ C. trav. art. L. 2261-9.

³⁷⁴ Et l'on peut également déplorer l'abandon formel du préavis s'agissant de l'extension du domaine des contrats à durée indéterminée de chantier ou d'opération, prévue par l'article 34 du projet d'ordonnance « relative à la prévisibilité (sic) et à la sécurisation (re-sic) des relations de travail » dévoilé par le gouvernement Philippe le 31 août 2017.

³⁷⁵ L'article 1736 du Code civil énonce que « si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux ». L'article 1759 précise que « si le locataire d'une maison ou d'un appartement continue sa jouissance après l'expiration du bail par écrit, sans opposition de la part du bailleur, il sera censé les occuper aux mêmes conditions, pour le terme fixé par l'usage des lieux, et ne pourra plus en sortir ni en être expulsé qu'après un congé donné suivant le délai fixé par l'usage des lieux ».

référence expresse au préavis ou au délai-congé³⁷⁷. Du côté des droits spéciaux en revanche, le législateur et la jurisprudence mobilisent plus volontiers le mécanisme au soutien d'un encadrement de la rupture de nombreux contrats³⁷⁸. L'obligation de respecter un préavis se manifeste dans des hypothèses aussi variées que la rupture des contrats de consommation³⁷⁹, de crédit à durée indéterminée³⁸⁰, d'assurance³⁸¹, d'agent commercial³⁸², ou encore des contrats de négoce de produits agricoles³⁸³. Outre ces hypothèses de ruptures régies par des dispositions spécifiques, l'article L. 442-6 I 5° du Code commerce étend l'obligation de respecter un préavis à « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* » qui « *rompt brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* »³⁸⁴.

804. L'interprétation actuelle de cet article étend, à n'en point douter, les catégories de ruptures soumises à une obligation de préavis. La jurisprudence entend ainsi largement la notion de relation commerciale établie, considérant que le Code de commerce vise aussi bien l'échange ayant pour objet la fourniture d'un produit que celui portant sur une prestation de services³⁸⁵. La Cour de cassation va même parfois jusqu'à admettre le bénéfice de l'article L. 422-6 lorsque la victime de la rupture exerce une profession libérale, dès lors que l'opération économique accomplie présente une nature commerciale³⁸⁶. De plus, à l'exception de

³⁷⁶ Le nouvel article 1211 du Code civil dispose que « *lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ».

³⁷⁷ Voir A. SONET, *op. cit.*, n°71.

³⁷⁸ Dont beaucoup répondent par ailleurs aux critères des contrats de dépendance.

³⁷⁹ La liste des clauses abusives annexée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation vise notamment les clauses ayant pour objet ou pour effet « *g) d'autoriser le professionnel à mettre fin sans un préavis raisonnable à un contrat à durée indéterminée, sauf en cas de motif grave* ».

³⁸⁰ C. mon. fin. art. L. 312-12.

³⁸¹ C. ass. art. L. 113-3.

³⁸² C. co. art. L. 134-1 et L. 134-11.

³⁸³ Préfiguré par la loi de modernisation de l'agriculture du 27 juillet 2010, C. rur. art. L. 631-24.

³⁸⁴ Le législateur ajoute que « *lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. À défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée* ».

³⁸⁵ Par exemple Cass. com. 31 mars 2015, n°14-10016, à paraître au bulletin ; Cass. com. 16 décembre 2008, *Bull. civ. IV*, n°208.

³⁸⁶ À propos d'un architecte, Cass. com. 16 décembre 2008, *op. cit.*

quelques décisions isolées³⁸⁷, elle juge que « *la qualification de relations commerciales établies au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce n'est pas conditionnée par l'existence d'un échange permanent et continu entre les parties et qu'une succession de contrats ponctuels peut être suffisante pour caractériser une relation commerciale établie* »³⁸⁸. Parfois critiqué³⁸⁹, ce mouvement demeure à notre sens tout à fait opportun dans la mesure où les garanties apportées par l'article L. 442-6 n'interdisent nullement la rupture du contrat. Elles imposent simplement à son auteur de respecter un préavis suffisant, c'est-à-dire d'honorer son devoir d'information concernant la rupture en temps utiles³⁹⁰.

805. Remarquable, l'extension que connaît le champ d'application du préavis en droit positif apparaît cependant inachevée : de nombreux contrats marqués du sceau de la dépendance économique sont ou peuvent en être exclus. Tout d'abord, pour certains professionnels tels que les avocats collaborateurs, l'absence de nature commerciale des prestations effectuées s'oppose à l'application du Code de commerce³⁹¹. Ensuite, la souplesse dont témoigne la jurisprudence de la Cour de cassation ne permet pas toujours d'appliquer l'article L. 442-6 à certains contrats dont la rupture mériterait pourtant d'être assujéti à un préavis : l'exigence d'une relation commerciale « *établie* » semble y faire obstacle.

806. Les juges recherchent en effet dans quelle mesure la victime de la rupture pouvait raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaire avec son

³⁸⁷ S'appuyant par exemple l'absence de contrat cadre pour rejeter toute relation commerciale établie, Cass. com. 16 décembre 2008, n° 07-15589, et le commentaire critique de G. VINEY, *RDC* 2009, p. 1048, « *la plupart des relations commerciales de longue durée ne sont pas enserrées dans un contrat-cadre et ne comportent ni garantie d'un chiffre d'affaires, ni accord d'exclusivité. Elles n'en créent pas moins un sentiment de confiance dont il paraît juste de tenir compte en obligeant le professionnel dominant à respecter un délai raisonnable lorsqu'il décide d'y mettre fin* ».

³⁸⁸ Cass. com. 15 septembre 2009, *Bull. civ. IV*, n° 110.

³⁸⁹ « *Il est temps que nos juridictions, et en particulier la plus haute d'entre elles, prennent garde à ce que l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce – qui sanctionne le fait “de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale” – n'aille pas jusqu'à fragiliser le coeur même des principes gouvernant la rupture des contrats. Le texte, en effet, n'a pas vocation à servir de guichet auprès duquel tout contractant ou, pire, tout tiers pourraient venir automatiquement percevoir une indemnité de rupture – il ne faut pas perdre de vue le droit fondamental de rompre ainsi que l'indispensable fluidité des relations commerciales, qui sont à la base d'une saine concurrence* », B. FAGES, note sous Cass. com. 9 juillet 2013, *RTD civ.* 2014, p. 118.

³⁹⁰ G. CHANTEPIE, « La précarité des relations commerciales ». *JCP E* 2012, 1605, rappelant à juste titre que « *la responsabilité encourue au titre de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce n'empêche pas de rompre une relation commerciale, même établie* ».

³⁹¹ Ce qu'affirme la Cour de cassation à l'égard des médecins, Cass. com. 23 octobre 2007, *Bull. civ. IV*, n° 220, et des notaires, Cass. com., 16 décembre 2008, *Bull. civ. IV*, n° 208.

partenaire commercial³⁹², leur appréciation reposant avant tout sur des critères objectifs³⁹³. Une relation fondée sur une succession de contrats ponctuels ne peut donc caractériser une relation commerciale établie qu'à la condition de présenter un caractère régulier, significatif et stable³⁹⁴. La jurisprudence prend certes en compte des éléments factuels caractéristiques de la relation commerciale, par exemple la fraction du chiffre d'affaire réalisé par le fournisseur dans les accords de référencement³⁹⁵, ou la dépendance du fournisseur vis-à-vis du référenceur³⁹⁶. Mais ces données ne sont toutefois pas mobilisées en tant que révélateurs du caractère établi de la relation commerciale. Elles jouent seulement un rôle d'indicateurs pour le juge chargé de déterminer la durée de préavis de rupture³⁹⁷.

807. Dans ces circonstances il est à craindre que l'individu partie à une relation commerciale récente soit exclu de l'article L. 442-6 du Code de commerce, et ce, alors même que la substance de l'engagement pourrait objectivement légitimer la croyance en sa pérennité. Prenons le cas d'un éleveur intégré³⁹⁸. Aucune disposition spécifique n'imposant de préavis lors de la rupture du contrat d'intégration³⁹⁹, on tentera alors logiquement de recourir au Code de commerce pour exiger le respect d'un préavis. En admettant, dans l'hypothèse la moins favorable à notre raisonnement, que la qualité d'éleveur ne pose pas de difficulté à

³⁹² Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2008, p. 307 ; reprenant une solution identique Cass. com. 16 décembre 2008 n° 07-15589 ; Cass. com. 20 novembre 2012, n° 11-22660 ; CA Paris Pôle 5, 5^e ch. 21 mars 2013, n°10/20543.

³⁹³ « *l'attente légitime n'est pas l'attente subjective et personnelle, interne et réellement nourrie par le contractant. Elle est au contraire une attente conçue objectivement, conforme à celle qu'un contractant raisonnable aurait nourrie dans les circonstances objectives du contrat litigieux* » G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, thèse Amiens, 2008, n° 429 ; « *l'anticipation n'est légitime qu'en tant qu'elle résulte de la réunion de différents éléments objectifs qui caractérisent la relation commerciale* » G. CHANTEPIE, « La précarité des relations commerciales ». *JCP E* 2012, 1605, n°19.

³⁹⁴ Cass. com. 15 septembre 2009, *Bull. civ. IV*, n°110 ; Cass. com. 18 mai 2010, *Bull. civ. IV*, n°89.

³⁹⁵ Cass. com. 11 septembre 2012, n°11-14620, inédit.

³⁹⁶ Cass. com. 2 décembre 2008, n°08-10732, inédit.

³⁹⁷ Cass. com. 6 novembre 2012, n°11-14620, « *la durée du préavis doit être appréciée au regard de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances au moment de la notification de la rupture* ».

³⁹⁸ Rappelons qu'aux termes de l'article L. 326-2 du Code rural de la pêche maritime « *dans le domaine de l'élevage, sont réputés contrats d'intégration les contrats par lesquels le producteur s'engage envers une ou plusieurs entreprises à élever ou à engraisser des animaux, ou à produire des denrées d'origine animale, et à se conformer à des règles concernant la conduite de l'élevage, l'approvisionnement en moyens de production ou l'écoulement des produits finis* ».

³⁹⁹ L'article L. 631-24 du Code rural de la pêche maritime instaurant un préavis de rupture aux contrats de négoce de produits agricoles ne s'applique pas aux contrats d'intégration lesquels ne procèdent pas à un transfert de propriété des animaux confiés à l'éleveur, sur ce point voir B. GRIMONPREZ, « Relations commerciales agricoles : l'aube de la contractualisation. - À propos de la loi n°2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture ». *JCP E* 2010, 1771, n°1.

l'application de la législation commerciale⁴⁰⁰, est-il possible de faire valoir la rupture brutale d'une relation commerciale établie ? Si les échanges sont réguliers, significatifs et stables on peut le penser ; dans le cas contraire la réponse sera négative. Il arrive pourtant régulièrement que les contrats d'intégration, tout comme les contrats de concession ou de sous-traitance pour ne citer qu'eux⁴⁰¹, nécessitent de la part de l'intégré d'importants investissements de départ. Or, ceux-ci ne seront amortis que si la relation s'étend sur une durée minimale, peu important d'ailleurs lequel des protagonistes consent un effort financier⁴⁰². Celui qui tourne son industrie vers l'exécution de la relation commerciale déterminée, et prend du même coup le risque d'entrer dans une relation de dépendance, est légitimement fondé à espérer sa poursuite, sans avoir pour cela à attendre l'écoulement de plusieurs années⁴⁰³.

808. Tout en conservant la référence à des éléments objectifs dans la caractérisation d'une relation commerciale « établie », il serait donc opportun de retenir également la qualification en présence d'une relation naissante ; lorsque celle-ci emporte à la charge d'un des contractants des sujétions économiques telles que leur raison d'être ne peut objectivement résider que dans la pérennité de l'échange. Cette inflexion de la jurisprudence permettrait de faire bénéficier de l'article L. 442-6 des contractants en situation de dépendance économique qui ne sont malheureusement pas autorisés à l'invoquer. Parallèlement, la protection offerte par le respect d'un préavis de rupture amène à souhaiter que les dispenses dont le mécanisme fait aujourd'hui l'objet soient cantonnées en cas de comportement grave du partenaire contractuel.

⁴⁰⁰ « *La conception que la jurisprudence a [de l'article L. 442-6 du Code de commerce] fait dire que les producteurs agricoles peuvent y trouver refuge (...). La jurisprudence se contente d'y soustraire les professions libérales – médecins, notaires – dont la déontologie s'oppose catégoriquement à l'existence de relations spéculatives. Les agriculteurs n'entrent pas dans ce cadre étroit. Ils ont au contraire besoin, pour écouler leurs produits sur le marché, de revêtir les habits du commerçant et de se soumettre à la dure loi des affaires. Si les producteurs ne sont pas réductibles à de simples marchands, il n'y a pas non plus lieu de les traiter moins favorablement que les autres acteurs de la vie économique. Là où aucune règle spéciale ne trouve à s'appliquer, le droit commun des affaires doit occuper l'espace* », B. GRIMONPREZ, *op. cit.*, n°14. Si l'observation s'appuie sur la contractualisation des relations de négoce de produits agricoles, et non des contrats d'intégrations, elle encourage aussi la reconnaissance de la figure d'éleveur-commerçant.

⁴⁰¹ Le sous-traitant acquiert un matériel répondant aux standards de qualité de l'entreprise utilisatrice, le concessionnaire modernise son industrie pour satisfaire les attentes du concédant, l'éleveur réalise des installations conformes aux exigences de l'intégrateur.

⁴⁰² « *la durée du contrat est souvent fonction de la durée d'élaboration du produit concerné, et s'étale donc sur ce que l'on peut appeler une "campagne". Il est fréquent que des durées beaucoup plus longues soient prévues au contrat, notamment lorsque la société intégratrice a financé la construction d'un bâtiment d'élevage. On rencontre ainsi des contrats d'une durée de 10 ans dans le domaine avicole* », M. THIOYE, J.-Cl., Rural, Fasc. 10 : Production et marchés. Contrats individuels d'intégration, mars 2014, n°80.

⁴⁰³ Et ce même-ci l'article L. 326-6 du Code rural et de la pêche maritime énonce que les clauses des contrats d'intégration doivent « *mentionner les conditions de durée, de renouvellement, de révision et de résiliation* ».

B. Un cantonnement souhaitable des dispenses de préavis aux cas de comportements graves

809. La référence à un comportement grave pour écarter l'application du préavis amène à se rapprocher des situations justifiant désormais la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls de son auteur (1). Cette analogie, couplée aux enseignements de l'analyse travailliste, conduit à proposer des dispenses de préavis de rupture limitées aux seuls manquements du contractant empêchant la poursuite du contrat⁴⁰⁴ (2).

1. Un rapprochement possible avec les situations justifiant la rupture unilatérale du contrat

810. Les textes imposant le respect d'un préavis de rupture énoncent simultanément les hypothèses dans lesquelles cette obligation est écartée. Des dispenses de préavis sont ainsi prévues lors de la rupture d'un contrat de crédit en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit⁴⁰⁵, d'un contrat d'agent commercial lorsque le contrat prend fin en raison d'une faute grave de l'une des parties⁴⁰⁶, d'un contrat à durée indéterminé relevant du Code de la consommation en cas de motifs graves⁴⁰⁷, ou encore dans les nombreux contrats commerciaux soumis à l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations⁴⁰⁸. Pourtant, aucune des dispositions précitées ne définit la gravité du comportement litigieux. Quant à la jurisprudence, l'absence d'unité terminologique nuit parfois à l'identification des critères posés⁴⁰⁹.

811. Si les formules varient selon les législations et les juridictions, toutes mettent néanmoins l'accent sur l'existence d'un manquement suffisamment grave pour justifier l'exclusion du

⁴⁰⁴ Hors les cas de force majeure déjà envisagés par les législations spéciales.

⁴⁰⁵ C. mon. fin. L. 313-12 al. 3 ; pour un panorama de ces comportements répréhensibles voir D. LEGEAIS, J.-Cl., Banque - Crédit - Bourse, Fasc. 151 : Responsabilité du banquier service du crédit, mai 2014, n°98.

⁴⁰⁶ C. com. art. L. 134-11 al. 5 du Code de commerce.

⁴⁰⁷ La prohibition des clauses ayant pour effet « g) d'autoriser le professionnel à mettre fin sans un préavis raisonnable à un contrat à durée indéterminée » instaurée par la liste des clauses abusives annexée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation est écartée « en cas de motif grave ».

⁴⁰⁸ Celui-ci envisage expressément « la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ».

⁴⁰⁹ Comp. N. MATHEY, note sous Cass. com. 24 mai 2011, CCC 2011, n°7, p. 161.

préavis⁴¹⁰. Cette conception n'est pas sans rappeler les termes de l'arrêt du 13 octobre 1998 par lequel la Cour de cassation avait jugé que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls⁴¹¹. *Mutatis mutandis*, il serait possible de regrouper sous une même acception les manquements exclusifs de tout préavis et ceux autorisant la rupture unilatérale de l'engagement. Dans un cas comme dans l'autre, l'attitude dommageable d'une partie justifie en effet que son partenaire puisse quitter sans délai une relation devenue préjudiciable. Cette urgence de la rupture, typique des résolutions unilatérales⁴¹², fonde à l'identique les dispenses de préavis. Partant, le manquement dont il est ici question pourrait être logiquement défini comme le comportement du contractant qui empêche la poursuite de l'engagement.

2. Des dispenses limitées au comportement du contractant empêchant la poursuite du contrat

812. La jurisprudence relative à la qualification des comportements associés aux ruptures unilatérales en raison d'un manquement grave du débiteur se signale par son hétérogénéité⁴¹³. Cependant, et tel que nous avons tenté de le démontrer⁴¹⁴, il est à la fois possible et opportun de réunir ces différentes approches autour de la définition de la faute grave proposée par le droit du travail. Du point de vue de l'employeur, on sait que la faute grave est celle « *qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise* »⁴¹⁵. S'agissant des ruptures unilatérales à l'initiative du salarié, la Cour de cassation se réfère à un « *manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail* »⁴¹⁶. Dans les deux cas, la faute grave prend le visage d'un manquement du contractant empêchant la poursuite du contrat.

⁴¹⁰ S'agissant de l'inexécution visée par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, « *la jurisprudence exige cependant une situation d'une gravité et d'une urgence telles qu'elle justifierait la résiliation unilatérale et immédiate du contrat* », J.-L. FOURGOUX, J.-Cl., Commercial, Fasc. 281 : Transparence et pratiques restrictives de concurrence, mai 2014, n°219.

⁴¹¹ Cass. civ. 1^{re} 13 octobre 1998, *Bull. civ.* I, n°300, *D.* 1999, p. 197, note Ch. JAMIN ; *JCP* 1999, II, 10133, note N. RZEPECKI ; *Defrénois* 1999, p. 374, obs. D MAZEAUD.

⁴¹² « *La nécessité d'aller au-delà d'une simple exception d'inexécution ne revient-elle pas à caractériser l'urgence, sur laquelle on s'appuie justement pour déroger au caractère judiciaire de la résolution ?* », Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°579.

⁴¹³ Voir *supra*, n°730.

⁴¹⁴ Voir *supra*, n°726 et s.

⁴¹⁵ Cass. soc. 27 septembre 2007, *Bull. civ.* V, n°146, *RDT* 2007, p. 650, note G. AUZERO.

⁴¹⁶ Cass. soc. 26 mars 2014, n°12-23634, *RJS* 2014, p. 384.

813. Il est vrai que certains arrêts se démarquent de la conception travailliste de la faute grave⁴¹⁷. Mais l'examen de la jurisprudence révèle néanmoins une majorité de solutions compatibles avec la position de la chambre sociale⁴¹⁸. Cela n'interdit pas, en revanche, de prévoir une mise en demeure préalable du contractant défaillant comme le suggère une partie de la doctrine⁴¹⁹, et ainsi que le prévoit désormais l'article 1221 du Code du travail. En raison de l'importance du préavis dans l'appréhension de la rupture de l'engagement et de ses conséquences, en particulier dans les contrats de dépendance⁴²⁰, les mises à l'écart de ce dispositif protecteur doivent être opérées, croyons-nous, avec rigueur et parcimonie.

⁴¹⁷ Cass. civ. 1^{re} 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n°300, *op. cit.*

⁴¹⁸ En ce sens, voir P.-Y. VERKINDT, « Le contrat de travail : modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Dalloz, 2004, p. 197, « là où la chambre civile qui juge compatible le constat d'une faute grave et le respect d'un préavis, la chambre sociale interdit à l'employeur d'invoquer la faute grave lorsqu'il a respecté le préavis. Sous ces (...) réserves cependant, le recours de la résolution judiciaire quasiment achevée en droit du travail a de toute évidence quelque chose de contagieux ».

⁴¹⁹ « À tout le moins est-il souhaitable d'exiger une mise en demeure d'exécuter le contrat avant d'admettre la faculté de résiliation unilatérale. C'est d'ailleurs la solution admise en droit suisse des obligations (article 107) », S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée ». *Deffrénois* 2006, p. 397 ; dans le même sens Ch. JAMIN, note sous CA Nancy, 20 novembre 2000, *JCP* 2002, II, n° 10113.

⁴²⁰ Th. REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail ». in *Les frontières du salariat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 1996, p. 201, « encore peut-on constater une certaine analogie entre droit du travail et quelque droit de la dépendance excluant le droit au préavis en cas de faute grave ». Précisons que l'obligation de respecter un préavis reste « une protection pour tout contractant quel que soit l'objet du contrat. Le déséquilibre au sein du contrat n'est pas une condition de son application, même si il peut avoir un effet sur son régime. Le bailleur par exemple a le droit d'être prévenu à l'avance de l'intention de son locataire de lui restituer ses locaux ; l'employeur également n'a pas à être exclu de la protection offerte pas un préavis de démission du seul fait qu'il est la partie forte au contrat », A. SONET, *Le préavis en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, n°864.

Conclusion du chapitre

814. L'encadrement des ruptures de l'acte juridique fait figure d'ultime garant de la pérennité de l'engagement. Le droit du travail n'est certes pas la seule discipline à s'attacher à la protection du lien contractuel, mais il a su se doter d'instruments appropriés au contrôle des modalités de la rupture du contrat : leur efficacité conduit aujourd'hui à envisager leur diffusion au-delà de la seule relation de travail. L'appréciation des conditions entourant la cessation de l'engagement se polarise autour de deux temps, l'initiative de la rupture d'une part, l'annonce de la rupture d'autre part.

815. L'attention prêtée à l'initiative de la rupture permet d'observer que l'encadrement de la volonté de rompre ne se réduit pas à la recherche d'un maintien coûte que coûte de l'acte juridique. Si la notion de pérennité renvoie à une exécution durable de l'engagement, elle implique également que la relation conserve une utilité pour les parties. Fort de ces considérations, le droit du travail vient confirmer l'opportunité de la rupture unilatérale des contrats à durée déterminée fondée sur l'existence de manquements graves du débiteur. Tout en interrogeant la pertinence du recours à la résolution en lieu et place de la résiliation du contrat, l'analyse travailliste apporte de sérieux arguments au soutien de cette extension des ruptures extrajudiciaires, pourtant combattue par une partie de la doctrine. À ceux qui expriment la crainte d'un refoulement du contrôle juridictionnel des ruptures prévu à l'ancien article 1184 du Code civil, la discipline répond notamment par l'exemple d'une cohabitation réussie entre la résiliation judiciaire et la prise d'acte du contrat de travail. L'étude de la jurisprudence de la chambre sociale se veut en outre rassurante. Elle confirme que la portée d'un contrôle *a posteriori* de la légitimité de la rupture n'a le plus souvent rien à envier à l'examen *a priori* prévu par le Code civil.

816. En parallèle, le droit du travail encourage la soumission de la rupture au principe du contradictoire, *via* l'instauration de l'entretien préalable au licenciement. L'apport de la matière se manifeste ici à un double titre, à la fois comme un modèle et comme un anti-modèle. Le premier s'attache à la promotion du respect des droits de la défense, y compris en dehors des prétoires. Le second est constitué par les insuffisances dont souffre aujourd'hui l'entretien préalable au licenciement et révèle les écueils à éviter dans l'optique d'une

diffusion de la technique au sein des autres hypothèses de ruptures, en particulier lorsque ces dernières traduisent l'exercice du pouvoir décisionnel d'un individu qui impose sa volonté de rompre à autrui. L'entretien préalable renforce ainsi l'effectivité des droits de la défense aussi bien en matière de contrats-organisation, par exemple lors de l'éviction du membre d'un groupement telle une société ou une association, qu'en ce qui concerne les contrats- échanges, notamment au cours de la rupture des contrats de distribution ou de concession.

817. Conjointement à l'initiative de la rupture, ce sont également les modalités de son annonce qui méritent d'être appréhendées à travers le prisme travailliste. L'encadrement de la volonté de rompre l'engagement y prend tout d'abord le visage d'une obligation de motiver la rupture. La place et l'utilité reconnues au mécanisme en droit du travail encouragent le dépassement des obstacles régulièrement opposés à sa déclinaison dans les autres branches du droit. L'étroitesse du domaine que le droit positif accorde à une obligation de motivation amène à proposer son extension aux contrats de dépendance, dont la rupture est source d'un important préjudice pour la partie qui la subit. Conscient que la motivation ne remet nullement en cause la liberté de résiliation des contrats à durée indéterminée, la pratique dont elle fait l'objet en droit du travail met par ailleurs en relief le bénéfice attendu de la technique, aussi bien par la victime de la rupture – qui voit allégée sa charge de la preuve en cas de contestation de la décision de rompre – que par le juge dont le contrôle des motifs de la rupture pourrait être facilité par le caractère limitatif des justifications contenues dans la motivation.

818. Le droit du travail insiste, enfin, sur la nécessité de respecter un préavis entre l'annonce de la rupture et la cessation effective de l'engagement. S'il convient de relever un recours de plus en plus fréquent au préavis dans les législations spéciales, tels les contrats commerciaux ou les contrats de consommation à durée indéterminée, l'extension des ruptures assorties d'un préavis demeure néanmoins inachevée. Certains engagements dont la nature – les contrats d'intégration en agriculture – ou les caractéristiques – les contrats de distribution ou de concession trop courts pour y voir une relation commerciale établie – revêtent pourtant une importance suffisante pour les besoins de l'individu, pour que l'on puisse souhaiter que la victime de leur rupture bénéficie d'un préavis. Le comportement du contractant peut toutefois autoriser une rupture de la relation exclusive de préavis. Pareilles dispenses de préavis sont légitimes, à condition, selon nous, d'être limitées aux cas des manquements les plus graves, à

l'image des situations légitimant la rupture unilatérale du contrat. La jurisprudence de la chambre sociale, relative à la rupture anticipée du contrat à durée indéterminée pour faute grave et à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, apporte un éclairage bienvenu sur ces agissements écartant tout préavis. Elle propose ainsi de les cantonner aux manquements du contractant empêchant la poursuite du contrat. Mais c'est déjà aborder la question de la légitimité de la rupture de l'acte juridique.

Chapitre 2 : L'apport du droit du travail au contrôle de la légitimité de la rupture de l'acte juridique

819. Le contrôle des modalités de rupture de l'acte juridique peut se doubler d'une appréciation de son bien-fondé. Plutôt que d'opposer trop radicalement ces deux dimensions de l'examen prétorien¹, il convient d'observer que le contrôle déployé par le juge ne se situe pas sur le même plan dans chacune d'entre elles. S'agissant des modalités, la vérification a trait au respect des différentes composantes de la procédure de rupture, comme par exemple l'obligation de motiver la décision de rompre et d'assortir sa prise d'effet d'un préavis suffisant. Elle procède ainsi d'un encadrement formel de la rupture, quand bien même les règles processuelles contribuent à renforcer l'effectivité de droits substantiels, tels les droits de la défense et le principe du contradictoire. Le contrôle de la légitimité de la rupture implique en revanche des considérations d'opportunité de la part du magistrat. Ce n'est alors plus seulement l'existence d'une motivation qui doit être vérifiée, mais aussi le bien-fondé des motifs allégués. L'obligation de motivation fait en quelque sorte le lit d'un devoir de justification, à l'image de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse au licenciement².

820. La représentation des fonctions assignées à l'acte juridique dont la poursuite est mise en cause n'est sans doute pas étrangère à l'instauration d'un contrôle de la légitimité de la rupture de l'engagement³. Il serait certes imprudent de prétendre déceler ici une inspiration travailliste à l'origine de ce mouvement⁴, d'autant que la matière ne jouit d'aucune exclusivité lorsqu'il s'agit de plaider en faveur d'un durcissement des conditions de rupture des

¹ À considérer, par exemple, que les motifs énoncés lors de l'obligation de motivation fixent les limites du litige, voir *supra*, n°796.

² C. trav. art. L. 1232-1 et L. 1233-2.

³ Th. REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail ». in *Les frontières du salariat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 1996, p. 195, « le droit de la rupture du contrat de travail est donc le droit de la protection d'un contrat de dépendance ».

⁴ Voir tout de même J. MOULY, « Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique ». in *Mélanges Lambois*, PU Limoges, 2004, p. 385, selon qui « il n'est sans doute pas interdit de considérer (...) que le droit du travail, parce qu'il régit les relations entre deux parties dont l'une est subordonnée à l'autre, est devenu le droit commun des rapports de dépendance, dont les solutions auraient vocation à s'appliquer à toute relation où l'une des parties se trouve soumise à l'autorité juridique à la puissance économique de l'autre. Le droit du travail pourrait ainsi faire bénéficier de ces solutions protectrices de la partie faible, non seulement le droit civil, mais encore tout autres branches du droit connaissant des situations similaires, et en particulier le droit des affaires (pour les contrats de franchise par exemple) ».

engagements nés d'une situation de dépendance économique ou la faisant naître⁵. Néanmoins, en exigeant que les licenciements reposent sur une « cause réelle et sérieuse », le droit du travail fait probablement figure de modèle le plus abouti en matière de contrôle des ruptures contractuelles⁶.

Plus largement, et derrière la formule bien connue des travaillistes, c'est une légitimité de la rupture conditionnée à la disparition de la cause de l'engagement qui s'affirme (**Section 1**). Cette appréhension du droit du licenciement à travers le prisme de la cause, notion cardinale du droit commun des obligations – et qui paraît bien le demeurer malgré l'abandon formel de la notion par l'ordonnance du 10 février 2016⁷ – n'est pas anodine. Elle permet non seulement de situer la rupture de l'engagement dans une logique de pérennité⁸, mais aussi, et surtout, elle rend plus intelligible l'idée d'une transposition du contrôle mis en oeuvre par le droit du travail en droit privé, en visant la rupture des contrats de dépendance (**Section 2**).

⁵ Pour reprendre les mots d'un auteur, « ce serait mauvaise caricature de considérer qu'il faille s'inscrire dans un champ spécifiquement travailliste pour trouver quelque gêne à légitimer la rupture, à l'initiative de la partie forte, d'un contrat générateur d'une dépendance économique alors que l'autre, personne qui en a impérieusement besoin, n'a rien à se reprocher sinon de ne plus correspondre à une certaine rationalité », L. de LAUNAY, « La tectonique des motifs économiques de licenciement ». *Dr. soc.* 2011, p. 570.

⁶ En ce sens, et parmi de nombreux auteurs, voir notamment M. FABRE-MAGNAN, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations ». *SSL* 28 octobre 2002, n° 1095, p. 34, « le droit commun de la rupture du contrat devrait également d'urgence être revu (...). Il pourrait alors prétendre à nouveau régir les contrats les plus courants de la vie des affaires, contrats de distribution, de franchise, etc., au lieu que ceux-ci, faute d'un régime équilibré et précis de non-renouvellement ou de rupture, se tournent vers des régimes spéciaux organisant cette rupture au premier rang desquels le droit du travail » ; P. LOKIEC, « La décision et le droit privé ». *D.* 2008, p. 2293, « le contrôle de la décision de rupture, qui peut concerner les contrats à durée déterminée comme les contrats à durée indéterminée, reste à construire et on ne sera pas surpris que des parallèles soient établis avec des décisions aux régimes plus élaborés, telles que la décision de licencier ».

⁷ En ce sens, G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? ». *D.* 2015, p. 1557.

⁸ « La cause constitue une notion particulièrement liée à la pérennité contractuelle car elle traduit juridiquement la nécessité pour la convention de préserver les intérêts des parties dans le temps », A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°627.

Section 1 : L'affirmation d'une légitimité subordonnée à la disparition de la cause de l'engagement en droit du travail

821. La cause nourrit depuis longtemps une abondante littérature juridique, qu'il s'agisse d'identifier les contours de la notion⁹, ou de s'interroger sur son utilité en droit des contrats¹⁰. Encore que dans ce dernier cas, et à quelques exceptions près¹¹, les désaccords relèvent parfois davantage de divergences sémantiques¹², que d'une remise en question doctrinale du rôle de la cause comme instrument de régulation des rapports contractuels¹³. Tout en laissant de côté cet aspect de la controverse, on observera néanmoins que la disparition de la cause dans le nouveau droit des contrats n'entraînera probablement pas une remise en cause des solutions fondées jusqu'ici sur la théorie de la cause¹⁴. Premièrement, telle n'est pas

⁹ Citons notamment J. DABIN, *Théorie de la cause*, thèse Liège, 1919 ; J. MAURY, « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence ». *RID comp.* 1951, p. 485 ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1999, tome 311 ; D. MAZEAUD, « La cause ». in *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, p. 451.

¹⁰ Voir déjà en 1952 la critique de la théorie de la cause développée par Planiol, *Traité élémentaire de droit civil : 2. Obligations, contrats, sûretés réelles*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1952, n°1037 et s. ; plus récemment, et de manière moins radicale, le rapport de l'Académie des sciences morales abandonne la notion de cause pour la remplacer par une référence au contenu du contrat, F. TERRÉ, (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz, Paris, 2009, tandis que l'avant-projet de réforme élaboré par la Chancellerie et dévoilé en 2015 procédait de son côté à la substitution du terme « intérêt » à celui de cause.

¹¹ L. AYNÈS, « La cause, inutile et dangereuse ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 40, pour qui « la cause est suffisamment indéterminée pour se prêter à toutes les manipulations entre les mains de l'arbitre ou du juge, si l'on veut qu'elle serve à quelque chose » ; contra D. MAZEAUD, « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 38.

¹² Interrogé par le magazine *Le petit juriste*, le Professeur Terré justifie la substitution de l'expression « contenu du contrat » au terme de « cause » par la volonté d'« évacuer des incertitudes qui conduisent à un pouvoir excessif des juges. On change seulement un mot qui était utilisé à diverses fins », *Le petit juriste*, avril 2014, n°26 ; au titre de la promotion du terme « intérêt » au détriment de celui de « cause », voir J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux, Presses universitaires Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1998, n°467, estimant que « la cause est l'élément justificatif de la force obligatoire de l'acte juridique et elle se définit par la notion d'intérêt ».

¹³ En témoigne le projet de loi « relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures » déposé au Sénat le 27 novembre 2013 qui propose « de ne plus faire appel à la notion de "cause" mais de préciser les différentes fonctions régulatrices ou correctrices jusqu'à présent assignées à cette notion par la jurisprudence » ; parmi les auteurs défendant le maintien de la cause, X. LAGARDE, « Sur l'utilité de la théorie de la cause ». *D.* 2007, chron. 740 ; O. TOURNAFOND, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français ». *D.* 2008, p. 2607 ; dans la perspective des Principes Unidroit, voir J. GHESTIN, « Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats ? ». *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2005, p. 396 ; et plus récemment, Th. GENICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats ». *D.* 2015, p. 1551.

¹⁴ G. WICKER, « La suppression de la cause et les solutions alternatives ». in *La réforme française du droit des obligations en France*, R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch, D. Mazeaud (dir.), 5^e journées franco-allemandes, Société de législation comparée, Paris, 2015, p. 107.

l'ambition affichées par les promoteurs de la réforme¹⁵. Deuxièmement, il y fort à parier que les notions de « contrepartie » dérisoire ou illusoire¹⁶, de « but » ou de « contenu » du contrat¹⁷, ou encore d'« avantage » ou d'« équivalent »¹⁸, permettront de reconduire la plupart des solutions consacrées jusqu'ici sur le fondement de la cause¹⁹, ou à tout le moins celles qui se trouvent mobilisées dans les développements qui vont suivre²⁰.

Mais pour l'heure, le propos qui nous occupe interroge moins l'opportunité du maintien de la notion dans le Code civil – la « cause » étant désormais entendue – que sur les moyens de la mobiliser, à travers ses avatars issus de la réforme du droit des contrats, et ce, au service d'un contrôle de la légitimité de la rupture des actes juridiques²¹. À cet égard, il convient d'observer que le choix d'un système d'actes causés par le droit civil français faisait et continue de faire, dans une certaine mesure²², de la cause une notion susceptible d'être contrôlée par le juge. À l'inverse, des législations étrangères, comme par exemple le droit allemand, admettent que l'acte juridique puisse être détaché des motifs à l'origine de sa formation²³.

¹⁵ Ce qui n'empêche pas une partie de la doctrine de voir dans la suppression de la cause une remise en question si ce n'est de la rationalité d'ensemble du droit des contrats, du moins de certaines des solutions antérieures, voir notamment R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) ». *D.* 2015, p. 335.

¹⁶ Article 1169 du Code civil.

¹⁷ Respectivement les articles 1162 et 1128 du Code civil.

¹⁸ Article 1108 du Code civil.

¹⁹ G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? ». *D.* 2015, p. 1557 ; voir également D. MAZEAUD, « Droit des contrats, réforme à l'horizon ». *D.* 2014, p. 291. On se souvient également des mots de Carbonnier : « *Toujours est-il qu'il y a deux aspects de la cause. Non pas que l'unité ne puisse se rétablir à un certain niveau de généralité : dans les deux cas, c'est à l'arrière-plan du consentement que se trouve la cause, elle est un pourquoi, un but, une raison* », J. CARBONNIER, *Droit civil - Les biens - Les obligations*, PUF, Quadriga, Paris, 22^e éd., 2004, p. 1945 ; sur l'intérêt de la cause en droit des contrats, Th. GENICON, « Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse ». *RDC* 2013, p. 1321 ; pour une vision d'ensemble des nouveaux textes, O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, Paris, 2016.

²⁰ Sur l'incapacité du nouveau droit des contrats à fonder l'intégralité des solutions naguères justifiées par la théorie de la cause, voir Th. GENICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats ». *D.* 2015, p. 1551

²¹ G. WICKER, *op. cit.*, p. 107.

²² V. Th. GENICON, *op. cit.*, spé. n°5, considérant que « *la suppression de la cause comme condition générale de validité des contrats devrait logiquement faire basculer le droit français dans un principe de validité des actes abstraits* ».

²³ J. ROCHFELD, « Cause », *Rep. civ. Dalloz*, n°10, « *ce choix signifie, en effet, que le droit français reconnaît l'importance de cette raison et en vérifie l'existence et la validité, ne se contentant pas de contrôler la réunion d'éléments objectifs donnant naissance à un acte. Le choix d'une cause finale et de son contrôle, plutôt que celui d'une cause efficiente, oriente donc le droit français vers un système d'actes causés, par opposition à un système d'actes abstraits. Dans le premier système, les actes sont attachés à leur cause et le contrôle du juge se porte sur*

822. Mentionnée aux anciens articles 1131 et suivants du Code civil, la cause était classiquement présentée comme le but en vue duquel s'accomplissait une action²⁴ ; elle était alors qualifiée de « finale » pour mieux la distinguer de la cause dite « efficiente » qui visait quant à elle le phénomène qui en engendre un autre²⁵. À cette distinction s'en ajoutait une autre, selon que la cause était envisagée corrélativement au contrat ou à l'obligation²⁶. La cause de l'obligation était constituée par la raison juridique qui pousse chacun à s'engager²⁷, cette acception pouvant être aujourd'hui retrouvée dans la référence au contenu licite et certain du contrat à l'article 1128 du Code civil. La cause du contrat renvoyait quant à elle à ce qui sous-tend l'opération économique qu'entendent réaliser les parties²⁸. Dans les contrats à titre onéreux, cette analyse pourrait désormais trouver son fondement dans l'exigence, à peine de nullité, d'une contrepartie qui ne doit pas illusoire pour la partie qui s'engage²⁹. Pourtant, pas plus hier qu'aujourd'hui, les deux types de causes ne sont pas hermétiquement dissociés³⁰ : loin de s'opposer ils sont parfois amenés à s'éclairer mutuellement³¹.

cet élément. Dans le second, les obligations reposent sur une cause mais celle-ci n'a pas d'influence sur le régime juridique de l'acte et n'est pas soumise à un contrôle judiciaire ».

²⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°332.

²⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibidem.* ; voir aussi Ph. REIGNÉ, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris 2, 1993, n°150 et s.

²⁶ L'article 1131 du Code civil se réfère à « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite », tandis que l'article 1132 rattache la cause à la convention.

²⁷ Cl. BUFNOIR, *Propriété et contrats, Théorie des modes d'acquisition des droits réelles et sources des obligations*, éditions Rousseau, Paris, 1900, p. 529 ; dans le même sens Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°182.

²⁸ J. ROCHFELD, *op. cit.*, n°12.

²⁹ Article 1169 du Code civil ; en ce sens G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? ». *D.* 2015, p. 1557, spé. n°20, pour qui « le caractère illusoire implique, quant à lui, au-delà des termes du contrat, de rechercher si la prestation convenue procure en fait un avantage à celui qui s'engage. C'est donc l'utilité concrète, économique, et de la prestation qu'il s'agit alors d'apprécier ».

³⁰ J. ROCHFELD, *ibidem.*, « si la cause des différentes obligations se définit comme ce qui est attendu en échange de chacun des engagements, la finalité d'ensemble du contrat permet de les identifier : "l'économie du contrat" dicte la définition des causes des obligations des parties. À titre d'exemple, le crédit-bail se veut une opération destinée à permettre l'acquisition d'un bien, grâce à un montage financier spécifique qui assure au crédit-preneur l'utilité immédiate de la chose et au crédit-bailleur une sûreté : c'est la cause de ce contrat. Cette finalité d'ensemble dicte alors l'économie de cette opération contractuelle et dessine les obligations propres à permettre de l'atteindre : le crédit-bailleur achète le bien sur les indications du crédit-preneur ou donne mandat à ce dernier (vente), puis il lui loue pour une durée déterminée (bail aux loyers calculés en perspective de la vente finale), en prévoyant la faculté que ce dernier l'achète (promesse de vente unilatérale). La finalité d'une opération induit ainsi, de la part de chacun des cocontractants, qu'il endosse l'ensemble des obligations nécessaires à sa poursuite : les causes de chaque obligation sont liées à la cause du contrat ».

³¹ Voir *infra*, La pertinence de la référence à l'économie du contrat, n°938 et s.

823. Il est, sinon un troisième type, du moins une autre manière d’appréhender la cause au moment de s’interroger sur la rupture de l’acte juridique. Certains auteurs³², ainsi qu’un des avant-projets de réforme du droit des obligations, se réfèrent en effet à la cause de l’engagement³³, et que l’on peut aujourd’hui situer dans l’optique d’une « contrepartie » utile. Nous adhérons volontiers à cette sémantique. Tout d’abord, la cause de l’engagement ne s’identifiant ici ni à la cause de l’obligation, ni à la cause du contrat, elle traduit plus facilement les interactions que connaissent ces deux types de cause. Ensuite, si la notion de cause de l’obligation fait immédiatement songer au contenu obligationnel de l’acte juridique, il en va différemment s’agissant de sa force obligatoire, ce qui peut être problématique au moment d’envisager la rupture de l’acte juridique. De plus, la notion de cause de l’obligation laisse penser que chaque obligation née du contrat doit avoir sa cause, ce qui est inexact³⁴. Enfin, la cause du contrat supposerait des mobiles communs aux parties, ce qui est loin d’être systématique³⁵. En ce sens, la cause du contrat est particulièrement mal adaptée pour désigner la notion servant au contrôle de la licéité au moins depuis que, selon la jurisprudence, le mobile illicite d’une seule des parties suffit à justifier l’annulation du contrat³⁶. La même remarque peut être formulée en ce qui concerne le contrôle de la résolution de l’acte juridique. Dans les deux cas, et dès lors que l’une des parties entend sortir du contrat contre la volonté de l’autre, l’idée d’un acte juridique synonyme d’entreprise commune devient difficile à défendre. À l’inverse, la dimension individuelle de la cause de l’engagement rend plus aisé l’examen de la légitimité d’une rupture unilatérale, ou unilatéralement sollicitée. Pour toutes ces raisons, nous parlerons donc de cause de l’engagement.

824. La conception de la cause que nous utiliserons mérite encore d’être précisée au regard de la *summa divisio* traditionnelle entre cause objective et cause subjective. Schématiquement, la première se rapportait à la considération de la contrepartie qu’entend, en

³² J. GHESTIN, *Cause de l’engagement et validité du contrat*, LGDJ, Paris, 2006.

³³ Rapport sur l’avant-projet Catala 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), La Documentation française, Paris, 2005, dont l’article 1125 al. 1^{er} énonce que « l’engagement est sans justification, faute de cause réelle, lorsque, dès l’origine, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire ».

³⁴ J. GHESTIN, « L’absence de cause de l’engagement : absence de la contrepartie convenue ». *JCP* 2006, I, 177.

³⁵ J. GHESTIN, *op. cit.*, n°2.

³⁶ J. GHESTIN, *ibidem*.

principe, recevoir toute personne qui assume une obligation³⁷, alors que la seconde comprenait les motifs ou les mobiles qui ont déterminé les parties à contracter³⁸. Là encore, l'articulation des deux acceptions doit être placée sous le signe de la complémentarité³⁹. Pour commencer, le Code civil lui-même invite à mobiliser ces deux versants de la cause, lorsqu'il commande à la fois de vérifier son existence, à l'article 1169, et de sanctionner son illicéité, via l'exigence d'un contenu licite à l'article 1128. En effet, « *si la cause n'était que la considération de la contrepartie, les contrats synallagmatiques eux-mêmes ne pourraient être que très rarement annulés pour cause illicite ; car il faudrait pour cela, que ce caractère affectât l'objet même de l'une des obligations* »⁴⁰. Ensuite, l'interaction de la cause objective et de la cause subjective ressort clairement de certaines décisions, dont le célèbre arrêt du 3 juillet 1996 par lequel la Cour de cassation avait retenu l'absence de cause, au motif que l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible⁴¹. Si la décision a été critiquée par une majorité de la doctrine⁴², elle a eu selon nous, et pour reprendre les termes du Professeur Wicker, le mérite de faire « *de la conception subjective de la cause (...) un remarquable instrument de moralisation des relations contractuelles* »⁴³.

825. C'est cette approche interactive de la cause de l'engagement que nous développerons dans le cadre de notre étude, tant en droit du travail qu'en droit civil⁴⁴. Celle-ci reçoit en effet un écho particulièrement important au moment de défendre l'idée d'une légitimité de la rupture conditionnée à la disparition de la cause de l'engagement pour la partie qui souhaite y mettre un terme. Dans le cas où la volonté de rompre émane de l'employeur, situation à laquelle nous nous référerons au cours des développements ultérieurs – en laissant de côté les

³⁷ J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Les obligations. I. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°262.

³⁸ J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°264.

³⁹ P. HÉBRAUD, « Rôle de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques ». in *Mélanges Maury*, Dalloz, Paris, 1960, tome 2, p. 445, relevant qu'« *aux théories objectivistes, [et à] leur étroitesse, (...) ont succédé les théories purement psychologiques du motif et du mobile* ».

⁴⁰ J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°263.

⁴¹ Cass. civ. 1^{re} 3 juillet 1996, *Bull. civ. I*, n°286, *RTD civ.* 1996, p. 901, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1997, p. 336, obs. D. MAZEAUD.

⁴² Par exemple, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°372, s'inquiétant d'une remise en cause « *de la sécurité contractuelle* », n°344 ; B. FAGES, J. MESTRE, « L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations ». *RTD com.* 1998, p. 81, estimant que les juges se livrent ici à une « *sorte d'audit concurrentiel du contrat* ».

⁴³ G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat ». in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2003, p. 156.

⁴⁴ En lui substituant, dans les arrêts qui se réfèrent à l'ancien article 1131, ses avatars issus de l'ordonnance de 2016.

ruptures à l'initiative des salariés⁴⁵, ou les ruptures dites conventionnelles⁴⁶ – l'affirmation suppose, en premier lieu, d'admettre un contrôle de l'existence de la cause de l'engagement au cours de son exécution, et pas seulement au stade de sa formation (**I**). Reste, en second lieu, à préciser le sens de l'examen que le juge est amené à pratiquer sur le fondement de la cause. À cet égard, il est possible d'observer qu'au moment de se prononcer sur la légitimité de la rupture de l'acte juridique, le juge vérifie que l'engagement de l'employeur qui procède au licenciement ne présente plus l'utilité qu'il peut objectivement en attendre (**II**).

I. La prise en compte de la cause de l'engagement au cours de son exécution

826. La considération de la cause de l'engagement au cours de son exécution ne doit pas être confondue avec la référence à la cause de l'acte unilatéral de rupture du contrat de travail. Ce serait, à notre sens, une erreur que de considérer que l'éventuel contrôle de sa licéité se réfère directement à la cause de l'engagement de l'employeur (**A**). En revanche, la prise en compte de cette dernière nous semble mieux assurée par l'exigence d'une cause réelle et sérieuse au licenciement (**B**).

A. L'absence de prise en compte dans le contrôle de l'acte unilatéral de rupture

827. Certains écrits sous-entendent que le contrôle de l'acte unilatéral serait indexé sur la cause de l'engagement rompu (**1**). Pourtant, formellement, l'examen juridictionnel se limite au contrôle de sa licéité, et ce, en toute indifférence à l'égard de la cause de l'engagement principal (**2**).

1. La croyance en un contrôle de l'acte unilatéral indexé sur la cause de l'engagement rompu

⁴⁵ La rupture initiée par le salarié ne voit pas sa légitimité subordonnée à la preuve d'une cause réelle et sérieuse ; celui-ci doit en revanche justifier que le manquement reproché à l'employeur « empêche la poursuite du contrat de travail », Cass. soc. 26 mars 2014, n°12-23634, *RJS* 2014, p. 384 (sur la prise d'acte), Cass. soc. 26 mars 2014, n°12-35040. Les exigences de la Cour de cassation ne vont pas sans rappeler la définition de la faute grave de l'employeur, voir *supra*, n°727 et s.

⁴⁶ Qui obéissent à un régime dérogatoire au licenciement en droit du travail, C. trav. art. L. 1237-11 et s.

828. À partir d'une analyse du droit positif, Monsieur Encinas de Munagorri considère que le contrôle de l'acte juridique unilatéral se résume à trois types d'attitudes de la part des juges⁴⁷. Selon l'auteur, la première tend à considérer l'acte unilatéral comme un acte isolé du contrat⁴⁸, sur le modèle du droit administratif. La seconde envisage l'acte unilatéral comme indexé sur le contrat. L'acte unilatéral n'est plus alors isolé du contrat, mais apprécié à l'aune de ses principes⁴⁹. Quant à la troisième attitude, elle conduit le juge à maintenir la tension entre le caractère unilatéral et son inscription au sein d'un rapport contractuel ; est prise en compte la technique unilatérale de l'acte sans renier son appartenance au contrat, cette dernière approche permettant une évaluation plus fine des intérêts en présence⁵⁰. Transposé à l'objet de notre étude, le propos suggère à certains l'idée d'un contrôle de la rupture assis sur les termes de l'engagement⁵¹. Sur le modèle de la rupture d'un commun accord dont la cause est recherchée à travers celle du contrat initial⁵², la cause de la rupture unilatérale, autrement dit de l'acte unilatéral, pourrait ainsi être déterminée à l'aune de la cause de l'engagement principal. Elle conforterait du même coup les thèses favorables à l'introduction d'éléments objectifs dans la cause de l'acte unilatéral⁵³.

829. Cette mise en perspective de l'acte unilatéral avec l'engagement auquel il entend mettre un terme constituerait un moyen plus efficace de contrôler l'exercice d'un droit, ou d'un pouvoir classiquement associé à la figure de l'acte juridique unilatéral⁵⁴. Elle autoriserait ici le juge à aller au-delà du seul contrôle de détournement de pouvoir ou de l'abus de droit, qui se bornent tous deux à l'appréciation des motifs de leurs auteurs respectifs. Il est vrai, en effet,

⁴⁷ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, 1996, tome 254, n°652.

⁴⁸ ENCINAS DE MUNAGORRI, *ibidem*, « cela explique que l'analyse du contrôle de l'acte puisse se laisser saisir par les catégories applicables à l'acte unilatéral en droit administratif », en se référant, par exemple, à la compétence de l'auteur de l'acte.

⁴⁹ *Ibidem*, l'auteur envisage ici les clauses à l'appui desquels l'acte unilatéral est mis en oeuvre et prend l'exemple de la clause prévoyant une faculté de résiliation réciproque et sans indemnité dans le cadre d'un mandat d'intérêt commun.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Voir Ph. WAQUET, « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement ». *Dr. soc.* 1992, p. 982

⁵² R. VATINET, « Le mutuis dissensus ». *RTD civ.* 1987, p. 272, relevant que « le plus souvent, la cause du mutuis dissensus devra être recherchée à travers celle du contrat initial (...) comme au moment de la formation du contrat synallagmatique, c'est la contrepartie voulue qui sera la cause de la résiliation amiable »

⁵³ Voir J. MARTIN de LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Sirey, Paris, 1949, n°239 cité par R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n°207, ce dernier décèle dans le propos de son devancier l'affirmation que « la cause de l'acte unilatéral ne saurait, malgré son caractère essentiellement subjectif, s'émanciper de tout élément objectif. Le motif déterminant doit demeurer en rapport avec la nature de l'acte ».

⁵⁴ Voir *supra*, *Le pouvoir juridique par l'admission de l'acte unilatéral au sein de l'acte bilatéral*, n°348 et s.

qu'en « raisonnant sur le fondement de la théorie de l'abus de droit, ou en mettant à profit la notion de mauvaise foi, c'est l'auteur de l'acte que l'on vise et non l'acte lui-même. En un mot, en faisant disparaître l'acte derrière son auteur, on s'est logiquement inquiété de sa responsabilité et non de la validité de l'acte »⁵⁵. À l'inverse, en indexant la cause de l'acte unilatéral sur la cause de l'engagement rompu, le juge se doterait d'un outil lui permettant d'apprécier la légitimité de la rupture : celle-ci serait conditionnée à la disparition de la cause de l'engagement de celui qui manifeste sa volonté de rompre. Sous des abords séduisants, notamment dans l'optique d'un encadrement renforcé des ruptures unilatérales, l'analyse trouve cependant vite ses limites sur le terrain juridique.

2. L'indifférence pour la cause de l'engagement rompu dans le contrôle de la cause de l'acte unilatéral

830. À l'instar des actes bilatéraux, il est classiquement admis que l'acte unilatéral possède lui aussi une cause dont l'existence peut être contrôlée⁵⁶. Si certains auteurs considèrent que la notion de cause doit recevoir une traduction identique à celle dont elle bénéficie en matière d'acte bilatéral⁵⁷, la majorité de la doctrine contemporaine estime cependant que la cause de l'acte unilatéral doit uniquement être appréhendée sous son versant subjectif à travers le motif déterminant⁵⁸. Il en résulte que la nullité de l'acte unilatéral pour absence de cause peut difficilement être envisagée. En témoignent les critiques adressées aux décisions prononçant la nullité de la procédure de licenciement lorsque l'employeur établit un plan de sauvegarde de l'emploi en l'absence de tout motif économique⁵⁹.

⁵⁵ X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques ». in *La motivation : Journées nationales - Limoges - Association Henri Capitant - Tome III*, LGDJ, Paris, 1998, p. 79.

⁵⁶ Pour un exemple récent en matière de testament, Cas. civ. 1^{re} 15 février 2012, *Bull. civ. I*, n°34, JCP 2012, p. 734, note S. LE NORMAND

⁵⁷ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations, tome I, Les sources*, Sirey, Paris, 2^e éd., 1988, n°364.

⁵⁸ Notamment J. MARTIN de LA MOUTTE, *op. cit.*, n°239 ; M.-L. IZORCHE-MATHIEU, *L'avènement de l'engagement unilatéral de volonté en droit contemporain*, thèse Aix-Marseille 3, PUAM, 1995, n°332 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°492 ; G. COUTURIER, « Les nullités du licenciement ». *Dr. soc.* 1977, p. 227 ; X. PIN, J.-Cl., *Civil Code, Fasc. 20 : Quasi-contrats*, avril 2009, n°84, rappelant que l'acte juridique unilatéral « ne suscite guère de contentieux sur le terrain de la cause objective, mais plutôt sur celui de l'intention libérale qui le sous-tend ».

⁵⁹ Voir G. COUTURIER, note sous Cass. soc. 3 mai 2012, *Dr. soc.* 2012, p. 601 ; P. LOKIEC, « De l'inexistence ». *SSL* 2011, n°1511, p. 11.

831. Dans un arrêt du 3 janvier 2012, la cour d'appel de Rennes avait ainsi confirmé l'annulation d'une procédure de consultation du comité d'entreprise sur des projets de fermeture du site et de licenciement collectif pour motif économique⁶⁰. Les juges rennais avaient considéré qu'« *une consultation sur un projet présentant comme existant un motif économique qui est en réalité inexistant ne peut caractériser une consultation conforme à ce qui est exigé par le code du travail* ». Or, même en admettant que la procédure de consultation puisse être qualifiée d'acte juridique, la solution ne convainc pas. Au premier regard, on pourrait songer, avec le Professeur Auzero, à recourir à l'absence de cause pour sanctionner la procédure litigieuse sur le fondement de l'ancien article 1131 du Code civil⁶¹. Toutefois, comme l'expose l'auteur, ce raisonnement conduit à une impasse : le plan de sauvegarde de l'emploi fait nécessairement écho à un mobile de l'employeur, lequel aura le plus souvent les allures d'un motif économique⁶². Pour dire les choses encore plus clairement, il est évident que l'absence de cause est inconcevable : il y a forcément un motif qui a déterminé la volonté de l'auteur de l'acte⁶³. À travers cet exemple, et malgré une jurisprudence peu orthodoxe, on constate que le contrôle opéré par le juge se limite à un contrôle de la licéité de la cause de l'acte unilatéral⁶⁴.

832. Au plan pratique, l'examen ne sert pas davantage la prise en compte de la cause de l'engagement rompu. D'une part, on voit mal comment l'analyse des mobiles de l'auteur de la rupture pourrait amener le juge à vérifier que la cause de l'engagement initial existe toujours. L'acte unilatéral dispose de sa propre cause et rien ne justifie, en droit, d'apprécier sa licéité dans l'orbite de la cause de l'engagement principal. En outre, et en admettant que le juge se

⁶⁰ G. AUZERO, note sous CA Reims 3 janvier 2012, *SSL* 2012, n°1519, p. 7,

⁶¹ G. AUZERO, *ibidem*, « *on peut aussi songer à l'absence de cause, dès lors que l'on admet qu'il n'y a aucune raison qu'un acte unilatéral ne soit pas soumis aux prescriptions de l'article 1131 du code civil et que l'on rappelle que c'est la loi elle-même qui fait dépendre l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi de l'existence d'un motif économique* ».

⁶² G. AUZERO, note sous CA Reims 3 janvier 2012, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2012, n°469.

⁶³ G. COUTURIER, note sous Cass. soc. 3 mai 2012, *Dr. soc.* 2012, p. 601.

⁶⁴ Qui pour certains ne revêt de surcroît qu'une portée théorique limitée, X. LAGARDE, « *La nature juridique de la cause de licenciement* ». *JCP* 2000, I, 254, n°6, « *l'assimilation de la cause au motif déterminant se rencontre pour l'essentiel dans les actes à titre gratuit ; son principal intérêt est d'autoriser une action en nullité pour erreur – le plus souvent une erreur sur l'absence ou l'existence d'un lien de parenté et ainsi, de passer outre la règle selon laquelle l'erreur sur les motifs ne constitue pas une cause de nullité ; la référence au motif déterminant n'a d'autre but que de contenir dans des limites raisonnables la dérogation admise. Théoriquement, la notion de cause des actes unilatéraux présente en conséquence une très faible consistance. Elle se comprend dans le sillage de la théorie des vices du consentement derrière laquelle, on serait presque tenté de considérer qu'elle s'efface* ».

livre à pareille indexation⁶⁵, son arbitrage demeurerait cantonné, que ce soit par les termes l'ancien article 1133, ou le nouvel article 1128 du Code civil. Or, il est douteux que ces dispositions permettent de se livrer à une évaluation véritablement qualitative de l'engagement comme le suggère l'idée de pérennité⁶⁶.

833. D'autre part, et quel que puisse être finalement le regard porté sur cette exploration prétorienne, le contrôle de la légitimité du licenciement ne revient pas, selon nous, à apprécier la licéité de la cause de l'acte unilatéral de rupture. À propos de cette figure archétypale de l'acte juridique unilatéral qu'est le licenciement, le doyen Waquet soutient certes que l'exigence d'une cause réelle et sérieuse à la rupture du contrat de travail constitue la cause juridique du licenciement⁶⁷. En ce sens, l'auteur estime que ce n'est pas tant l'absence de cause – qui paraît, a priori, impossible, puisque l'employeur a toujours un motif déterminant lorsqu'il prononce licenciement – que le caractère illicite de la cause, qui est éventuellement en discussion⁶⁸. On peut ne pas partager ce point de vue.

834. Pour commencer, il est acquis qu'en application de l'article 1131 du Code civil, l'acte juridique qui repose sur une cause illicite est frappé de nullité absolue⁶⁹. Le droit du travail étant soumis aux règles du droit commun⁷⁰, le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse devrait recevoir un traitement identique. Pourtant, si l'article L. 1235-3 du Code du travail envisage la réintégration du salarié licencié en l'absence de cause réelle et sérieuse, et ce, sans jamais viser la nullité de la rupture, celle-ci ne constitue qu'une simple faculté pour le juge et non une obligation. De plus, le salarié et, surtout l'employeur, peuvent s'opposer à la réintégration, auquel cas ce dernier devra verser une indemnité compensatrice des préjudices

⁶⁵ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n°652.

⁶⁶ Pour mémoire, rappelons que « *la pérennité contractuelle envisage la vie du contrat en attribuant à la notion de durée sa dimension qualitative et non uniquement quantitative. Une distinction semble pouvoir être présentée entre la survie du contrat et la pérennité contractuelle. La survie concerne essentiellement le maintien durable de la convention, c'est-à-dire la dimension quantitative de la durée de la convention, tandis que la pérennité contractuelle vise le maintien durable et efficace du contrat, c'est-à-dire les dimensions à la fois quantitatives et qualitatives de la durée* », A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°19.

⁶⁷ Ph. WAQUET, « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement ». *Dr. soc.* 1992, p. 982 ; *contra*, X. LAGARDE, *op. cit.*

⁶⁸ Ph. WAQUET, *op. cit.*, p. 983.

⁶⁹ Ph. SIMLER, J.-Cl., Civil Code, Fasc. 30 : Contrats et obligations - Cause. Illicéité ou immoralité de la cause, mars 2010, n°44, « *la sanction, dans ce cas, ne peut être qu'une nullité absolue. En effet et de toute évidence, c'est l'intérêt général qui est concerné* ».

⁷⁰ C. trav. art. L. 1221-1.

nés du licenciement⁷¹. Si nullité il y a, ce que sous-entendrait l'existence d'un droit à réintégration, son caractère absolu fait néanmoins défaut.

835. Mais surtout, comme l'expose le Professeur Martinon, admettre l'annulation du licenciement, au motif qu'il est dépourvu d'une cause réelle et sérieuse, révèle une confusion entre l'acte illicite et le droit de licencier injustifié⁷². Dans la première hypothèse, l'employeur est privé du droit de résiliation unilatérale en vertu d'un texte, lorsqu'il porte atteinte à une liberté fondamentale⁷³. Sont ainsi visées les situations où la nullité est expressément envisagée par le code du travail⁷⁴, ou lorsque la jurisprudence recourt à la sanction en l'absence de texte au sujet des licenciements prononcés en violation d'une liberté fondamentale⁷⁵. Dans la seconde hypothèse, en revanche, le droit est injustifié dans la mesure où l'employeur ne rapporte pas la preuve de sa démarche, ou lorsqu'il fonde sa décision sur un motif insuffisamment justifié, sans être attentatoire à un principe d'ordre public⁷⁶. Le défaut de cause réelle et sérieuse ne signifie donc pas que le licenciement repose sur un acte illicite⁷⁷, pas plus qu'il ne traduit un contrôle de la licéité de l'acte unilatéral qui le met en oeuvre. La sanction exprime plus volontiers l'absence ou l'insuffisance de la justification de la rupture du contrat de travail. Contrairement à l'examen de la cause de l'acte unilatéral, c'est elle qui invite à prendre en compte la cause de l'engagement au cours de son exécution.

⁷¹ L'alinéa 2 de l'article précité prévoit que « si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié ».

⁷² A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, Tome 48, n°393.

⁷³ A. MARTINON, *ibidem*.

⁷⁴ Par exemple en matière de licenciement d'un salarié victime d'une discrimination, C. trav. art. L. 1132-1 et s., d'un salarié protégé, art. L. 2411-1 et s., au encore d'un salarié lanceur d'alerte sur un risque grave pour la santé publique ou l'environnement, art. L. 4133-5.

⁷⁵ Aux termes de la solution du célèbre arrêt Clavaud, Cass. soc. 28 avril 1988, *Bull. civ. V*, n°257, *Dr. ouvr.* 1987, p. 97, note G. LYON-CAEN.

⁷⁶ A. MARTINON, *op. cit.*, n°393.

⁷⁷ *Contra*, mais à contre-courant de la jurisprudence de la Cour de cassation, J. PÉLISSIER, « L'élaboration laborieuse d'un droit du licenciement ». in *Mélanges Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 1989, p. 349, pour qui « le licenciement "sans cause réelle et sérieuse" est un acte illicite, et la sanction normale de l'illicéité d'un acte juridique est la nullité. Les juges qui relèvent l'absence de cause réelle et sérieuse devraient donc pouvoir prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié licencié. La logique juridique serait respectée et la protection contre la perte d'emplois serait assurée ».

B. L'assurance d'une prise en compte par l'exigence d'une cause réelle et sérieuse au licenciement

836. La loi du 13 juillet 1973 a introduit un important changement en matière de rupture du contrat⁷⁸. Auparavant soumis au seul contrôle de son caractère abusif⁷⁹, l'exercice du droit de rompre devient un droit causé, soumis à l'existence d'une cause réelle et sérieuse⁸⁰. Pour le contractant qui subit la rupture, l'avancée est considérable : non seulement l'objet de la preuve ne se borne plus à l'intention de nuire de son auteur⁸¹, mais la charge de la preuve incombe à l'employeur qui doit démontrer le caractère réel et sérieux de la cause du licenciement.

837. L'emploi du terme « cause » dans l'expression « cause réelle et sérieuse » appelle cependant quelques précisions. Tout d'abord, la cause du licenciement ne doit pas être confondue avec la cause au sens de l'ancien article 1131 du Code civil. En effet la cause réelle et sérieuse s'apparente moins à la cause des actes juridiques qu'à la justification exigée de l'employeur qui met en oeuvre son droit de rompre le contrat de travail⁸². En la matière, il

⁷⁸ Loi du 13 juillet 1973 n°73-680 portant modification du code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée

⁷⁹ Aux termes de l'article 23 de la loi du 19 juillet 1928 en vigueur jusqu'alors « *la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants [pouvait] donner lieu à des dommages-intérêts* » en cas de « *résiliation abusive* ».

⁸⁰ Un licenciement sans cause réelle et sérieuse peut cependant être jugé abusif au regard des circonstances dans lesquelles la rupture intervient, par exemple Cass. soc. 10 juillet 2013, n°12-19740, rappelant que « *le bien-fondé d'une demande de dommages-intérêts à raison des conditions vexatoires de la rupture du contrat de travail est indépendant du bien-fondé de la rupture* ».

⁸¹ Conformément à la conception subjective de l'abus ; sur l'apport du droit du travail à cette question voir *supra*, n°436 et s.

⁸² Voir X. LAGARDE, « La nature juridique de la cause de licenciement ». *JCP* 2000, I, 254, jugeant « *illusoire le rapprochement entre cause du licenciement et cause des actes juridiques* » et observant qu'à travers l'exigence d'une cause réelle et sérieuse « *le juge judiciaire se demande si la décision de licencier est effectivement justifiée (...). Et cela le conduit à vérifier l'admissibilité et l'effectivité de la cause du licenciement* », n°35 ; dans le même sens Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008, n°423 ; A. POUSSON « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – Influences croisées (1988-2003) ». in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, J. Krynen et M. Hecquard-Theron (dir.), PU Toulouse, 2005, p. 151.

convient ensuite de distinguer la cause qualificative de la cause justificative⁸³. Tandis que la première sert à qualifier le licenciement et à le ranger dans la catégorie appropriée, licenciement personnel ou licenciement économique, la seconde s'attache à déterminer si le licenciement est justifié, conforme au droit⁸⁴. Ces précisions démontrent que la cause réelle et sérieuse et la cause de l'acte juridique ne doivent pas être tenues pour synonymes. Cela ne signifie toutefois pas que l'appréciation de la cause réelle et sérieuse ignore la cause du contrat de travail pour l'employeur. À en juger par les décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation, il se produit même le contraire : « *la cause réelle et sérieuse de licenciement n'est que la réplique négative dans le temps de la cause de l'engagement de l'employeur* »⁸⁵.

838. L'intérêt de l'entreprise occupe une place essentielle dans cette équation dès lors que sa poursuite, nous allons le voir, dicte à l'employeur la conclusion du contrat de travail⁸⁶. Pourtant, et alors qu'elle apparaît fréquemment dans la jurisprudence, la notion demeure absente du Code du travail⁸⁷. Sans se livrer à un inventaire exhaustif des arrêts qui en font mention, on observera simplement que l'intérêt de l'entreprise fait office de référence à l'aune de laquelle est appréciée la légitimité des décisions prises par l'employeur⁸⁸. L'intérêt de l'entreprise est classiquement présenté comme une limite sous-jacente à son pouvoir disciplinaire⁸⁹. Il en va de même s'agissant de l'exercice de son pouvoir de direction, à travers

⁸³ J. PÉLISSIER, « La cause économique du licenciement ». *RJS* 1992, p. 527, l'auteur envisage la distinction en matière de licenciement pour motif économique, mais celle-ci peut tout aussi bien s'appliquer au licenciement pour motifs personnels.

⁸⁴ J. PÉLISSIER, *op. cit.*, p. 527.

⁸⁵ L. de LAUNAY, « La tectonique des motifs économiques de licenciement ». *Dr. soc.* 2011, p. 570.

⁸⁶ Sur la notion d'intérêt de l'entreprise, Ch. LECOEUR, *La notion d'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, PUAM, Aix-en-Provence, 2015.

⁸⁷ Même si certains auteurs constatent « *que l'expression "intérêt de l'entreprise" est plus souvent présente dans les pourvois que dans la motivation des juges* », M.-Ch. ESCANDE-VARNIOL, « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise ». *RJS* 2000, p. 260 ; *comp.* A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, « Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi ». *Dr. soc.* 2001, p. 418 ; relevant que « *la Cour de cassation a certes promu l'intérêt de l'entreprise au rang de critère ultime de justification des décisions de licenciement (encore qu'elle ne l'invoque pas très souvent dans ces motifs) (...)* ».

⁸⁸ « *La conformité des pouvoirs exercés à l'intérêt de l'entreprise assure leur légitimité et constitue un gage de leur licéité* », B. TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail ». *D.* 2004, p. 1682 ; la conduite de l'employeur « *ne peut être dictée uniquement par des intérêts purement personnels et égoïstes : il agit dans l'intérêt de l'entreprise* », Ph. WAQUET, « Le juge et l'entreprise ». *Dr. soc.* 1996, p. 476.

⁸⁹ « *C'est bien souvent par un argumentaire fondé sur l'intérêt de l'entreprise ou la nécessité de l'entreprise que l'employeur devra justifier le caractère indispensable de certaines mesures inscrites dans le règlement intérieur (fouilles des vestiaires, port de l'uniforme)* », M.-Ch. ESCANDE-VARNIOL, *op. cit.*, p. 262 ; Cass. soc. 6 novembre 1959, jugeant que « *le pouvoir disciplinaire doit être exercé l'employeur dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise* » ; plus récemment, Cass. soc. 18 février 1998, *RJS* 1998, n°461 ; sur le contrôle

la stipulation ou la mise en oeuvre de clauses contractuelles susceptibles d'empiéter sur les droits et libertés fondamentaux du salarié⁹⁰. Pour ne prendre que quelques exemples piochés dans une jurisprudence fournie, la Cour de cassation vérifie que l'insertion de clauses de résidence⁹¹, d'exclusivité⁹² ou encore de non-concurrence⁹³ est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Symétriquement, la poursuite de l'intérêt de l'entreprise autorise l'employeur à restreindre, dans une certaine mesure, les libertés des salariés⁹⁴. L'intérêt de l'entreprise peut donc être associé à la bonne marche de l'entreprise, à son bon fonctionnement, et ce, sans entreprendre de situer la notion dans une logique conciliatrice entre intérêts divergents⁹⁵.

839. Cette acception de l'intérêt de l'entreprise ne doit pas être confondue avec la notion d'intérêt social⁹⁶. Expression de l'intérêt général de la société⁹⁷, l'intérêt social « *se compose de deux éléments : l'intérêt des actionnaires et la communauté d'intérêts existant entre eux. Le premier élément exprime le but poursuivi par le groupement sociétaire : l'enrichissement des actionnaires résultant de l'enrichissement du patrimoine social. Le second élément exprime le lien unissant les actionnaires, chacun ayant droit à sa juste part de l'enrichissement social. Si l'un de ces deux éléments fait défaut, l'intérêt social n'est pas*

du règlement intérieur de l'entreprise, CE 16 décembre 1994, *RJS* 1995, n°128 ; CE 11 juillet 1990, *RJS* 1990, n°769.

⁹⁰ Voir déjà en 1944, A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés ». *RTD civ.* 1944, p. 16, observant qu'« *en matière professionnelle le droit, jadis reconnu à l'employeur de rompre ad nutum l'engagement de son employé fait sans détermination de durée, a disparu depuis les lois du 27 décembre 1890 et du 19 juillet 1928. La fonction patronale qui consiste à modifier la composition du personnel doit s'exercer dans l'intérêt de l'entreprise, les juges peuvent être appelés à vérifier qu'il en a été ainsi* » ; plus récemment, Ph. WAQUET, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés ». *Dr. soc.* 2000, p. 1051 ; Y. PAGNERRE, « L'intérêt de l'entreprise en droit du travail » in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Paris, Economica, 2011, p. 123, pour qui « *si le juge ne saurait s'immiscer dans la gestion des entreprises, la liberté d'entreprendre est un droit finalisé. L'intérêt de l'entreprise constitue l'instrument privilégié de contrôle du pouvoir* ».

⁹¹ Cass. soc. 12 janvier 1999, *RJS* 1999, n°103.

⁹² Cass. soc. 11 juillet 2000, *RJS* 2000, n°767.

⁹³ Cass. soc. 19 novembre 1996, *RJS* 1996, n°1266.

⁹⁴ « *La maladie du salarié, l'orientation sexuelle, la vie privée ou le choix du domicile, notamment, sont reconnus comme des libertés fondamentales susceptibles, pourtant, de faire l'objet de restrictions (...). L'intérêt de l'entreprise ou son bon fonctionnement sont les instruments de la liberté d'entreprendre et peuvent, s'ils remplissent les critères de nécessité et de finalité, justifier une atteinte aux libertés fondamentales du salarié* », A. MARTINON, Arnaud, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, tome 48, n°323.

⁹⁵ Nous reviendrons plus longuement sur le sens de l'intérêt de l'entreprise au moment de contester la vision conciliatrice dans laquelle une partie de la doctrine entend situer la notion, *infra*, *L'improbable réduction de l'utilité objective de l'engagement à l'intérêt de l'entreprise*, n°861 et s.

⁹⁶ Sur la notion voir Ph. BISSARA, « L'intérêt social ». *RDS* 1999, p. 5.

⁹⁷ J.-P. SORTAIS, « Abus de droit (Majorité, minorité, égalité) », *Rep. soc. Dalloz*, n°8.

réalisé »⁹⁸. Tout en partageant avec l'intérêt de l'entreprise une fonction de contrôle de détournement de pouvoir⁹⁹, l'intérêt social véhicule cependant une conception actionnariale de l'entreprise qui ne saurait s'identifier à celle qui prévaut en droit du travail¹⁰⁰.

840. L'intérêt de l'entreprise ainsi conçu met en évidence le lien entre l'impératif de justification de la rupture posé par Code du travail, d'une part, et la prise en compte de la cause de l'engagement au cours de son exécution, d'autre part¹⁰¹. Pour l'employeur, la cause du contrat de travail tient en effet à la conviction que la contreprestation fournie par le salarié sert l'intérêt de l'entreprise (1). Réciproquement, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse oblige l'employeur à démontrer que le contrat de travail a été rompu parce qu'il ne satisfaisait plus l'intérêt de l'entreprise (2).

1. L'importance de l'intérêt de l'entreprise dans la cause du contrat de travail

841. L'importance de l'intérêt de l'entreprise dans la cause du contrat de travail implique de répondre à la question suivante : pourquoi choisir de conclure «une convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre sous la subordination de laquelle elle se place moyennant une rémunération»¹⁰²? Conformément au choix que nous avons fait d'une conception interactive de la cause combinant ses deux versants, objectif et subjectif¹⁰³, la place de l'intérêt de l'entreprise dans l'engagement de l'employeur doit être déterminée en rapprochant les contreparties objectives attendues de l'échange des mobiles poursuivis.

⁹⁸ D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés ». *JCP E* 1994. I. 3793 ; *comp.* C. BAILLY-MASSON, « L'intérêt social, notion fondamentale ». *LPA* 2000, n°224, p. 6.

⁹⁹ Par exemple, le juge se réfère à l'intérêt social afin de caractériser un abus de biens sociaux, un abus de minorité de blocage ou encore un abus de majorité, voir J.-P. SORTAIS, *op. cit.*

¹⁰⁰ Ph. BISSARA, *op. cit.*, p. 23, « la notion d'entreprise comme un ensemble organisé de moyens en hommes, en capitaux et en équipements affectés à la production et à la vente de biens et de services peut avoir des effets juridiques dans certains domaines comme le droit du travail ; elle demeure étrangère au droit des sociétés qui ne connaît que l'entreprise commune des associés ».

¹⁰¹ L'importance de l'intérêt de l'entreprise dans l'appréciation de la légitimité du licenciement ne doit toutefois pas être exagérée, l'intérêt du salarié, avec lequel elle ne se confond pas, doit lui aussi être pris en compte, voir *infra*, *L'assimilation bienvenue de la cause à l'utilité objective de l'engagement*, n°855 et s. Pour l'heure, la référence à l'intérêt de l'entreprise permet de mettre en évidence la prise en compte de la cause de l'engagement de l'employeur au cours de son exécution, à travers l'exigence d'une cause réelle et sérieuse.

¹⁰² Y. PAGNERRE, « La cause instrument de qualification de contrat de travail ». in *La cause en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 30.

¹⁰³ P. HÉBRAUD, « Rôle de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques ». in *Mélanges Maury*, Dalloz, Paris, 1960, tome 2, p. 417 ; G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat ». in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2003, p. 156.

842. La cause objective de l'engagement de l'employeur, entendue comme la considération de la contrepartie qu'entend, en principe, recevoir toute personne qui assume une obligation¹⁰⁴, réside dans la contreprestation accomplie par le salarié, autrement dit son travail¹⁰⁵. Tout d'abord, c'est lorsque l'activité économique développée par l'entreprise nécessite le concours d'un travail humain que l'employeur décide de procéder à des recrutements : l'offre d'emploi est faite dans l'intérêt de l'entreprise. Le salariat n'est certes pas l'unique moyen pour une entreprise de satisfaire son besoin de main d'œuvre. Son fonctionnement peut être assuré par de multiples collaborations qu'il s'agisse, pour le secteur marchand, de nouer des relations d'associés, commerciales, artisanales ou libérales ou, pour le secteur non-marchand, d'avoir le concours de sociétaires ou de bénévoles¹⁰⁶. Néanmoins, avec le travail salarié, et contrairement aux autres formes d'activités rémunérées, l'employeur dispose simultanément du pouvoir de contrôler l'ensemble des paramètres du travail demandé et de s'en approprier les fruits¹⁰⁷. Ensuite, le recrutement n'intervient que si le salarié témoigne *a priori* des compétences requises pour s'acquitter de la mission proposée : là encore, c'est dans l'intérêt de l'entreprise qu'intervient la conclusion du contrat de travail. Enfin, le contrat de travail ne sera évidemment maintenu qu'à la condition que le salarié accomplisse la prestation définie dans l'intérêt de l'entreprise. Par exemple, l'absence

¹⁰⁴ J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Les obligations. I. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°262.

¹⁰⁵ Ce qui implique pour certains de « voir dans le contrat de travail une exception à ce principe de la nullité des conventions portant sur le corps humain », A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 1994, p. 56 ; *contra*. J. SAVATIER, « La liberté dans le travail ». *Dr. soc.* 1990, p. 56, pour qui « le salarié n'abandonne pas son corps à la volonté de l'employeur, il se borne à contracter des obligations de faire ou ne pas faire. Ses droits sur son corps sont inaliénables ».

¹⁰⁶ Y. PAGNERRE, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁷ « Le salarié est préférable tant à l'associé – avec qui les décisions sont prises sur un pied d'égalité et qui profite d'une part des bénéfices – qu'à l'indépendant – avec qui on ne peut prévoir qu'un résultat sans pouvoir mobiliser à l'envi sa force de travail – ou le sociétaire et le bénévole qui peuvent se lier librement de leur promesse », Y. PAGNERRE, *ibidem* ; dans le même sens A. SUPIOT, *op. cit.*, p. 60, observant que « tous les contrats qui ont pour objet une activité humaine impliquent un fort engagement de la personne du prestataire de cette activité. Mais dans tous ces contrats – hors le contrat de travail – ce n'est pas le débiteur lui-même qui forme la matière de l'engagement. Leur objet est une chose ou une prestation définie à l'avance, alors que dans le contrat de travail cette définition se fera dans l'exécution même du contrat, par la mise en oeuvre de la maîtrise ainsi acquise par l'employeur sur le corps productif du salarié. À la différence de ce qui se passe par exemple dans le louage d'ouvrage, l'objet du travail salarié demeure extérieur au champ du rapport synallagmatique institué par le contrat : c'est le travail qui est payé, et non pas son résultat, qu'il s'agisse d'un bien matériel ou d'un service ».

injustifiée du salarié qui le conduit à ne pas exécuter le travail attendu est un motif légitime de licenciement¹⁰⁸.

843. Dans son versant subjectif, qui comprend les motifs ou les mobiles qui ont déterminé les parties à contracter¹⁰⁹, la cause de l'engagement de l'employeur est également marquée par la recherche de l'intérêt de l'entreprise. Cette fois-ci, la notion invite à appréhender le travail du salarié dans une dimension qualitative, au-delà du simple accomplissement de la prestation arrêtée par le contrat de travail. D'un point de vue subjectif, la cause de l'engagement de l'employeur tient en effet à la rentabilité du travail exécuté par le salarié. S'appuyant sur la définition proposée par l'INSEE, le Professeur Radé rappelle en ce sens que le contrat de travail constitue l'une des modalités juridiques de réalisation d'une activité économique définie comme le processus qui conduit à la fabrication d'un produit ou à la mise à disposition d'un service¹¹⁰. L'intérêt de l'entreprise tient, dans une assez large mesure, à la maximisation du profit tiré de la cession du bien ou du service produit. Pour cela, son dirigeant peut agir sur leur prix de vente ou leur coût de production. Dans ce dernier cas, il doit s'assurer que le gain engendré par le travail salarié est supérieur à son coût. En d'autres termes le recours au contrat de travail « *repose sur deux éléments principaux : la faculté de maîtriser la force de travail dans son intérêt mais aussi, surtout pour le secteur marchand, le fait de tirer une plus-value de l'activité du salarié qui ne supporte pas le risque de l'entreprise* »¹¹¹.

844. Cet aspect de la relation de travail ne reçoit malheureusement pas toujours l'écho souhaité en jurisprudence¹¹², tant il paraît occulté par le critère de la subordination, régulièrement présenté comme décisif¹¹³, au moment de s'assurer de l'existence d'un travail

¹⁰⁸ Parmi les nombreux arrêts considérant que le licenciement prononcé en raison d'une absence injustifiée du salarié repose sur une cause réelle et sérieuse, Cass. soc. 25 octobre 2011, n°10-16920 ; retenant la commission d'une faute grave Cass. soc. 10 octobre 2012, n°11-19214.

¹⁰⁹ J. FLOUR, É. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°264.

¹¹⁰ Ch. RADÉ, « Des critères du contrat de travail ». *Dr. soc.* 2013, p. 202.

¹¹¹ Y. PAGNERRE, *op. cit.*, p. 36.

¹¹² Voir toutefois, et heureusement, Cass. soc. 9 avril 2012, n°10-28818 où la Cour de cassation avait requalifié en contrat de travail la participation à une émission de télé-réalité au motif, notamment, que « *la prestation des participants à l'émission avait pour finalité la production d'un bien ayant valeur économique* » ; dans le même sens Cass. soc. 3 juin 2009, n°08-40981, *RDT* 2009, p. 507, obs. G. AUZERO ; *D.* 2009, p. 2517, note B. EDELMAN ; *RDC* 2009, p. 1507, note Ch. NEAU-LEDUC

¹¹³ Selon les termes du Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2009, p. 323, « (...) *le lien de subordination constitue le critère décisif du contrat de travail* ».

salarié¹¹⁴. L'état de subordination juridique du salarié, que traduit le pouvoir de l'employeur de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné¹¹⁵, permet certes de distinguer le salariat des autres formes de travail connexe¹¹⁶. Cependant, la valeur économique du travail accompli ne doit pas être sous-estimée au moment de s'interroger sur les raisons qui poussent l'employeur à conclure un contrat de travail. Le Professeur Radé observe ainsi que l'un des principaux effets pervers de la prépondérance du critère de la subordination juridique est d'avoir masqué l'analyse de la cause économique du contrat de travail¹¹⁷. Cette dimension économique de la cause de l'engagement de l'employeur, véhiculée par l'intérêt de l'entreprise, n'en est pas moins prise en compte dans l'exigence d'une cause réelle et sérieuse. À travers elle, le juge vérifie si la permanence de l'intérêt de l'entreprise était réellement et sérieusement mise à mal dans le contrat rompu.

2. La vérification de la permanence de l'intérêt de l'entreprise à travers l'exigence d'une cause réelle et sérieuse

845. Si la jurisprudence ne s'y réfère pas explicitement¹¹⁸, l'intérêt de l'entreprise est souvent sous-jacent à l'affirmation qu'il existe une cause réelle et sérieuse. L'employeur qui saura démontrer qu'il ne poursuit pas la satisfaction de ses intérêts propres, mais recherche le bon fonctionnement de leur entreprise, sera souvent approuvé¹¹⁹. Une fois avérée la réalité des

¹¹⁴ « L'obligation de subordination pesant sur le salarié et bénéficiant à l'employeur constitue l'essence du contrat de travail, en ce qu'elle cause le contrat pour les deux parties (...) », Y. PAGNERRE, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁵ Cass. soc. 13 novembre 1996, *Bull. civ.* V, n°386.

¹¹⁶ Comme par exemple le travail accompli dans le cadre d'un contrat d'entreprise, Cass. soc. 9 novembre 2010, n°08-45342 ; H. GROUDEL, « Le critère du contrat de travail ». in *Mélanges Camerlynck*, Dalloz, Paris, 1978, p. 49, affirmant que « le critère qui permet de différencier le contrat de travail des contrats voisins comportant une prestation de services est la subordination » ; voir plus largement, G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°197 et s.

¹¹⁷ Ch. RADÉ, « Des critères du contrat de travail ». *Dr. soc.* 2013, p. 202, n°17.

¹¹⁸ Raison pour laquelle nous pensons que l'intérêt de l'entreprise, tel que l'entendent les arrêts qui s'y réfèrent explicitement, ne peut être tenu pour synonyme d'une conciliation d'intérêts antagonistes.

¹¹⁹ G. et A. LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise ». in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 610 ; X. LAGARDE, « La nature juridique de la cause du licenciement ». *JCP* 2000, I, p. 1653, « là où le juge administratif se demande si la décision d'exproprier est effectivement justifiée par l'intérêt public, le juge judiciaire se demande si la décision de licencier est effectivement justifiée par l'intérêt de l'entreprise » ; L. de LAUNAY, « La tectonique des motifs économiques de licenciement ». *Dr. soc.* 2011, p. 586, « la cause réelle et sérieuse de licenciement n'est que la réplique négative dans le temps de la cause de l'engagement de l'employeur. L'intérêt de l'entreprise ayant justifié celui-ci, l'employeur ne peut légitimement se délier que des lors que cet intérêt a disparu ».

faits avancés à l'appui du licenciement¹²⁰, la cause devient sérieuse dès l'instant où la continuation du contrat génère un préjudice – de quelque nature qu'il soit – à l'entreprise¹²¹. Comme le rappelle le doyen Waquet¹²², il ressort en effet des travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1973 qu'une cause sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité, qui rend impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement¹²³. Sans être nommément visée, l'atteinte à l'intérêt de l'entreprise occupe ici une place importante dans la légitimation du licenciement¹²⁴.

846. La jurisprudence relative aux licenciements pour motif personnel nous en offre une première illustration. On sait que le Code du travail ne définit pas le caractère sérieux de la cause du licenciement pour motif personnel. Il en résulte qu'au plan formel, aucun texte n'exige, pour justifier le licenciement d'un salarié, que le comportement de celui-ci ait nui à la bonne marche de l'entreprise ou ait eu pour celle-ci des incidences financières¹²⁵. Dans la pratique, cependant, les juges évaluent en grande partie le sérieux des motifs allégués pour rompre le contrat de travail au regard de leur impact sur le fonctionnement de l'entreprise¹²⁶, comme par exemple en matière d'insuffisance professionnelle.

847. Distincte de l'insuffisance de résultats¹²⁷, et parfois appelée incompétence professionnelle¹²⁸, l'insuffisance professionnelle désigne l'incapacité objective et durable

¹²⁰ Nous laisserons de côté la question de la réalité de la cause qui n'éclaire guère la prise en compte de la cause de l'engagement de l'employeur à travers l'exigence d'une justification de la rupture, sur la cause réelle voir G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, *op. cit.*, n°434 et s.

¹²¹ Y. PAGNERRE, « L'intérêt de l'entreprise en droit du travail ». in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Paris, Economica, 2011, p. 63.

¹²² Ph. WAQUET, « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement ». *Dr. soc.* 1992, p. 986.

¹²³ Loi n°73-680 du 13 juillet 1973 portant modification du code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, précisions que la définition ne vise ici aucun fait de caractère fautif, autrement dit de nature volontaire.

¹²⁴ Voir S. FREMEAUX, « Le concept d'intérêt de l'entreprise et la décision de licenciement ». *RRJ* 2005, p. 2009.

¹²⁵ Par exemple Cass. soc. 6 mars 1985, *Bull. civ. V*, n° 145 ; plus récemment Cass. soc. 9 juin 2004, n°02-43303, jugeant « que les conséquences préjudiciables pour l'employeur d'un fait imputable au salarié ne sont pas un critère d'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement ».

¹²⁶ Nous verrons que la situation du salarié est également prise en compte, voir *infra*, *La prise en compte de l'intérêt du salarié dans l'utilité objective de l'engagement de l'employeur*, n°874.

¹²⁷ Qui se rapporte au salarié qui n'a pas atteint ses objectifs quantitatifs arrêtés par l'employeur, comme par exemple la réalisation d'un chiffre d'affaire minimum, Cass. soc. 13 janvier 2004, *Bull. civ. V*, n°3 ; notons que la jurisprudence confond parfois les deux notions, englobant l'insuffisance de résultats dans l'insuffisance professionnelle l'insuffisance de résultats, Cass. soc. 27 mars 2013 n° 12-12991.

¹²⁸ Cass. soc. 6 décembre 2000, n°98-45929.

d'un salarié à exécuter de façon satisfaisante un emploi correspondant à sa qualification. L'insuffisance professionnelle n'est pas constitutive d'une faute du salarié¹²⁹, mais elle peut suffire à justifier son licenciement¹³⁰ : d'un point de vue économique, les gains générés par son travail ne compensent plus la rémunération versée par l'entreprise ; l'intérêt de cette dernière est alors compromis.

848. À côté des performances économiques *stricto sensu*, l'intérêt de l'entreprise est également appréhendé sur le terrain du droit disciplinaire garant de son bon fonctionnement, comme par exemple en matière d'encadrement de la liberté d'expression du salarié¹³¹. Il est constant que sauf abus, le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci d'une liberté à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées¹³². La jurisprudence est alors régulièrement amenée à apprécier le caractère abusif de la liberté d'expression du salarié au regard d'éléments de faits qui composent l'intérêt de l'entreprise¹³³. Elle sanctionne ainsi la transmission à l'intégralité des parents d'élèves d'une lettre de nature à porter un grave discrédit sur le fonctionnement de l'entreprise¹³⁴, ou encore le fait de critiquer violemment la politique de la direction de l'entreprise en dénigrant l'employeur et les autres salariés¹³⁵.

849. Le droit du licenciement économique fournit une troisième illustration de la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise dans l'appréciation du bien-fondé du licenciement. Selon l'article L. 1233-3 al. 1 du Code du travail, constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives

¹²⁹ Cass. soc. 17 février 2004, n°01-44543 ; Cass. soc. 27 février 2011, n°10-16825.

¹³⁰ Cass. soc. 31 mai 2011, n°10-14252, à propos d'un cadre commercial qui ne générerait qu'un très faible chiffre d'affaire.

¹³¹ Rappelons que la liberté d'expression est une liberté publique consacrée par les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle ne doit pas être confondue avec le droit d'expression des salariés prévu aux articles L. 2281-1 et s. du Code du travail.

¹³² Cass. soc. 22 juin 2004 *Bull. civ.* V, n°175, *RJS* 2011, n° 1120 ; Cass. soc. 27 mars 2013, n°11-19734, *RJS* 2013, n°453.

¹³³ « *Si l'attitude du travailleur inflige un trouble à la communauté sociale ou affecte l'outil économique, le chef d'entreprise peut prendre toutes mesures utiles de sauvegarde, y compris d'exclusion, si telle est la solution la plus adéquate* », B. TEYSSIÉ, « Personnes, entreprises et relations de travail ». *Dr. soc.* 1988, p. 381.

¹³⁴ CA Paris 22^e ch. 16 janvier 1996 n° 94-38813.

¹³⁵ Cass. soc. 27 septembre 2011 n° 10-16929.

notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. En d'autres termes, « *la cause économique du licenciement suppose d'une part une suppression ou une transformation emploi ou une modification substantielle du contrat de travail, d'autre part des difficultés économiques, des mutations technologiques ou une autre cause non inhérente à la personne du salarié* »¹³⁶. Il appartient aux juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation¹³⁷, d'apprécier le caractère sérieux du motif économique de licenciement invoqué par l'employeur en vérifiant, notamment, que les difficultés économiques dont il fait état justifient la suppression de l'emploi du salarié¹³⁸.

850. D'un point de vue économique, la suppression ou la transformation de l'emploi, tout comme le refus de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail, signifient que la prestation accomplie par le salarié ne correspond plus aux besoins de l'entreprise qui doit faire face à des difficultés économiques, ou est tenue de procéder à des mutations technologiques¹³⁹ : c'est bien l'intérêt de l'entreprise qui se trouve pris en compte. Il en va de même lorsque, à la faveur de l'adverbe « *notamment* », la Cour de cassation a élargi le périmètre du motif économique en jugeant légitimes les licenciements consécutifs à une réorganisation « *nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise* »¹⁴⁰. Si l'employeur ne peut certes se contenter d'évoquer la protection de l'intérêt de l'entreprise sans établir la nécessité de la réorganisation¹⁴¹, celui-ci transparaît à travers l'objectif de sauvegarde de la compétitivité assigné à la mesure¹⁴².

¹³⁶ J. PÉLISSIER, « La cause économique du licenciement ». *RJS* 1992, p. 530.

¹³⁷ « *La chambre sociale s'était engagée, depuis 1987, dans une politique de refus de contrôle de la cause réelle et sérieuse licenciement, ou plus exactement du limitation très stricte de son contrôle en cette matière. Même lorsqu'elle était saisie d'un pourvoi posant la question de la cause de licenciement économique non autorisé, elle s'en remettait au pouvoir d'appréciation des juges du fond. Aussi, dès le 24 avril 1990, la chambre sociale a-t-elle rétabli pleinement son contrôle sur le licenciement économique et en particulier sur la cause économique de licenciement* », Ph. WAQUET, « Dix ans de contrôle du licenciement économique par la Cour de cassation ». *Gaz. pal.* 1992, p. 1191.

¹³⁸ Cass. soc. 2 décembre 1998 n° 96-44769.

¹³⁹ Par leur contrôle, « *les juges n'entendent pas déterminer à la place de l'employeur qu'elle est la meilleure décision de gestion pour l'entreprise ; ils recherchent seulement si la décision prise par l'employeur est de nature à entraîner un meilleur fonctionnement de l'entreprise* », J. PÉLISSIER, *op. cit.*, p. 531.

¹⁴⁰ Cass. soc. 5 octobre 1999, *Bull. civ.* V, n°420 ; voir également Ass. plén. 8 décembre 2000, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2008, n°115.

¹⁴¹ Cass. soc. 13 mai 2003, *RJS* 2003, n°1135.

¹⁴² La référence à l'intérêt de l'entreprise « *transparaît lorsque les juges, pour apprécier la régularité du congédiement intervenu, se préoccupe de savoir si la réorganisation de l'entreprise, facteur de suppressions d'emplois, était nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ou de la compétitivité du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient* », B. TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail ». *D.* 2004, p. 1686.

851. Au total, la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise, et à avec elle de la cause de l'engagement de l'employeur au cours de son exécution, apparaît indissociable de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse au licenciement. Cependant, la recherche d'une disparition de la cause de l'engagement rompu assimilée à la perte d'utilité du contrat n'est pas uniquement opérée du point de vue de l'employeur ; le droit du travail prend également en compte les intérêts du salarié, à qui la rupture est susceptible d'occasionner un lourd préjudice. L'examen auquel le juge se livre, sous l'égide de la loi, conduit ici à assimiler la cause à ce qu'il convient d'appeler « l'utilité objective » de l'engagement.

II. L'assimilation bienvenue de la cause à l'utilité objective de l'engagement

852. Au moment de s'interroger sur la rupture du contrat de travail, il appartient au juge de déterminer si l'engagement de l'employeur possède encore une cause, autrement dit une utilité. Sur ce point, si l'ordonnance du 10 février 2016 supprime toute référence explicite à la cause, les avatars qui lui sont substitués, de la contrepartie « dérisoire » ou « illusoire », à l'octroi d'un « avantage équivalent » comme élément de définition des contrats commutatifs, sans oublier l'attention portée aux changements de circonstances, témoignent de l'attachement du nouveau droit des contrats au caractère utile de l'engagement¹⁴³. Le parallèle entre les notions de cause et d'utilité est régulièrement effectué en droit privé. Ainsi, lorsque Monsieur Philippe Delebecque voit dans la cause l'expression d'un intérêt réel visant l'existence d'un contrat utile¹⁴⁴. Madame Judith Rochfeld relève quant à elle la présence d'un fondement utilitariste dans la notion de cause¹⁴⁵. Enfin, selon Monsieur Thomas Genicon, l'utilité se manifeste par le truchement de la cause¹⁴⁶.

853. Nombreux sont également les auteurs qui prolongent l'analogie en justifiant la rupture de l'acte juridique, le plus souvent à travers le genre contractuel, par la disparition de son

¹⁴³ Sur cette appréciation de l'utilité de l'engagement, v. G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? ». *D.* 2015, p. 1557, spé. n°11 et s.

¹⁴⁴ Ph. DÉLEBECQUE, *Les causes allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix Marseille III, 1981, n° 247.

¹⁴⁵ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1999, tome 311, n°309.

¹⁴⁶ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°467.

utilité¹⁴⁷. Pour reprendre les mots de Monsieur Guillaume Wicker, « *la notion de cause met en évidence, d'une part, que le contenu obligatoire du contrat est déterminé par son utilité, et, d'autre part, que la force obligatoire de ce contenu demeure sous la dépendance de l'utilité du contrat* »¹⁴⁸. En matière de contrat à titre onéreux, l'accent est d'ailleurs souvent mis sur la fonction économique de l'utilité et les incidences de sa disparition sur le maintien de l'engagement¹⁴⁹. Mais pour s'en convaincre, encore faut-il préciser ce qu'il convient d'entendre par le terme « utilité », en particulier dans le domaine du Droit où il peut être sources d'ambiguïtés¹⁵⁰.

854. Le Professeur Genicon identifie trois conceptions de l'utilité au moment d'appréhender le contrôle de la rupture de l'acte juridique : l'utilité convenue, l'utilité subjective et l'utilité objective¹⁵¹. Précisons immédiatement que si le propos de l'auteur vise le cas particulier de la résolution pour inexécution, son analyse de la notion d'utilité nous semble pouvoir être reprise s'agissant des autres hypothèses de rupture¹⁵². Ainsi, l'utilité convenue est celle qui « *a été arrêtée d'un commun accord lors de la formation du contrat* »¹⁵³ ; pour l'identifier, « *le juge ne recherche (...) pas ce que le créancier veut à l'instant, mais ce que le contrat lui*

¹⁴⁷ Voir les références déjà citées, J. CARBONNIER, *Droit civil - Les biens - Les obligations*, PUF, Quadrige, Paris, 22^e éd., 2004, n°186 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. I. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit privé, Paris, 3^e éd., 2012, p. 404 ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *Les obligations. Tome 3, Le Contrat*, Economica, Traité de Droit civil, Paris, 7^e éd., 2014, n°472 et s. ; A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 14^e éd. 2014, n° 389 et s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques - Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1997, tome 253, n°306 et s. ; J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1969, tome 91, p. 17 ; B. TEYSSIE, *Les groupes de contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1975, tome 139, n°76.

¹⁴⁸ G. WICKER, *op. cit.*, p. 174 ; dans le même sens S. STIJNS, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre ». in *Les sanctions des obligations contractuelles : études de droit comparé*, M. Fontaine, G. Viney (dir.), Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2001, p. 561.

¹⁴⁹ Par exemple, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois-Lextenso, Paris, 4^e éd., 2009, n°877, au moment de la rupture « *ce qui importe est que le contrat ne parvient plus à assurer l'utilité économique [que le juge] rechercherait* » ; dans le même sens Th. GENICON, *op.cit.*, n°435 et s.

¹⁵⁰ « *La notion est source d'ambiguïté considérables car (...) elle susceptible de renvoyer à des appréciations fort différentes les unes des autres, qui ne procèdent pas de la même logique et qui ne conduisent pas aux mêmes résultats. Quelle est cette "utilité" dont il est question ? Est-ce l'utilité que le créancier retire du contrat à l'instant où se pose la question de la résolution ? Est-ce au contraire l'utilité définie d'un commun accord par les contractants lors de la formation du contrat ? Est-ce l'utilité que le contrat continue d'avoir pour le débiteur fautif, notamment lorsque son maintien est vital pour lui ?* », Th. GENICON, *op. cit.*, n°435

¹⁵¹ Th. GENICON, *op. cit.*, n°436 et s. Notamment les ruptures consécutives à un changement du contexte de l'échange en dehors de toute inexécution, comme par exemple le licenciement pour motif économique en droit du travail.

¹⁵² Notamment les ruptures consécutives à un changement du contexte de l'échange en dehors de toute inexécution, comme par exemple le licenciement pour motif économique en droit du travail, voir *infra*, *L'assimilation de la cause à l'utilité objective de l'engagement dans la caducité du contrat*, n°914 et s.

¹⁵³ Th. GENICON, *op. cit.*, n°435.

donne le droit de vouloir »¹⁵⁴. L'utilité subjective désigne quant à elle « l'intérêt du créancier » victime de l'inexécution d'une obligation¹⁵⁵ ; l'acception revient « à laisser le champ libre à de simples mobiles qui sont non seulement propres au créancier – et que le débiteur ignorait peut être – mais qui, au surplus, sont éventuellement nouveaux car nés postérieurement à la formation du contrat »¹⁵⁶. L'utilité objective est « celle que définit librement le juge et qui, bien souvent – mais pas seulement – sera un savant dosage des deux premières »¹⁵⁷.

855. Il n'est certes pas possible, comme le reconnaît le Professeur Genicon, de systématiser le type d'utilité en fonction duquel le juge se déterminera¹⁵⁸. Néanmoins, les inconvénients attachés au choix de l'utilité convenue ou de l'utilité subjective encouragent l'adoption de la logique conciliatrice portée par l'utilité objective. En effet, s'agissant de l'utilité convenue, l'interprétation volontariste a vite montré ses limites à mesure que les juges manquent de matériau¹⁵⁹. Mais, surtout, « la méthode volontariste peut se montrer dans certaines situations peu pertinente (...) car il peut sembler parfois bien absurde de faire abstraction de l'évolution des circonstances qui peuvent faire que l'utilité assignée au contrat est désormais dépassée »¹⁶⁰. Concernant l'utilité subjective, le principal danger de cette acception réside de façon évidente dans une prise en compte incontrôlée des motifs les plus divers avancés au soutien de la demande de résolution¹⁶¹. L'écueil est ici identique à celui que pointe une partie de la doctrine en matière de subjectivisation de la cause¹⁶².

¹⁵⁴ Th. GENICON, *op. cit.*, n°465 ; pour un exemple, cité par l'auteur, voir Cass. civ. 1^{re} 20 février 1996, *Bull. civ. I*, n°103, approuvant une cour d'appel d'avoir rejeté une demande en résolution de la vente d'une automobile au motif que « la mention erronée des documents administratifs relative à la puissance du véhicule, ne concernait pas un élément en considération duquel la vente avait été conclue ».

¹⁵⁵ Th. GENICON, *op. cit.*, n°436.

¹⁵⁶ Th. GENICON, *op. cit.*, n°472.

¹⁵⁷ Th. GENICON, *op. cit.*, n°436.

¹⁵⁸ Th. GENICON, *op. cit.*, n°436, « le juge, tout à fait dans son rôle, doit effectuer un arbitrage (...) l'arbitrage est à faire plus exactement entre les prévisions du débiteur – qu'il ne faut pas tromper – et les attentes du créancier – qu'il ne faut pas décevoir ».

¹⁵⁹ Th. GENICON, *op. cit.*, n°471, « c'est-à-dire à mesure que les contractants se taisent. Lorsque ces derniers se sont exprimés sur les intérêts essentiels du contrat, tout est simple. Mais lorsqu'ils ont gardé le silence, le juge doit se contenter de conjonctures et de la conjoncture à la création, il n'y a qu'un pas discrètement mais fréquemment franchi ».

¹⁶⁰ Th. GENICON, *ibidem*.

¹⁶¹ Th. GENICON, *op. cit.*, l'approche subjective de l'utilité « favorise indéniablement les comportements opportunistes et réduit à néant l'exigence d'un contrôle de la pertinence du prononcé de la résolution. Si l'on en vient en effet à confondre l'utilité du contrat avec l'utilité qu'en retire le créancier au jour où la question de la résolution se pose, il suffit de s'en remettre aux desiderata de ce dernier : s'il souhaite encore bénéficier du contrat, il est maintenu ; dans le cas contraire, il est résolu ».

¹⁶² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°372.

856. Chacune de ces conceptions de l'utilité présente en quelque sorte les inconvénients de ses avantages. Trop hermétique à l'évolution du contexte de l'échange pour la première, pas assez prévisible par le contractant qui subit la rupture pour la seconde, le juste milieu doit sans doute être recherché en conciliant ces deux figures de l'utilité ; la synthèse peut alors être opérée autour de l'utilité objective. Rapportée au droit du travail, c'est peu dire que cette acception renforce, selon nous, l'idée d'une légitimité du licenciement subordonnée à la disparition la cause de l'engagement de l'employeur. Dans cette optique, et pour ne pas enfermer le propos dans une démarche uniquement prescriptive, il convient de vérifier que le juge apprécie la disparition de l'engagement de l'employeur en combinant l'intérêt de l'entreprise invoqué par ce dernier (à travers la valeur économique du travail accompli) – l'utilité subjective – avec le but assigné au contrat de travail lors de sa formation (qui réside dans l'accomplissement de la prestation entendue) – l'utilité convenue.

857. L'observation du droit positif incite à valider cette équation. Nous avons pu voir que le juge évalue le sérieux des motifs de rupture allégués par l'employeur à la lumière des atteintes causées à l'intérêt de l'entreprise¹⁶³. Cependant, la diminution de la valeur du travail accompli par le salarié ne suffit pas à légitimer son licenciement. De ce point de vue, il paraît peu probable de réduire l'utilité objective de l'engagement au seul intérêt de l'entreprise (A). Pour que le licenciement soit considéré comme légitime, le droit du travail, auquel les parties ont « convenu » de se soumettre, impose en effet à l'employeur de prendre également en compte les intérêts du salarié dont le contrat de travail est sur le point d'être rompu (B). La combinaison de ces deux conceptions de l'utilité confirme alors la justesse d'une assimilation de la disparition de la cause de l'engagement de l'employeur à la perte de son utilité objective.

A. L'improbable réduction de l'utilité objective de l'engagement à l'intérêt de l'entreprise

858. L'intérêt de l'entreprise n'exprime, à notre sens, qu'un intérêt catégoriel qui l'empêche d'accéder au compromis incarné par l'utilité objective. En droit positif, associer l'intérêt de l'entreprise à l'expression d'un intérêt commun à l'employeur et aux salariés nous paraît en

¹⁶³ Voir *supra*, *La permanence de l'intérêt de l'entreprise à travers l'exigence d'une cause réelle et sérieuse*, n°848 et s.

effet constituer sinon une erreur, du moins une dangereuse illusion. L'exposé préalable des arguments en faveur du rattachement de l'intérêt de l'entreprise à une logique conciliatrice (1) permettra ensuite de mieux faire ressortir les obstacles auxquels ils se heurtent (2).

1. La tentative d'un rattachement de l'intérêt de l'entreprise à une logique conciliatrice

859. Comme nous avons pu l'entrevoir¹⁶⁴, la notion d'intérêt de l'entreprise, telle qu'elle est mobilisée par le droit positif, se présente à la fois comme une justification et une limite au pouvoir de l'employeur. Ces deux facettes rejoignent d'ailleurs l'ambivalence de l'article L. 1121-1 du Code du travail¹⁶⁵, et plus généralement de la législation travailliste¹⁶⁶. Est-ce à dire que la notion d'intérêt de l'entreprise se suffit à elle-même au moment d'identifier une conciliation d'intérêts divergents synonyme d'utilité objective ? Une partie de la doctrine semble le suggérer.

860. Pour ces auteurs, l'intérêt de l'entreprise relève d'une construction prétorienne, d'un idéal type¹⁶⁷, qui ne prétend pas recouvrir la réalité des rapports de forces entre l'employeur et ses salariés : il s'agit d'un standard juridique¹⁶⁸, qui permettrait de rapprocher, sans les confondre, des intérêts souvent divergents¹⁶⁹. Dans cette optique, la notion n'a de sens que si

¹⁶⁴ Voir *supra*, n°839 et s.

¹⁶⁵ Pour reprendre les termes du Professeur Jeammaud, *Revue des droits et des libertés fondamentaux*, entretien avec Antoine Jeammaud, Grenoble, mardi 19 juin 2012.

¹⁶⁶ G. LYON-CAEN, *Le droit du travail : une technique réversible*, Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 1995.

¹⁶⁷ « (...) l'intérêt de l'entreprise est conçu au regard d'une certaine conception de l'emploi qui intègre des impératifs sociaux », X. LAGARDE, « La nature juridique de la cause du licenciement ». *JCP* 2000, I, p. 1653.

¹⁶⁸ « (...) cette notion, telle qu'elle ressort de l'analyse des décisions qui s'y réfèrent, semble plutôt s'apparenter à un standard ou à une notion cadre du droit du travail (...). L'intérêt de l'entreprise reste une notion floue et malléable, qui fait allusion à des valeurs et non à une règle ; elle sert de référent à l'application de la règle », M.-Ch. ESCANDE-VARNIOL, *op. cit.*, p. 260 ; B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, p. 1687, « même s'il l'utilise, le juge peut hésiter à définir le concept d'intérêt de l'entreprise afin de n'être pas, à l'avance, prisonnier du carcan d'une définition par lui-même posée. Il a besoin de conserver toute liberté pour décider si la décision ou le comportement contesté est ou non conforme audit intérêt, en tenant compte du contexte industriel, économique, social, financier dans lequel l'entreprise déploie son activité, de sa situation particulière sur chacun des points précédents, des données d'ordre technique ou psychologique de nature à éclairer l'attitude d'un salarié (...). L'intérêt de l'entreprise est, au mieux, un standard d'appréciation de la légitimité d'une décision d'un comportement » ; Y. PAGNERRE, *op. cit.*, p. 169, pour qui « par sa flexibilité, il offre une solution aux problèmes (volontairement) ignorés par le législateur ; il est un standard innommable, un argument facile innocentant le juge - des solutions choisies par lui. L'intérêt de l'entreprise n'est qu'une composante de la loyauté et de la proportionnalité, deux standards aux contenu et fonctions tout aussi diffus ».

¹⁶⁹ Y compris, à lire certains auteurs, lors de l'élaboration de la norme par le législateur, Y. PAGNERRE, *op. cit.*, p. 108, pour qui « l'intérêt de l'entreprise n'est que le produit d'un raisonnement politique destiné à offrir

cet intérêt est distinct de celui de l'entrepreneur, et s'il se dégage également des intérêts propres aux apporteurs de capital, des salariés ou encore des clients¹⁷⁰. Le recours à l'intérêt de l'entreprise ne devrait ainsi pas avoir pour effet de masquer la divergence des intérêts qu'il convient d'arbitrer¹⁷¹, y compris en matière de normes négociées où l'antagonisme demeure malgré l'apparence d'un compromis¹⁷². Avant de s'interroger sur le sens de l'intérêt de l'entreprise, il convient de ne pas perdre de vue que la notion recouvre une addition d'intérêts par nature contradictoires¹⁷³. Ainsi que l'observe Monsieur Emmanuel Gaillard, « *l'intérêt des actionnaires reste la maximalisation du profit et la distribution de bénéfices importants. Celui des salariés guettant au contraire l'augmentation des salaires et la réduction du temps de travail, lui est rigoureusement inverse* »¹⁷⁴.

861. Selon ce courant doctrinal, l'irréductible part d'antagonisme des intérêts en présence ne s'opposerait toutefois pas à la recherche d'un terrain d'entente¹⁷⁵. La définition de l'intérêt de l'entreprise devrait alors être placée sous le signe de la conciliation¹⁷⁶, voire, pour certains, de l'intérêt commun¹⁷⁷. À l'appui de cette démarche, plusieurs auteurs préconisent une

une clé de régulation. Il s'impose comme un guide de légistique évident, les débats parlementaires faisant apparaître la nécessité d'adapter le droit aux réalités des entreprises ».

¹⁷⁰ G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise ». in *Mélanges Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 146.

¹⁷¹ É. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Études et Recherches, Paris, 1985, n°399.

¹⁷² G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1961, tome 27, n°27, « plus que tout autre contrat, la convention collective du travail est une transaction, un véritable compromis entre des intérêts antagonistes, ceux des salariés d'une part, ceux des patrons autres part ; leur collaboration dans le seul intérêt de l'entreprise n'est encore malheureusement qu'un mythe. La convention intervient, soit à la suite d'un conflit (...) soit avant ce conflit et pour le prévenir. Mais peu importe, de toutes façons, le climat dans lequel prend naissance demeure toujours le même : l'opposition des intérêts en est le trait caractéristique ».

¹⁷³ B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, p. 1682 ; voir également G. LYON-CAEN, « L'entreprise en droit du travail ». in *Études de droit contemporain*, Travaux de l'Institut de droit comparé, Éd. Cujas, Paris, 1966, p. 323.

¹⁷⁴ É. GAILLARD, *op. cit.*, n°295 ; dans le même sens, B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, p. 1682, constatant que « la volonté des détenteurs du capital d'obtenir le maximum de profit et de préserver (les deux étant souvent liés) le maximum de souplesse dans l'organisation de l'entreprise ne rejoint que fort modérément les préoccupations des salariés » ; M. TROCHU, « L'entreprise : Antagonisme ou collaboration du capital et du travail ». *RTD com.* 1969, p. 712, pour qui « le travailleur est un bien interchangeable soumis à la loi de l'offre et de la demande. Il ne dispose d'aucun moyen d'investigation réelle sur la marche de la firme. Son intérêt est alors antinomique de celui de l'entrepreneur. Sa préoccupation principale est l'augmentation de son salaire, quelles que soient les possibilités effectives de l'affaire est la situation du marché ».

¹⁷⁵ J. BARTHÉLÉMY, « La négociation d'entreprise, consensualisme ou formalisme ? ». *Dr. soc.* 1988, p. 402, remarquant que si « ces intérêts ne sont pas convergents, ce qui ne signifie pas qu'ils sont incompatibles »

¹⁷⁶ « À l'évidence, l'état de subordination implique une réduction de l'espace de liberté, par exemple la liberté d'aller et de venir. L'équilibre est à rechercher entre d'une part, le respect de ces libertés individuelles, auxquelles on ajoutera le droit de la personnalité, le respect de la vie privée, et, d'autre part, le maintien des prérogatives nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise », A. MAZEAUD, « Contrat de travail (exécution) », *Rep. trav. Dalloz*, n°10.

¹⁷⁷ « Aujourd'hui, l'intérêt de l'entreprise s'est élargi et l'on prend également en compte les intérêts des salariés qui ne sont plus considérés comme des étrangers mais comme des partenaires, au même titre que les

appréhension directe des intérêts catégoriels et leur combinaison selon la méthode du bilan utilise par la jurisprudence administrative¹⁷⁸. On peut tout à fait concevoir que certains défendent l'idée d'un intérêt de l'entreprise commun à ses membres et transcendant l'opposition de leurs intérêts particuliers¹⁷⁹. Mais ce serait, à notre sens, une erreur de considérer que cette conception de l'intérêt de l'entreprise¹⁸⁰ reflète le sens et la fonction que lui assigne le droit positif.

2. Les obstacles au rattachement de l'intérêt de l'entreprise à une logique conciliatrice

862. On sait que l'une des conditions de validité de la clause de non-concurrence, pour ne prendre que cet exemple¹⁸¹, tient à son caractère indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise¹⁸². Dans le même temps, la Cour de cassation vérifie que la clause n'a pas pour effet d'empêcher le salarié d'exercer l'activité qui lui est propre¹⁸³, la clause devant pour cela tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié¹⁸⁴. De plus, la clause de non-concurrence doit être limitée dans l'espace¹⁸⁵ et dans le temps¹⁸⁶. Cela signifie qu'il existe des situations où, bien que la clause soit indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et suffisamment limitée dans le temps et l'espace, sa validité pourra malgré tout être contestée lorsque le salarié, en raison de sa spécialité, ne peut exercer l'activité professionnelle correspondant à ses compétences¹⁸⁷.

fournisseurs ou les créanciers. Aussi les solutions s'efforcent-elles d'établir un certain équilibre entre ces intérêts qui peuvent parfois s'opposer, mais aussi parfois se rejoindre. À tout le moins, c'est dans la voie de la recherche de l'intérêt commun aux différentes composantes de l'entreprise qu'il conviendrait de s'engager », L. ROZÈS, « Entreprise », *Rep. trav. Dalloz*, n°136.

¹⁷⁸ H. LE NABASQUE, *Le pouvoir dans l'entreprise. Essai sur le droit d'entreprise*, thèse Rennes, 1986, p. 494 ; É. GAILLARD, *op. cit.* n°302 ; sur les méthodes d'appréciation de la légitimité des comportements incriminés par l'employeur ou les salariés, voir *supra*, *La permanence de l'intérêt de l'entreprise à travers l'exigence d'une cause réelle et sérieuse*, n°848 et s.

¹⁷⁹ A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigmes de l'entreprise ». *RTD com.* 1985, p. 624, voyant l'intérêt de l'entreprise comme « un rejeton de la notion de bien commun héritée de Thomas d'Aquin et actualisée par les encycliques sociales de l'Église catholique ».

¹⁸⁰ Voire de l'entreprise elle-même, suspecte de « mystification inconsciente ou consciente, mystification qui tend à atténuer l'acuité des luttes sociales et à faire oublier aux salariés leurs véritables intérêts », G. LYON-CAEN, *Manuel de droit du travail*, LGDJ, Paris, 1954, cité par G. COUTURIER, *op. cit.*,

¹⁸¹ Le propos vaut pour les autres clauses imposant au salarié des sujétions portant atteinte à ses droits et libertés fondamentaux, telles les clauses d'exclusivité ou de résidence.

¹⁸² Cass. soc. 14 mai 1992, *Bull. civ. V*, n°309, *D.* 1992, p. 350, note Y. SERRA.

¹⁸³ Cass. soc. 27 février 1996, *RJS* 1996, n°406.

¹⁸⁴ Cass. soc. 10 juillet 2002, *Bull. civ. V*, n°239.

¹⁸⁵ Cass. soc. 27 juin 1984, *Bull. civ. V*, n°229.

¹⁸⁶ Cass. soc. 29 mai 1991, *RJS* 1991, n°836.

¹⁸⁷ Par exemple, Cass. soc. 14 octobre 1992, n°89-43523 ; Cass. soc. 23 janvier 2001, n°98-45578.

863. Si l'intérêt de l'entreprise représentait véritablement un point d'équilibre entre les intérêts particuliers¹⁸⁸, pourquoi, une fois admis que la clause de non-concurrence est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, la Cour de cassation vérifierait-elle au surplus que l'intérêt du salarié, en l'espèce sa liberté de travailler, n'est pas excessivement menacée ? La logique qui anime la chambre sociale ne peut être comprise qu'à la condition d'admettre que l'intérêt de l'entreprise ne recouvre pas l'intérêt du salarié, écartant du même coup toute démarche conciliatrice.

864. Il est en outre douteux que dans les arrêts de la chambre sociale le terme désigne autre chose que la bonne marche de l'activité économique développée par l'entreprise¹⁸⁹. L'intérêt de l'entreprise servi par la clause de non-concurrence traduit le choix de l'employeur de se prémunir contre le risque que fait courir à l'entreprise, la communication à des tiers des connaissances acquises par le salarié au cours de l'exécution de son contrat de travail¹⁹⁰. De la même manière, l'intérêt de l'entreprise défendu par la clause de résidence peut être vu comme la volonté de s'assurer la présence du salarié au plus près du lieu d'activité. L'intérêt du salarié – la liberté du travail ou le libre choix de son domicile – échappe à ces considérations d'ordre exclusivement économique et tournées vers une optimisation de la valeur générée par l'accomplissement du travail salarié.

865. L'opposition entre employeur et salariés ne doit certes pas être exagérée, la rentabilité de l'entreprise constituant sans doute un objectif commun dès lors qu'en dépend le revenu de chacun¹⁹¹. Cependant, la poursuite d'un intérêt commun demeure avant tout ici une affaire de circonstances et n'intervient que de manière incidente. Le célèbre arrêt *Fruehauf*, rendu par la cour d'appel de Paris en 1965¹⁹², avait certes pu nourrir l'espoir des partisans d'une

¹⁸⁸ I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec - Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, 2001, tome 52, n°395.

¹⁸⁹ Sans pour autant être réductible à la notion d'intérêt social, Ph. BISSARA, « L'intérêt social ». *RDS* 1999, p. 5, spé. p. 23, « la notion d'entreprise comme un ensemble organisé de moyens en hommes, en capitaux et en équipements affectés à la production et à la vente de biens et de services peut avoir des effets juridiques dans certains domaines comme le droit du travail ; elle demeure étrangère au droit des sociétés qui ne connaît que l'entreprise commune des associés » ; dans le même sens J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, salariés, quels rapports ? ». *D.* 1999, p. 157.

¹⁹⁰ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°193 et s. et n°1452 ; par exemple Cass. soc. 20 juin 1195, *RJS* 1995, n°891.

¹⁹¹ Ce que suggère l'arrêt *Fruehauf* en affirmant que l'intérêt de l'entreprise « réside essentiellement dans la vie et la croissance de l'organisme économique », CA Paris 22 mai 1965, *D.* 1968, p. 147, note R. CONTIN, cité par G. COUTURIER, *op. cit.*, p. 149.

¹⁹² CA Paris 22 mai 1965, *JCP* 1965 II, n°14274, concl. NEPVEU.

conception « sociale » de l'entreprise¹⁹³, et non pas uniquement centrée sur l'accroissement de la rentabilité de l'activité. Mais « *si, effectivement, l'intérêt des travailleurs avait été mis sur le même plan que celui des apporteurs de capitaux, la suite logique de la jurisprudence Fruehauf aurait dû être de voir les tribunaux accueillir les actions intentées par les syndicats ou les comités d'entreprise et tendant à contester certaines décisions de gestion ou de restructuration* »¹⁹⁴. Or, telle n'a pas été l'orientation choisie par les juges¹⁹⁵.

866. De plus, il n'est pas rare que la recherche d'une rentabilité accrue emporte une destruction de l'emploi et s'oppose alors directement à l'intérêt du salarié¹⁹⁶. En témoigne la jurisprudence de la Cour de cassation qui censure les décisions qui admettent un licenciement économique fondé sur le seul intérêt de l'entreprise¹⁹⁷. Là encore, si l'intérêt de l'entreprise devait incarner cet idéal de conciliation que certains lui reconnaissent, on voit mal pour quelles raisons la chambre sociale ne se satisferait pas de la notion au moment d'apprécier le bien-fondé du licenciement.

867. Plus largement, le rapprochement des antagonismes est parfois rendu difficile par l'absence d'homogénéité des intérêts catégoriels, et en particulier de l'intérêt des salariés. En matière de grève, pour ne retenir que cet exemple, la valeur constitutionnelle de l'arrêt collectif et concerté du travail, en vue d'appuyer des revendications professionnelles¹⁹⁸, n'empêche pas que le mouvement puisse être jugé abusif lorsqu'au-delà d'une perturbation de la production, la grève entraîne la désorganisation de l'entreprise¹⁹⁹. Quoique l'on puisse éprouver quelques difficultés à concevoir une entreprise dont l'organisation serait préservée et

¹⁹³ É. JAUDEL, « Les tribunaux condamnent-ils le capitalisme ? ». *Le Monde* 30 décembre 1969.

¹⁹⁴ A. PIROVANO, « La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? ». *D.* 1997, pp. 189-196 ; sur l'insuffisante prise en compte de l'intérêt des salariés dans le droit des restructurations, voir M. GADRAT, *Restructurations et droit social*, thèse Bordeaux, 2014.

¹⁹⁵ J.-C. FOURGOUX, « De Lu à Lip. La défense de l'entreprise est-elle juridiquement assurée ? ». *Gaz. Pal.* 1973, Doctr. p. 709.

¹⁹⁶ M.-Ch. ESCANDE-VARNIOL, « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise ». *RJS* 2000, p. 264, observant que « *les avocats des employeurs tentent de démontrer que malgré une santé économique prospère, l'intérêt de l'entreprise justifie certains licenciements pour améliorer les résultats financiers de l'entreprise* » et citant plusieurs arrêts en ce sens, notamment Cass. soc. 24 avril 1990, *RJS* 1990, n°481 ; Cass. soc. 30 septembre 1997, *RJS* 1997, n°1297 ; Cass. soc. 7 octobre 1998, *RJS* 1998, n°1350.

¹⁹⁷ M.-Ch. ESCANDE-VARNIOL, *ibidem* ; par exemple Cass. soc. 20 janvier 1999, n°96-45133 : Cass. soc. 9 juillet 1997, *RJS* 1997, n°960.

¹⁹⁸ Selon la définition la plus récente qu'en donne la Cour de cassation, Cass. soc. 23 octobre 2007, n°06-17802.

¹⁹⁹ Cass. soc. 4 novembre 1992, *Bull. civ.* V, n°259 ; plus récemment, la jurisprudence estime que « *ce n'est qu'au cas où la grève entraîne ou risque d'entraîner la désorganisation de l'entreprise qu'elle dégénère en abus* », Cass. soc. 18 janvier 1995, *Bull. civ.* V, n°27.

la production désorganisée²⁰⁰, certains observateurs relèvent néanmoins que le recours à la notion de désorganisation de l'entreprise permet de signifier que le mouvement de grève porte non seulement atteinte aux intérêts de l'employeur, mais peut également s'avérer préjudiciable à la communauté des salariés²⁰¹. Si l'auteur voit sous le vocable d'entreprise, une sorte de point d'équilibre entre intérêt de l'employeur et intérêt des salariés²⁰², on perçoit davantage pour notre part la manifestation d'intérêts divergeant au sein même de la communauté des salariés²⁰³. En témoigne les nombreuses décisions qui qualifient de faute lourde l'entrave à la liberté du travail par les salariés grévistes bloquant l'accès à l'entreprise²⁰⁴, ou l'utilisation des outils de travail²⁰⁵.

868. Avant de conclure sur les obstacles au rattachement de l'intérêt de l'entreprise à une logique conciliatrice, il importe de préciser que notre propos ne vise pas à nier toute consistance à la notion ; c'est un fait que la jurisprudence s'y réfère dans de nombreuses décisions. Mais plutôt que de l'assimiler au produit d'une conciliation d'intérêts divergents, il nous semble plus juste de l'appréhender comme un instrument du contrôle de détournement des pouvoirs de l'employeur. Aux termes de la définition posée par Monsieur Emmanuel Gaillard, on sait que là où le droit subjectif se définit comme la prérogative juridique reconnue à son bénéficiaire dans son intérêt propre, le pouvoir se caractérise, au contraire, par le fait qu'il est confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien²⁰⁶. Rapporté au droit du travail, le détournement de pouvoir serait celui que commettrait le chef d'entreprise qui prétendrait user de ses pouvoirs sans servir l'intérêt de l'entreprise²⁰⁷. Or, le

²⁰⁰ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, n°1452.

²⁰¹ Ch. CHOUKROUN, « La grève et le contrat de travail ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 145.

²⁰² Ch. CHOUKROUN, *ibidem*.

²⁰³ Tout en déplorant que sous l'impact du droit européen, notamment, les limitations à l'exercice du droit de grève se fondent moins sur la liberté du travail que les libertés économiques telles que la liberté d'établissement et la libre prestation des services, par exemple CJUE 11 décembre 2007, *Viking*, J. CAVALLINI, P. CHAUMETTE, « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises ». *Dr. soc.* 2008, p. 110.

²⁰⁴ Cass. soc. 15 mai 2001, *Bull. civ.* V, n°166.

²⁰⁵ Cass. soc. 4 avril 1979, *Bull. civ.* V, p. 228.

²⁰⁶ É. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, thèse Paris, Economica, Études et Recherches, Paris, 1985, n°20.

²⁰⁷ G. COUTURIER, *op. cit.*, p. 151 ; voir également, Ph. WAQUET, « La sanction doit-elle être la même pour tous les auteurs d'une même faute ? ». *Dr. soc.* 1991, p. 620, si l'employeur se sert de son pouvoir « dans un but autre – pour assouvir une vengeance personnelle, par exemple – et même s'il n'y a pas de discrimination apparente, sa décision pourra être contestée » ; P. FRANCK, *Dr. soc.* 1991, p. 622, concl. sous Cass. soc. 15 mai 1991, *Bull. civ.* V, n°236, pour qui le détournement de pouvoir serait caractérisé si la décision de l'employeur « procédait d'autres considérations tenant à la protection d'intérêts purement personnels tels que

contrôle du détournement de pouvoir est un contrôle subjectif portant sur les mobiles de celui qui a accompli l'acte ou pris la mesure en cause ; il n'implique aucune appréciation de l'opportunité de la décision arrêtée par le titulaire du pouvoir²⁰⁸. L'intérêt de l'entreprise ne renvoie donc pas à une pesée d'intérêts divergents par laquelle le juge vérifierait que la mesure prise par l'employeur ne porte pas une atteinte excessive à ceux du salarié.

869. Dans l'hypothèse la plus favorable à la thèse que nous combattons, on admettra volontiers que si la référence à l'intérêt de l'entreprise dans le cadre d'un détournement de pouvoir interdit toute considération d'opportunité, il en va différemment lorsque la jurisprudence lui adjoint le qualificatif de « *légitime* »²⁰⁹. Suivant l'évolution pressentie en 1992 par le Professeur Couturier²¹⁰, l'adjectif permet en effet au magistrat d'apprécier les traductions que l'employeur entend donner à l'intérêt de l'entreprise. On sait que la stipulation d'une clause de résidence, par exemple, doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise²¹¹. Dans un arrêt du 12 juillet 2005, la Cour de cassation a ainsi retenu que la clause litigieuse fonde l'obligation faite à l'avocat de fixer son domicile au lieu d'implantation du cabinet sur la seule nécessité d'une « bonne intégration de l'avocat dans l'environnement local » un tel objectif ne peut justifier l'atteinte portée à la liberté individuelle de l'avocat salarié²¹². Par cette décision, la chambre sociale n'hésite pas à contester la pertinence de l'intérêt de l'entreprise prétendument exprimé par la bonne intégration de l'avocat dans l'environnement local ; elle se fonde du même coup sur des considérations d'opportunité²¹³.

870. La solution constitue une avancée certaine dans l'optique d'un renforcement du contrôle des pouvoirs de l'employeur, mais elle n'est toutefois pas de nature à transformer la perception du rôle joué par l'intérêt de l'entreprise en droit positif. Le raisonnement fait certes

l'assouvissement d'une vengeance ou l'élimination d'un salarié qui aurait cessé de plaire » ; par exemple, Cass. soc. 27 mars 1991, n°89-42511, inédit.

²⁰⁸ G. COUTURIER, *ibidem* ; dans le même sens I. CORNESSE, *op. cit.*, n°333, rappelant que « *la véritable nature du détournement de pouvoir reste celle d'un contrôle subjectif des mobiles ; celui-ci ne semble pas pouvoir opérer une vérification de l'adéquation de la mesure critiquée au but poursuivi* ».

²⁰⁹ « *le but recherché doit correspondre (...) à un intérêt légitime de l'entreprise envisagée de façon abstraite (...)* », I. CORNESSE, *op. cit.*, n°194.

²¹⁰ G. COUTURIER, *op. cit.*, p. 154.

²¹¹ Cass. soc. 12 janvier 1999, *Bull. civ. V*, n°7.

²¹² Cass. soc. 12 juillet 2005, *Bull. civ. V*, n°241.

²¹³ Rejoignant en cela la thèse de Monsieur Gaillard qui estime, à la lumière du droit administratif, que la technique du détournement de pouvoir peut s'accompagner d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, É. GAILLARD, *op. cit.*, n°209 et s.

apparaître l'existence d'un contrôle de la légitimité de l'intérêt allégué²¹⁴, mais celui-ci, loin de prêter à l'intérêt de l'entreprise une vertu conciliatrice, ne fait que confirmer l'insuffisance de la notion pour caractériser le produit d'un rapprochement d'intérêts divergents. La figure de l'intérêt de l'entreprise n'est donc pas davantage ici synonyme d'utilité commune. Elle renvoie plus volontiers à la défense d'un intérêt catégoriel, celui de l'entreprise, et n'intègre pas les préoccupations des salariés, sauf de manière éventuelle et à titre incident. Cette expression d'une utilité subjective doit alors être combinée avec les termes de l'utilité convenue. En droit du travail, l'opération se traduit alors par la prise en compte indéniable de l'intérêt du salarié dans l'appréciation de l'utilité objective de l'engagement de l'employeur.

B. La prise en compte de l'intérêt du salarié dans l'utilité objective de l'engagement de l'employeur

871. À l'image de l'intérêt de l'entreprise, l'intérêt du salarié peut être appréhendé à la fois d'un point de vue objectif et d'un point de vue subjectif. Objectivement, et aux termes de l'utilité convenue de son engagement, la cause de l'engagement du salarié tient au versement d'une rémunération en contrepartie de son travail. Sur le terrain de la cause subjective, les mobiles poursuivis par les salariés sont potentiellement extrêmement variés. En effet, si de nombreuses relations de travail demeurent marquées par la dépendance économique du salarié qui tire du contrat de travail les revenus nécessaires à la satisfaction de ses besoins, toutes ne le sont pas nécessairement²¹⁵. Reste que cette représentation du salariat correspond à la plupart des situations donnant naissance à un contrat de travail²¹⁶. C'est la raison pour laquelle sa conclusion est régulièrement présentée comme une nécessité pour les travailleurs

²¹⁴ Préalablement à un contrôle de nécessité de la mesure tournée vers sa protection, ceci constituant une opération intellectuelle distincte, au même titre que le contrôle de proportionnalité de la sujétion imposée au salarié.

²¹⁵ Il existe « de nombreux salariés qui ne souffrent d'aucune dépendance économique. Certains sont pluriactifs avec une activité salariée principale et une autre secondaire, l'existence de la première n'écartant nullement le caractère salarié de la seconde. D'autres encore ont une fortune personnelle qui leur permet de ne pas travailler mais ils désirent exercer une activité salariée comme forme d'épanouissement », Y. PAGNERRE, « La cause instrument de qualification de contrat de travail ». in *La cause en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2013, p. 35 ; voir également D. GARDES, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, PU Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2013, p. 75, nuanciant cette dimension lucrative et observant que « la fonction sociale et collective semble davantage caractériser le travail ; celui-ci paraît peu ou prou toujours s'apparenter à une activité qui permet de construire un lien avec l'autre et le reste de la société ».

²¹⁶ Rappelons que selon l'INSEE en 2012 les revenus d'activité représentaient en effet plus de 80 % du revenu annuel moyen des personnes âgées de 18 à 64 ans (la part des revenus du patrimoine et des pensions s'élève respectivement à 5,78% et 5,96%) ; dans le même temps la rémunération des salariés constituait 73 % du revenu brut primaire des ménages (contre 19,2 % pour l'excédent brut d'exploitation et les revenus mixtes).

qui ne souhaitent pas se confronter directement au marché et aspirent, au contraire, à un revenu régulier et uniforme, déconnecté des aléas de la conjoncture économique²¹⁷. Dans cette optique, l'intérêt du salarié est donc intimement lié au maintien d'un contrat de travail dont il tire l'essentiel de ses ressources.

872. La loi, comme la jurisprudence, témoignent de cette volonté de faire du licenciement un *ultima ratio*²¹⁸, bien conscientes du préjudice consécutif à la rupture du contrat de travail pour le salarié²¹⁹. Rapportée aux éléments constitutifs de l'utilité objective²²⁰, la considération de l'intérêt du salarié se manifeste, tout d'abord, au titre de l'utilité convenue. Tel que nous avons pu l'observer²²¹, la détermination du contenu obligationnel de l'acte juridique n'est pas que l'affaire des parties ; l'ordre public participe également à la définition du champ de leurs obligations respectives²²², tout particulièrement en droit du travail où se conjuguent sources légales et professionnelles²²³. Ainsi, la conclusion d'un contrat de travail implique l'adhésion

²¹⁷ Ch. RADÉ, « Des critères du contrat de travail ». *Dr. soc.* 2013, p. 202, n°17 ; voir également Th. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail*, LGDJ - Bibliothèque de droit social, Paris, 2010, tome 53, n°10, relevant que si « *en principe, le salarié est un travailleurs soustrait, dans une large mesure, aux conséquences des aléas du marché, il y est de plus en plus confronté dans les faits. Les nouvelles modalités de la rémunération contractuelle participent d'une liaison entre le salaire et les aléas du marché. Le caractère forfaitaire de la rémunération salarial, c'est-à-dire son indépendance à l'égard des aléas du marché, n'est plus assurée. Diverses législations ont ouvert la possibilité d'aligner la durée du contrat sur celle de l'activité. Le temps de l'activité devient celui du contrat* ».

²¹⁸ « *La cause réelle et sérieuse de licenciement n'est que la réplique négative dans le temps de la cause de l'engagement de l'employeur. L'intérêt de l'entreprise ayant justifié celui-ci, l'employeur ne peut légitimement se délier que des lorsque cet intérêt a disparu. Que cet intérêt et demeurer, même amoindrie, sans qu'il ait cherché à le préserver, et il sera condamné puisque le licenciement doit être l'ultima ratio* », L. de LAUNAY, « La tectonique des motifs économiques de licenciement ». *Dr. soc.* 2011, p. 586.

²¹⁹ « *Les contrats successifs créent assez fréquemment des situations telles que la position professionnelle de l'une des parties peut être anéantie par la décision que prend l'autre de résilier. L'incidence de la résiliation peut sembler disproportionnée, si cette résiliation est décidée à la légère. C'est pourquoi la plupart des systèmes juridiques des pays développés assujettissent le licenciement à une condition de fond, dont la formulation varie – cause légitime en droit italien, justification sociale en droit allemand, cause réelle et sérieuse en droit français – , mais dont le contenu est assez convergent : les juges doivent mettre en balance les intérêts, et s'assurer qu'il n'y a pas de disproportion entre l'avantage que l'entreprise retire de licenciement et l'inconvénient majeur, subi par le salarié* », F. GAUDU, « L'exigence de motivation en droit du travail ». *RDC*, 2004, p. 569.

²²⁰ L'utilité objective « *définit librement [par] le juge* » et procède « (...) *d'un savant dosage* » entre « *l'utilité arrêtée d'un commun accord lors de la formation du contrat* », l'utilité convenue, et l'utilité subjective désignant « *l'intérêt du créancier* », Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°182, n°436 et s.

²²¹ Voir *supra* *Le déclin de la liberté contractuelle dans le contenu obligationnel de l'acte juridique*, n°125 et s.

²²² P. ROUBIER, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs ». *APD* 1957, p. 1 ; L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats » in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadiet, G. Cornu, (dir.), Economica, Paris, 1987, p. 9.

²²³ G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, p. 75, n°5 ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, tome 1 : *Les relations individuelles de travail*, PUF, Paris, 1^{re} éd., 2011, p. 34, n°29.

des parties à un ensemble de dispositions qui s'imposent à elles et qui, parce qu'elles sont connues des protagonistes, relèvent de l'utilité convenue.

873. Parmi ces règles, nombreuses sont celles qui traduisent la volonté du législateur de protéger l'intérêt du salarié dont le licenciement est envisagé, à rebours, parfois, de ce que commanderait la prise en compte du seul intérêt de l'entreprise²²⁴. Prenons l'exemple du salarié déclaré inapte à son poste de travail en raison d'une maladie ou d'un accident d'origine non-professionnelle. Du strict point de vue de la bonne marche de l'entreprise, celle-ci n'a semble-t-il aucun intérêt à maintenir le contrat de travail de celui qui n'est plus capable de réaliser le travail pour lequel il a été recruté. Pourtant, l'employeur a l'obligation de rechercher et de proposer au salarié un emploi approprié à ses capacités²²⁵ ; à défaut, le licenciement sera dépourvu de cause réelle et sérieuse²²⁶. Le salarié doit en outre être reclassé en tenant compte des préconisations du médecin du travail²²⁷, et ce, dans un emploi aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé. Le Code du travail va même jusqu'à obliger l'employeur à mettre en oeuvre, si besoin, des mesures telles que des mutations, des transformations de postes de travail ou des aménagements du temps de travail²²⁸.

874. Tout en étant imposé par la loi, ce visage de l'utilité convenue ne peut être incarné sans reconnaître au juge une certaine liberté d'appréciation. Ce dernier dispose en effet de quelques marges de manœuvre au moment de vérifier l'existence d'une menace sur la compétitivité de l'entreprise, ou lorsqu'il doit évaluer la sincérité de la tentative de reclassement du salarié ou d'adaptation de son poste de travail²²⁹. Pourvu que l'employeur satisfasse à son obligation de reclassement, le licenciement sera au final jugé légitime dès lors que le maintien du contrat de travail n'a plus d'utilité pour l'entreprise²³⁰.

²²⁴ En matière de restructurations, et sur la « *limitation du coût social* » de l'opération par le droit social, voir M. GADRAT, *Restructurations et droit social*, thèse Bordeaux, 2014.

²²⁵ C. trav. art. L. 1226-2 al. 1.

²²⁶ Par exemple, Cass. soc. 26 mai 2004 n° 02-43969.

²²⁷ C. trav. art. L. 1226-2 al. 2.

²²⁸ C. trav. art. L. 1226-2 al. 3.

²²⁹ Cette latitude dont constitue, nous l'avons vu, l'une des composante de l'utilité objective.

²³⁰ « *Assujettir l'employeur à des obligations individuelles d'adaptation et de reclassement, c'est bien attendre de lui qu'il fasse la démonstration de ce que tel salarié ne peut plus avoir aucun intérêt pour l'entreprise* », L. de LAUNAY, « La tectonique des motifs économiques de licenciement ». *Dr. soc.* 2011, p. 586.

875. Reste que là encore, il serait plus conforme à une logique de pure rentabilité de licencier et de remplacer sans délais le salarié défaillant. L'importance de l'intérêt de l'entreprise dans l'utilité objective de l'engagement de l'employeur n'est certes pas démentie, mais elle doit compter, comme on le voit, avec les préoccupations sociales tenant à une certaine protection du contrat de travail²³¹ : le juge donne ici « *une teinte sociale* » à l'intérêt de l'entreprise²³². La même analyse peut d'ailleurs être retenue s'agissant de l'interdiction des licenciements qui se révèlent dictés par l'accroissement de la rentabilité de l'entreprise, et non la sauvegarde de sa compétitivité²³³, ou encore à propos de l'obligation faite à l'employeur de mettre en oeuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciement ou en limiter le nombre²³⁴. En définitive, il apparaît que la combinaison d'intérêts sinon antagonistes, du moins divergents, à laquelle se livre ici le juge du travail, participe à l'affirmation d'une légitimité de la rupture du contrat de travail conditionnée à la disparition de la cause de l'engagement. L'encadrement de l'exercice du droit de rompre qui en résulte, tout comme l'emprunt de notions juridiques communes aux différentes branches du droit privé, incitent à voir dans le droit du travail une force de proposition pour un contrôle renforcé de la légitimité de la rupture des actes juridiques en droit privé, en visant les contrats de dépendance.

²³¹ « *les choix économiques l'employeur ayant des incidences sur l'emploi doivent être "moralelement admissible" en un temps de pénurie d'emplois les juridictions du fonds sont invités à réagir à la lumière de cette exigence* », A. JEAMMAUD, « Justice et économie : et le social ? » *Justices* 1995, p. 118 ; *comp.* I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec - Bibliothèque de droit de l'entreprise, n°52, Paris, 2001, n°40, pour qui « *la fonction sociale de l'entreprise n'est pas toujours ignorée mais celle-ci est secondaire par rapport à sa fonction économique* ».

²³² « *Il est de fait qu'en interdisant le licenciement d'économie, la Cour de cassation a fait savoir qu'elle condamnait une conception purement capitaliste de l'entreprise, fondée sur l'idée que celle-ci n'a d'autre but que l'accroissement du capital qui est investi et légitimant de ce fait toutes mesures – y compris des licenciements – de nature à en limiter les charges* », X. LAGARDE, « La nature juridique de la cause du licenciement », *JCP*, 2000 I, pp. 1647-1655, p. 1653.

²³³ Sont par exemple sans cause réelle et sérieuse les licenciements pour motif économique résultant de la décision de transférer la production de France vers Israël en raison d'incitations financières et fiscales attractives, la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe, invoquée dans les lettres de licenciement, n'ayant jamais existé, Cass. soc. 18 septembre 2007, n° 06-42401, *RJS* 2007, n°1265.

²³⁴ C. trav. art. L. 1233-61 et L. 1233-62.

Section 2 : La proposition d'une légitimité conditionnée à la disparition de la cause dans les contrats de dépendance

876. L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique tient à une mise sous condition du bien-fondé de la rupture à la disparition de la cause de l'engagement de la partie qui décide d'y mettre un terme. Cette proposition implique, tout d'abord, une plus large prise en compte de la cause de l'engagement au cours de son exécution **(I)**. Sa crédibilité, aussi bien au plan théorique que d'un point de vue pratique, repose ensuite sur la conviction qu'une assimilation de la disparition de la cause à la perte de l'utilité objective de l'engagement est également possible en droit privé **(II)**, à l'instar de l'appréciation de la légitimité de la rupture du contrat de travail

I. L'extension souhaitable de la prise en compte de la cause de l'engagement au cours de son exécution

877. En droit privé, l'opportunité de cette extension fait écho à la faible prise en compte de la cause de l'engagement au cours de son exécution, et en particulier lors de sa cessation. La place consacrée à l'examen de la cause au moment d'appréhender la rupture du contrat s'y avère, à notre sens, insuffisante comme en témoignent les limites inhérentes à la résolution pour inexécution **(A)**. La proposition d'une légitimité de la rupture conditionnée à la disparition de la cause de l'engagement, suppose d'étendre la prise en compte de la cause au-delà de cette seule technique. En ce sens, l'exemple travailliste invite à soumettre la rupture des contrats de dépendance à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse **(B)**.

A. Les limites du recours à la résolution pour inexécution

878. Une partie de la doctrine semble aujourd'hui admettre l'existence d'une prise en compte de la cause dans la résolution pour inexécution **(1)**. La spécificité du mécanisme empêche néanmoins de concevoir l'expression d'un tel contrôle au-delà de ses frontières. Le domaine de la résolution se cantonne en effet aux ruptures présentant une nature judiciaire. Le recours à la technique est donc exclu dans les nombreux cas où volonté de rompre s'exprime en principe de manière unilatérale **(2)**, notamment en présence d'un contrat à durée indéterminée,

par la mise en oeuvre d'une clause résolutoire ou encore lorsque la rupture est décidée par un contractant à ses risques et périls.

1. L'admission d'une prise en compte de la cause dans la résolution pour inexécution

879. Selon Capitant, le rôle de la cause ne se limite pas au stade de la seule formation du contrat. Si le cocontractant s'engage, ce n'est pas seulement pour obtenir que l'autre s'oblige de son côté. Les deux obligations corrélatives ne sont qu'un premier stade destiné à préparer le résultat définitif qui réside dans l'exécution des prestations promises. Dans un contrat synallagmatique, la cause qui détermine chaque partie à s'obliger est la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qui lui est promise en retour²³⁵. Une grande partie de la doctrine contemporaine retient elle aussi une présentation de la cause associée à l'exécution des contrats²³⁶, là où d'autres auteurs estiment au contraire que la cause n'est qu'une condition de leur validité²³⁷.

880. Si cette lecture de la cause n'est pas exempte de critiques²³⁸, elle a néanmoins le mérite d'être résolument tournée vers l'avenir²³⁹. À ce titre, elle présente l'avantage de situer la notion sur le terrain de la pérennité contractuelle, en traduisant juridiquement la nécessité pour la convention de préserver les intérêts des parties dans le temps²⁴⁰. La résolution pour inexécution, par laquelle le créancier qui ne reçoit pas la prestation prévue au contrat peut être

²³⁵ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, Paris, 3^e éd. 1927, n°14.

²³⁶ Par exemple G. WICKER, *Les fictions juridiques - Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1997, tome 253, n°306 et s. ; J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1969, tome 91, p. 17 ; B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1975, tome 139, n°76., J. CARBONNIER, *Droit civil, Droit civil - Les biens - Les obligations*, PUF, Quadrige, Paris, 22^e éd., 2004, n°979 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit privé, Paris, 3^e éd., 2012, p. 653 ; Ch. LARROUMET, S. BROS, *Les obligations. Tome 3, Le Contrat*, Economica, Traité de Droit civil, Paris, 7^e éd., 2014, n°472 et s. ; A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 14^e éd. 2014, n° 389 et s. ; H. LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision ». in *Mélanges Terré*, PUF, Paris, Dalloz, 1999, pp. 643-659

²³⁷ H., L. et J. MAZEAUD, G. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, tome 1, volume 1, Montchrestien, coll. Leçons de droit civil, Paris, 9^e éd., 1998, n°266 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations*, tome 1, *Les sources*, Sirey, Paris, 2^e éd., 1988, n°210 et 340 ; R. CASSIN, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution ». *RTD civ.* 1945, p. 159.

²³⁸ Voir tout particulièrement Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°108 et s, et *infra*, n°902 et s.

²³⁹ P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil ». in *Mélanges Kayser*, tome II, PUAM, 1979, n° 21, p. 29.

²⁴⁰ A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447, n°627.

lui-même dispensé d'exécuter ses propres obligations²⁴¹, exprime cette prise en compte de la cause de l'engagement au cours de son exécution²⁴². Avec la résolution, le juge est amené à évaluer l'impact du manquement allégué sur la cause de l'engagement dont la rupture est sollicitée²⁴³.

881. Tel que l'observe le Professeur Simler, plusieurs décisions ont clairement fondé la résolution sur l'idée, chère à Capitant, que, par le fait de l'inexécution de l'obligation du débiteur défaillant, qui constituait la cause de celle de son cocontractant, celle-ci était elle-même privée de cause²⁴⁴. Parmi celles qui se réfèrent explicitement à la cause²⁴⁵, on peut citer un arrêt du 10 novembre 1982 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation²⁴⁶. En l'espèce, la cour d'appel de Bordeaux avait prononcé la résolution d'une convention aux torts de X, celui-ci ayant méconnu son obligation de donner mainlevée des actes de poursuite de saisie immobilière. Les juges du fond avaient considéré que cette obligation était la contrepartie nécessaire de l'engagement pris par Y de payer les sommes dues afin d'éviter la vente de l'immeuble sur adjudication publique. Était alors reproché à l'arrêt d'avoir, notamment, violé l'ancien article 1131 du Code civil, aux motifs que *« l'inexécution d'une obligation contractuelle n'entraîne pas la disparition de la cause, laquelle étant une condition de formation des contrats n'est pas susceptible de disparaître lorsqu'elle a bien existé lors de la conclusion de celui-ci »*. La Cour de cassation rejette le pourvoi en énonçant *« que l'obligation qu'avait contractée [X] de donner mainlevée des actes de poursuite de saisie-immobilière était la contrepartie nécessaire de l'engagement de [Y] de lui payer les*

²⁴¹ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 654.

²⁴² Comp. J. ROCHFELD, « Cause », *Rep. civ. Dalloz*, n°112, pour qui *« les décisions ne renvoient pas seulement à une approche objective du manquement, à savoir l'inexécution de l'obligation composant la cause de l'obligation de l'autre partie, mais également à des analyses beaucoup plus larges et subjectives : l'exception d'inexécution ou la résolution sont parfois admises quand l'inexécution porte sur une obligation accessoire ou quand l'attitude du cocontractant a été déloyale »*. L'appréhension de la cause à travers la notion d'utilité objective, que nous étudierons plus loin en droit civil, peut permettre, selon nous, de concilier le propos de Madame Rochfeld avec les tenants d'un conditionnement de la résolution pour inexécution à la disparition de la cause de l'engagement.

²⁴³ *« Pour obtenir la résolution du contrat, il faut d'abord convaincre le juge que le manquement, tel qu'il est, appelle la destruction du contrat. Concrètement, le juge évalue les conséquences de l'inexécution sur la relation contractuelle. Concrètement, le juge évalue les conséquences de l'inexécution sur la relation contractuelle, soit à l'égard de l'opération économique que porte le pacte, soit à l'égard des contractants eux-mêmes »*, Th. GENICON, *op. cit.*, n°433.

²⁴⁴ Ph. SIMLER, J.-Cl., *Civil Code*, Art. 1131 à 1133, Fasc. 20 : Contrats et obligations, Cause, Absence de cause, mars 2010, n°49.

²⁴⁵ Voir notamment les arrêts cités par le Professeur Simler, Cass. civ. 14 avril 1891, *S.* 1894, 1, p. 391 ; Cass. civ. 5 mai 1920, *S.* 1921, 1, p. 298 ; Cass. civ. 1^{re} 5 octobre 1954, *Bull. civ.* I, n° 265 ; CA Paris, 18 octobre 1990, *D.* 1990, inf. rap. p. 284.

²⁴⁶ Cass. com., 10 novembre 1982, *Bull. civ.* IV, n° 346.

sommes dues par son frère (ledit engagement ayant été pris afin d'éviter la vente de l'immeuble sur adjudication publique), et constate que cette obligation n'a pas été remplie dans le délai imparti ». Elle en conclut que « *la cour d'appel [avait] répondu aux conclusions invoquées et prononcé à bon droit la résolution de la convention du 20 mai 1976 pour défaut de cause (...)* ».

882. La première chambre civile de la Cour de cassation avait retenu une solution similaire dans un arrêt du 17 janvier 1995²⁴⁷, approuvant des juges du fond de s'être opposés à la rémunération d'un intermédiaire de vente immobilière en raison de ses manquements dans l'exécution du mandat. L'acte de cession s'étant trouvé privé de tout effet par la faute du mandataire, la Cour énonça que « *si la convention n'était pas, en raison de cette inexécution, initialement entachée de nullité pour absence de cause, il demeure que le paiement de la commission par Mme Y se trouvait désormais dépourvu de cause* ». Ces quelques illustrations ne doivent certes pas masquer le fait qu'en d'autres occasions, peut-être plus nombreuses encore, la Cour de cassation ne juge pas nécessaire de faire appel à la cause pour justifier la résolution du contrat. Il n'en reste pas moins que dans l'optique d'une prise en compte de la cause lors de l'exécution de l'engagement rompu, les décisions qui s'y réfèrent méritent d'être soulignées²⁴⁸. Cela n'empêche pas de reconnaître que pour l'heure, cette conception du rôle de la cause demeure cantonnée au champ d'application de la résolution pour inexécution, lequel se limite aux ruptures judiciaires.

2. Le cantonnement de la résolution pour inexécution aux ruptures judiciaires

883. Le recours à la résolution pour inexécution sur le fondement de l'article 1184 du Code civil ne vise que les contrats dont la rupture doit présenter un caractère judiciaire. Si l'on écarte les hypothèses de résiliations unilatérales prévues par la loi²⁴⁹, ou celles que la jurisprudence, et désormais l'article 1226 du Code civil, autorisent en cas de manquements

²⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère} 17 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n° 29, *JCP* 1995, I, 3843, obs. M. FABRE-MAGNAN, opposée toutefois à cette mobilisation de la cause au stade de l'exécution du contrat.

²⁴⁸ D'autant que rien n'empêche d'analyser l'examen prétorien de la légitimité de la résolution à travers le prisme de la cause, peu important que la décision s'y réfère ou non, en ce sens Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°182, n°433.

²⁴⁹ Pour un panorama de ces dispositions, voir C. CHABAS, « Résolution - Résiliation », *Rep. civ. Dalloz*, n°272 et s.

graves du débiteur²⁵⁰, l'intervention prétorienne se cantonne ainsi à la rupture des contrats à durée indéterminée. Suivant les dispositions de l'article 1780 du même Code interdisant la souscription de contrats de louage de service pour une durée indéterminée, la jurisprudence a en effet forgé un principe général d'interdiction des engagements perpétuels²⁵¹. Il s'ensuit que dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus, offerte aux deux parties²⁵². Le Conseil constitutionnel assimile d'ailleurs cette résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée à l'exercice d'une liberté fondamentale²⁵³.

884. Comme le rappelle Madame Cécile Chabas, ce droit de rompre le contrat est autonome par rapport à la résolution pour inexécution ; il est offert à un contractant de manière alternative²⁵⁴. La prise en compte de la cause de l'engagement rompu au cours de son exécution, dont on a pu voir qu'elle était concomitante à l'examen de la résolution pour inexécution, n'a donc pas sa place dans l'appréciation de la légitimité de la rupture des contrats à durée indéterminée. Aux termes d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation « *en l'absence de disposition légale particulière, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut (...) mettre fin unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus* »²⁵⁵ : en dehors de l'abus, point de salut pour le contractant qui subit la rupture ! Or, on a suffisamment insisté sur les limites de la définition civiliste de l'abus de droit²⁵⁶, le plus souvent fondée sur une conception subjective *via* l'intention de nuire²⁵⁷, pour ne pas se montrer critique à l'égard d'un encadrement aussi léger de la rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée. La réserve est particulièrement forte lorsque ceux-ci prennent

²⁵⁰ Voir *supra*, n°717 et s.

²⁵¹ A. BÉNABENT, *Droit civil : les obligations*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 14^e éd. 2014, n°312.

²⁵² Cass. com. 14 novembre 1989, *Bull. civ.* IV, n°286 ; dans le même sens Cass. civ. 1^{re} 11 juin 1996, *Bull. civ.* I, n°246.

²⁵³ Décision n°99-419 DC du 9 novembre 1999, estimant que « *la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants* », *JCP* 2000, I, 2010, n°4, obs. N. MOLEFESSIS.

²⁵⁴ C. CHABAS, *op. cit.*, n°263.

²⁵⁵ Pour des exemples récents, Cass. com. 26 janvier 2010, n° 09-65086 ; Cass. civ. 1^{re} 21 février 2006, n° 02-21240.

²⁵⁶ Notamment en matière de violence économique, voir *supra*, *Les limites de la conception subjective*, n°149 et s. ; P. ANCEL, « L'apport du droit social à la théorie civiliste de l'abus de droit ». Communication lors du séminaire de l'AFDT, Collège des Bernardins, Paris, le 23 mars 2012.

²⁵⁷ À l'exception notable du contrôle de la fixation unilatérale du prix qui retient une acception objective de l'abus, même si celle-ci suscite quelques réserves, voir *supra*, *L'apport travailliste au renforcement du contrôle objectif de l'abus dans la détermination unilatérale du prix*, n°441 et s.

la forme de contrats de dépendance. L'exemple du droit du travail invite alors à exiger une justification de la rupture de ces derniers par l'existence d'une cause réelle et sérieuse.

B. La justification de la rupture des contrats de dépendance par l'existence d'une cause réelle et sérieuse

885. Au regard de leurs éléments caractéristiques, la justification de la rupture des contrats de dépendance par l'existence d'une cause réelle et sérieuse nous semble opportune (1). Si la proposition peut susciter quelques légitimes réserves, celles-ci s'avèrent néanmoins surmontables (2).

1. Une obligation de justification opportune

886. L'exigence d'une cause réelle et sérieuse, portée par la loi du 13 juillet 1973, s'inscrit à l'opposé de la logique qui sous-tend la référence à l'abus du droit de rompre. Avec elle, on est passé d'un droit discrétionnaire à un droit causé²⁵⁸, d'un licenciement opportunité à un licenciement nécessité²⁵⁹. En d'autres termes, là où le droit civil pose une présomption de licéité, le droit du travail exige de l'employeur qu'il se justifie²⁶⁰. Par ailleurs, nous avons pu constater l'importance de la cause de l'engagement dans le contrôle de la légitimité du licenciement ; à travers la cause réelle et sérieuse, l'examen opéré par le juge procède d'une volonté de faire de la rupture un *ultima ratio*²⁶¹. En droit civil, la résolution pour inexécution témoigne elle aussi d'une prise en compte de la cause au cours de l'exécution de l'engagement résolu²⁶². Or, si le recours au mécanisme ne peut évidemment être envisagé en dehors des ruptures judiciaires, la place qu'il consacre à la cause n'est toutefois pas sans rappeler la fonction occupée par la notion en droit du licenciement : dans les deux cas, c'est la mesure de l'atteinte à la cause de l'engagement qui guide l'appréciation de la légitimité de sa rupture.

²⁵⁸ A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, tome 48, n°175.

²⁵⁹ M. C. BONNETÈTE, *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, n°31

²⁶⁰ X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement ». *Dr. soc.* 1998, p. 891.

²⁶¹ Voir *supra*, *L'affirmation d'une légitimité conditionnée à la disparition de la cause de l'engagement en droit du travail*, n°824 et s.

²⁶² Voir *supra*, *L'admission d'une prise en compte de la cause dans la résolution pour inexécution*, n°882 et s.

887. Puisant ses racines dans un substrat théorique commun – la cause de l’engagement –, la logique qui préside au droit du licenciement peut et devrait être transposée aux contrats de dépendance. Pour cela, il n’est nul besoin d’adhérer à une approche élargie de la notion de dépendance économique²⁶³. À l’appui de la définition « classique » qu’en donne le Professeur Virassamy²⁶⁴, le législateur pourrait conditionner la rupture de cette catégorie de contrats à l’existence d’une cause réelle et sérieuse semblable à celle exigée en droit du travail. Nous songeons ici notamment aux contrats de distribution, de sous-traitance, de concession commerciale, d’intégration en agriculture, de franchisage ou encore de collaboration entre avocats et dont la rupture, à l’image du contrat de travail, est susceptible de créer un préjudice au cocontractant qui la subit²⁶⁵. Les modalités de la soumission de la rupture de ces contrats à l’exigence d’une cause réelle et sérieuse devraient alors traduire ce déséquilibre sur le terrain juridique.

888. L’encadrement du bien-fondé de la rupture se situe dans le prolongement de l’obligation de motiver la décision de rompre. Pour que cette dernière puisse se voir reconnaître une véritable portée normative, nous avons observé que le contrôle de la justification de la rupture, c’est-à-dire son caractère réel et sérieux, devait être opéré à l’aune des motifs allégués par son auteur²⁶⁶, sur le modèle de la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige²⁶⁷. Décider du contraire aurait pour conséquence de réduire considérablement l’avantage probatoire que la motivation accorde à celui qui entend contester la rupture²⁶⁸. La justification de la rupture ne doit donc pas être recherchée ailleurs que dans la motivation qui accompagne

²⁶³ Voir *supra*, *La conception élargie de la dépendance économique : la nécessité de l’échange futur pour l’existence de l’individu*, n°77 et s.

²⁶⁴ Les « *contrats de dépendance* [régissent] *une activité professionnelle dans laquelle l’un des partenaires, l’assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière privilégiée ou exclusive qu’il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de la placer dans sa dépendance économique et sous sa domination* », G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1986, tome 190, n°226.

²⁶⁵ Pour reprendre les mots du Professeur Martinon, « *le droit du licenciement est apparu en réaction afin de pallier le préjudice ne de la perte de l’emploi (...) La correction du droit des contrats, utile à la stabilité contractuelle, réside dans l’institution d’un standard : l’exigence d’une cause réelle et sérieuse de licenciement* », A. MARTINON, *op. cit.*, n°172.

²⁶⁶ Voir *supra*, *L’utilité d’une obligation de motiver la rupture*, n°794 et s.

²⁶⁷ Cass. soc. 13 novembre 1991, *Bull. civ.* V, n°491, *RJS* 1992, p. 35 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014, n°739 et s. ; G. AUZERO, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2015, n°422.

²⁶⁸ Voir *supra*, *Un allègement de la charge de la preuve pour la victime de la rupture*, n°795 et s.

la rupture d'un contrat de dépendance. Motivation et justification vont en effet de pair : « *la motivation solennise le motif en sorte qu'il n'y a pas de justification possible de l'acte en l'absence de motivation* »²⁶⁹. La crédibilité de sa mise en œuvre implique cependant de surmonter les réserves que pourraient nourrir l'exigence d'une cause réelle et sérieuse.

2. Des réserves surmontables

889. Ce passage de la rupture du contrat sous les fourches caudines de la cause réelle et sérieuse peut faire naître quelques légitimes réserves. Qu'elles portent sur l'exercice du droit de rompre (**a**), ou sur le ciblage du débiteur de l'obligation de justification (**b**), ces réserves nous paraissent néanmoins surmontables

a. Les réserves tenant à l'exercice du droit de rompre

890. Mise à mal de la sécurité juridique, immixtion du juge dans la loi des parties, engorgement des prétoires, présumés catégoriels ; les griefs sont connus, identiques à ceux avancés à l'encontre de l'obligation de motiver la rupture des contrats²⁷⁰. Les arguments que l'on peut leur opposer sont eux aussi les mêmes, raison pour laquelle on s'autorisera ici à les résumer à grands traits. Tout d'abord, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse n'aurait pas vocation à régir d'autres ruptures que celles des contrats de dépendance²⁷¹. Le dogme de la résiliation unilatérale soumise à la seule interdiction d'abuser de son droit de rompre n'est donc pas entièrement remis en cause. Plus largement, il faut bien voir que l'obligation de justification ne conteste en aucune façon la faculté de se libérer d'un engagement à durée indéterminée, protégée du reste par le Conseil constitutionnel. Ce qui est visé ce n'est pas tant

²⁶⁹ « *la motivation solennise le motif en sorte qu'il n'y a pas de justification possible de l'acte en l'absence de motivation. Cette solution est d'une profonde originalité qu'elle préfigure l'émergence d'une obligation de motiver propre aux actes juridiques. L'impossibilité de justifier l'acte en dehors de la motivation est de fait un puissant moyen de faire tomber dans l'oubli l'ensemble des faits auxquels ne renvoient pas les motifs invoqués* », X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation : Journées nationales - Limoges - Association Henri Capitant - Tome III*, LGDJ, Paris, 1998, p. 81.

²⁷⁰ Voir *supra*, à propos de l'obligation de motivation, *Une obligation compatible avec la liberté de résiliation des contrats à durée indéterminée*, n°791 et s.

²⁷¹ À l'instar de l'obligation de motivation qui « *ne saurait être imposée dans les situations contractuelles où la faculté de l'un ou l'autre de pratiquer l'unilatéralisme ne s'inscrit pas dans un schéma de relation inégalitaire* », Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie ». *RDC* 2004, p. 587.

l'existence du droit de rompre que la légitimité de son exercice²⁷², de la même manière qu'en droit du travail le licenciement sans cause réelle et sérieuse ne se confond pas avec le licenciement nul²⁷³. Le législateur peut donc tout à fait décider de réguler la rupture des engagements qu'il estime nécessaire d'encadrer.

891. Ensuite, la justification de la rupture ne nous semble pas constituer une obligation excessivement lourde pour la partie qui décide de mettre fin au contrat. Il lui faut simplement démontrer que son engagement a perdu sa raison d'être et qu'en conséquence la rupture s'impose d'elle-même. On peut certes admettre qu'il s'agit là d'une sujétion nouvelle pour l'auteur de la rupture. Néanmoins, la contrainte reste selon nous acceptable au regard du rapport de subsistance ou de nécessité que l'une des parties entretient avec le contrat²⁷⁴. Cet état de fait permet également de résoudre l'épineuse question du ciblage du débiteur de l'obligation de justification.

b. Les réserves tenant au ciblage du débiteur de l'obligation de justification

892. La logique catégorielle qui irrigue la justification de la rupture des contrats de dépendance véhicule une sorte de présomption de dépendance économique de l'un des contractants ; l'agriculteur intégré, l'avocat collaborateur, le franchisé, le sous-traitant ou encore le fournisseur, tout comme le salarié, le locataire ou le consommateur, sont généralement les bénéficiaires de ce que Monsieur Cyril Noblot associe à une entreprise de protection promotionnelle²⁷⁵. Cela étant, et nous le reconnaissons volontiers, il n'est pas

²⁷² Comme l'écrit Madame Fabre-Magnan au sujet de la motivation, « *il y a souvent de façon sous-jacente l'idée que le contractant ayant un "droit" de rompre son contrat, il ne pourrait par conséquent être tenu de motiver sa décision. En réalité, la liaison entre les deux assertions est loin d'être évidente et mériterait d'être approfondie, car il y a différents types de droit et tous ne sont pas discrétionnaires. Il peut donc exister des droits dont l'utilisation est subordonnée à une motivation, c'est-à-dire des sortes de droits-fonctions* », M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 313, n°10. L'argument vaut également, croyons-nous, en matière d'obligation de justification.

²⁷³ En effet, « *admettre l'annulation du licenciement, au motif qu'il est dépourvu d'une cause réelle et sérieuse, révèle une confusion entre l'acte illicite et le droit de licencier injustifié* », A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, Tome 48, n°393.

²⁷⁴ « (...) *un contrat de dépendance économique se caractérise par le fait qu'une partie retire de ce contrat l'essentiel de ses moyens de subsistance il s'agit le plus souvent de son salaire (dans le contrat de travail), plus généralement de l'argent dont elle a besoin pour vivre, mais ce peut être également son logement* », M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004, p. 576.

²⁷⁵ À travers laquelle « *le législateur s'évertue à privilégier un contractant au détriment de l'autre* », C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 382, n°576.

toujours possible de systématiser *a priori* la qualité de partie faible²⁷⁶, à plus forte raison dans les relations entre producteurs et distributeurs où le rapport de force dépend étroitement du marché et des secteurs concernés²⁷⁷. C'est la raison pour laquelle nous avons préconisé que l'obligation de motivation pèse sur l'ensemble des parties aux catégories de contrats associés à la figure d'un lien de dépendance, sans distinguer selon leurs qualités respectives.

893. S'agissant en revanche de l'obligation de justification de la rupture, il ne nous semble pas souhaitable de soumettre à l'identique l'ensemble des contractants. En effet, tel que nous l'avons vu au sujet du licenciement, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse subordonne la légitimité de la rupture à la preuve que l'engagement ne présente plus aucune utilité objective pour celui qui entend y mettre un terme. La Cour de cassation interdit par là le licenciement d'économie, condamnant « *une conception purement capitaliste de l'entreprise, fondée sur l'idée que celle-ci n'a d'autre but que l'accroissement du capital qui est investi et légitimant de ce fait toutes mesures – y compris des licenciements – de nature à en limiter les charges* »²⁷⁸. À travers la cause réelle et sérieuse, la rupture du contrat de travail fait donc figure d'*ultima ratio*²⁷⁹.

894. Cette logique se révèle inadaptée dans l'hypothèse où l'initiative de la rupture émane du contractant jusqu'ici en situation de dépendance économique. Le rapport de nécessité entretenu par la partie faible avec l'acte juridique peut certes laisser penser que c'est rarement elle qui prend la décision de rompre. Mais il ne faut pas perdre de vue que les rapports de force sont susceptibles d'évoluer et que l'état de dépendance n'est pas nécessairement gravé

²⁷⁶ Par exemple, M. FONTAINE, J. GHESTIN, (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1996, tome 261. Sur ce point, droit du travail n'est probablement pas exempt de reproches dans la mesure où aucune obligation de motiver et de justifier la rupture ne pèse sur le salarié démissionnaire, alors même que la perte de ses compétences peut générer un important préjudice pour l'entreprise. Ce n'est toutefois pas une raison, nous semble-t-il, pour se priver du devoir de justification de la rupture érigée par la discipline.

²⁷⁷ Voir M.-L. ALLAIN, C. CHAMBOLLE, « Les relations entre producteurs et distributeurs : bilan et limites de trente ans de régulation ». CECO-964, 2002, <hal-00243000>, « *en France, les fabricants ont été pendant longtemps en position de force vis-à-vis du secteur commercial, qui était surtout constitué de petites entreprises. Cette position est encore celle de la plupart des fabricants pratiquant la distribution sélective [mode de distribution dans lequel les produits du fabricant ne sont présents que chez certain détaillants choisis selon un cahier des charges fixé par le producteur] ou exclusive [contrat de distribution interdisant aux distributeurs de proposer des produits concurrents]. En revanche, pour les produits de consommation courante, l'absence de circuit de production de ce type impose aux producteurs de commercialiser leur production par le biais d'une grande distribution de plus en plus puissante* ».

²⁷⁸ X. LAGARDE, « La nature juridique de la cause du licenciement ». *JCP*, 2000, I, p. 1653.

²⁷⁹ L. de LAUNAY, « La tectonique des motifs économiques de licenciement ». *Dr. soc.* 2011, p. 586.

dans le marbre. Il peut ainsi arriver que l'engagement ne réponde plus au besoin pour lequel il a été souscrit, ou qu'il existe une possibilité de le satisfaire à moindre coût : dans les deux cas le rapport de dépendance à l'égard de l'acte juridique visé n'est plus. En l'occurrence, soumettre la rupture à une cause réelle et sérieuse risquerait de priver l'individu d'une occasion d'être mieux traité, en rompant le contrat initial pour en conclure un autre à des conditions plus avantageuses.

895. Prenons le cas d'un producteur d'œufs dont l'activité dépend des commandes d'une centrale d'achat et réalisant un bénéfice de 2 euros par centaine d'œufs vendus²⁸⁰. Imaginons qu'une enseigne concurrente lui propose d'acquérir sa production à un tarif entraînant le doublement de ses marges. La rupture du premier contrat ne pourra pas reposer sur une cause réelle et sérieuse dès l'instant où la réalisation d'un bénéfice, fut-il moindre, exclut toute absence d'utilité objective à l'engagement du producteur. L'augmentation de ses gains pourrait d'ailleurs être assimilée à la recherche d'un profit accru, comme dans le cas des licenciements d'économie dont on a pu relever l'incompatibilité avec la notion de cause réelle et sérieuse. En conclusion, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse étendue à l'ensemble des contractants risquerait de se retourner contre celui dans l'intérêt duquel elle est pourtant formulée.

896. Afin de contourner cet obstacle, le législateur pourrait opter pour un scénario dans lequel la contestation de la légitimité de la rupture sur le fondement de la cause réelle et sérieuse serait réservée à la partie dépendant du contrat. Concrètement, la partie qui prétend subir un préjudice consécutif à la rupture du contrat devrait apporter la preuve de son état de dépendance sur la base de la définition qu'en donne la Cour de cassation. Aux termes d'un arrêt récent, « *l'état de dépendance économique se définit comme l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise* »²⁸¹. En l'espèce, la chambre commerciale avait écarté toute dépendance économique en s'appuyant sur la faible part de marché de l'entreprise accusée d'abus au sein du territoire concerné, le nombre

²⁸⁰ Hypothèse déjà très optimistes à en juger par la situation des producteurs d'œufs : « Exaspérés par la baisse des prix, les producteurs bretons cassent leurs œufs », *La Tribune.fr*, 8 août 2013

²⁸¹ Cass. com. 12 février 2013, n°12-13603, *Bull. civ. IV*, n°23.

important d'acteurs économiques concurrents dans ce même périmètre et l'absence de clause d'exclusivité²⁸².

897. Dans son rapport annuel, la Cour de cassation précise que la situation de dépendance « doit faire l'objet d'une appréciation au cas par cas »²⁸³, la question clé de l'examen étant de savoir s'il existe une solution équivalente pour le contractant concerné. Par exemple, la dépendance économique d'un distributeur par rapport à son fournisseur, dite « dépendance d'assortiment »²⁸⁴, « s'apprécie en tenant compte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de sa part dans le marché considéré et dans le chiffre d'affaires du revendeur ainsi que de l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents »²⁸⁵. Pour mesurer la dépendance du fournisseur à l'égard du distributeur, le Conseil de la concurrence ne se borne pas à constater une concentration des débouchés de l'entreprise, il recherche lui aussi si une solution équivalente existe. Le Conseil a ainsi considéré qu'un fournisseur n'était pas dépendant d'un acheteur qui représentait pourtant 64 à 88% de ses ventes selon les années, dès lors qu'il n'était pas démontré que l'acheteur disposait d'une position sur son marché qui serait de nature à le rendre incontournable²⁸⁶.

898. Il faut reconnaître que cette conception très stricte de l'abus de dépendance économique et de la notion même de dépendance économique n'est pas toujours propice à l'émergence d'une obligation de la justification de la rupture des contrats de dépendance²⁸⁷. Du reste, nous avons déjà pu déplorer les réticences dont témoigne la Cour de cassation dans la qualification

²⁸² Selon les termes de la solution, « après avoir relevé que, même si la société DHL est leader dans le domaine des transports et du fret, sa part de marché dans les Côtes d'Armor et le Morbihan n'est pas dominante, de nombreux concurrents exerçant une activité similaire dans la région et le recours à la sous-traitance s'expliquant essentiellement par le fait qu'elle n'y dispose pas d'une implantation commerciale forte, l'arrêt retient que la société EAS fret, qui avait déjà d'autres clients, pouvait encore élargir sa clientèle, aucune clause d'exclusivité ne l'en empêchant ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, (...) la cour d'appel a pu retenir que cette société n'était pas en situation de dépendance économique à l'égard de la société DHL et a ainsi justifié sa décision ».

²⁸³ « La notion de dépendance économique en droit de la concurrence », in *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport Annuel 2009, p. 226, où la Cour prend soin de préciser que « la notion de solution alternative équivalente ne doit pas être interprétée dans un sens trop étroit » ; la précaution est du reste vite confirmée par les décisions sélectionnées dans le rapport.

²⁸⁴ À travers laquelle le juge peut sanctionner un producteur refusant de céder un bien ou un service indispensable à la survie ou au développement d'un opérateur économique.

²⁸⁵ Cass. com. 9 avril 2002, n° 00-13921.

²⁸⁶ Aut. conc. 23 juillet 2004, n° 04-D-36.

²⁸⁷ À propos de l'arrêt du 12 février 2013, D. MAINGUY, « L'impasse de l'abus de dépendance économique ». *Lexcellis, le sit'blog*, 17 décembre 2013, consultable sur <http://www.lexcellis-avocats.fr/article-l-impasse-de-l-abus-de-dependance-economique-120100553.html>.

d'une situation de dépendance économique²⁸⁸. Mais cette prudence a cependant le mérite de rassurer ceux qui pourraient craindre une atteinte excessive au droit de rupture unilatérale. En effet, l'objectivité des données mobilisées, et surtout leur connaissance par l'ensemble des contractants, permet à chacun d'anticiper le ciblage de la partie débitrice d'une obligation de justification de la rupture. Tandis que la part de marché d'un fournisseur ou d'un distributeur peut être méconnue par un contractant de bonne foi, ce dernier sait en revanche, ou en tous cas ne peut légitimement ignorer²⁸⁹, si le service qu'il propose peut ou non trouver un équivalent sur le secteur d'activité ciblé. Cette proposition n'a d'ailleurs rien d'iconoclaste à en juger par les Principes du droit européen des contrats qui optent pour une rédaction similaire afin de sanctionner le contractant qui tire un profit excessif ou un avantage déloyal de l'état de vulnérabilité de son partenaire. L'article 4.109 des Principes dispose ainsi qu' « *une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat, (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou dans une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation, (b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif* ». L'élargissement de la prise en compte de l'engagement au cours de son exécution, porté par l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, nous paraît donc crédible. Elle est également possible dès lors que la cause dont il est ici question peut, à l'instar du droit du travail, être assimilée à l'utilité objective de l'engagement rompu.

II. L'assimilation possible de la cause à l'utilité objective de l'engagement

899. En droit civil, la proposition d'une légitimité de la rupture de l'acte juridique conditionnée à la disparition de la cause cible tout particulièrement les contrats de

²⁸⁸ Voir *supra*, *L'atrophie de la sanction de l'abus de dépendance économique*, n°217 et s.

²⁸⁹ On retrouve ici la logique qui caractérise la mise en évidence de l'engagement unilatéral de volonté, à ce propos M.-L. IZORCHE-MATHIEU, *L'avènement de l'engagement unilatéral de volonté en droit contemporain*, thèse Aix-Marseille 3, PUAM, 1995, n°143, pour qui « *si la déclaration et des précisions font de l'offrant un véritable engagement juridique, ce n'est pas tant parce qu'elles constituent des faits objectifs auxquels les tiers font confiance, que parce qu'elles interviennent comme des révélateurs de l'existence, chez le sujet, d'une conscience des conséquences probables attachées à celles-ci* ».

dépendance. Fondée sur une prise en compte de la cause de l'engagement au cours de son exécution, l'obligation de justification s'y trouve incarnée par l'exigence d'une cause réelle et sérieuse à la rupture. Le propos ne repose pas uniquement sur des considérations d'opportunité et déconnectées de la pratique juridique. En effet, tel que nous l'avons observé en droit du travail, la référence à la cause réelle et sérieuse renvoie directement à la disparition de la cause de l'engagement du contractant qui entend y mettre un terme²⁹⁰. De même, nous avons démontré que la cause dont il s'agit ici pouvait être assimilée à l'utilité objective de l'engagement²⁹¹. Or, il est permis d'observer que cette assimilation ne doit pas être, et n'est pas, réservée au droit du travail. Elle est également possible ailleurs, déjà à l'œuvre dans la jurisprudence de la Cour de cassation²⁹².

900. Bien qu'il s'agisse le plus souvent d'arrêts isolés, ce qui interdit de trop systématiser cette lecture du droit privé, il n'en demeure pas moins que la conception de la cause qu'ils consacrent a le mérite d'exister. Ces décisions, dont la substance rappelle le contrôle du licenciement opéré par le juge du travail, peuvent, en outre, être perçues comme autant de « modèles » pour un meilleur encadrement de la rupture des actes juridiques. L'assimilation de la cause à l'utilité objective mérite ainsi d'être défendue aussi bien en matière de résolution pour inexécution (A), qu'au titre de la caducité du contrat (B).

A. L'assimilation de la cause à l'utilité objective de l'engagement dans la résolution pour inexécution

901. L'utilité objective « définie librement [par] le juge », résulte « (...) d'un savant dosage » entre « l'utilité arrêtée d'un commun accord lors de la formation du contrat », l'utilité convenue, et l'utilité subjective désignant « l'intérêt du créancier »²⁹³. Loin de constituer un cas d'école, ce mode d'appréciation de l'utilité de l'engagement est à l'œuvre dans plusieurs décisions rendues en matière de résolution judiciaire, lorsque le juge refuse de résoudre le contrat alors même que l'un des contractants méconnaît les stipulations convenues. La Cour

²⁹⁰ Voir *supra*, L'assurance d'une prise en compte par l'exigence d'une cause réelle et sérieuse au licenciement, n°839 et s.

²⁹¹ Voir *supra*, L'assimilation bienvenue de la cause à l'utilité objective de l'engagement, n°855 et s.

²⁹² Voir Th. GENICON, « Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse ». *RDC* 2013, p. 1321, et les arrêts cités par l'auteur.

²⁹³ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°182, n°436 et s.

de cassation a par exemple rejeté les demandes de résolution dans des hypothèses où l'un des contractants n'avait pas accompli sa prestation dans le délai stipulé²⁹⁴. De manière encore plus radicale, les hauts magistrats ont pu décider de maintenir l'engagement tandis que l'un des contractants avait adopté un comportement prohibé par le contrat à peine de résolution²⁹⁵.

902. Ces quelques illustrations jurisprudentielles témoignent de ce que la résolution du contrat ne saurait dépendre de la seule existence d'un manquement du cocontractant aux stipulations contractuelles, autrement dit l'utilité convenue²⁹⁶. La résolution ne se résume pas davantage à l'allégation d'une perte d'intérêt à l'opération économique par la partie qui sollicite sa rupture, ce qui ressort de l'utilité subjective. Mêlant ces considérations, la résolution repose plus volontiers sur l'évaluation prétorienne de l'impact du manquement à travers ses conséquences sur l'utilité de l'engagement de la partie qui souhaite en être libérée²⁹⁷. L'exigence d'une inexécution « *suffisamment grave* »²⁹⁸ épouse ici les contours de la conception objective de l'utilité, parfaitement compatible, du reste, avec son assimilation à la cause de l'engagement.

²⁹⁴ Par exemple, Cass. civ. 1^{re} 19 avril 2005, n°02-1138, ayant approuvé la cour d'appel qui « *a relevé que le retard de 4 jours dans la livraison du véhicule n'était pas suffisamment grave pour prononcer la résolution du contrat dès lors que le vendeur en avait averti l'acquéreur dès avant l'expiration du délai et qu'il avait accepté de prendre à sa charge les conséquences pécuniaires de ce léger retard* » ; dans le même sens Cass. civ. 3^e 4 février 1987, n°85-14204, « *attendu que saisie d'une demande de résolution fondée sur un retard d'exécution de travaux, la Cour d'appel, après avoir relevé que la réalisation du lotissement s'était déroulée dans des délais non excessifs, compte tenu des contraintes administratives, a souverainement retenu que le fait pour M. Y... d'avoir pris un engagement qu'il ne serait pas en mesure de respecter n'était pas suffisant pour justifier la résolution de la vente* ».

²⁹⁵ Cass. com. 18 février 1963, *Bull. civ.* IV, n°106, « *attendu d'autre part que les juges d'appel qui en l'absence d'une clause résolutoire expresse avaient le pouvoir d'apprécier si une infraction à une clause du bail était suffisamment grave pour motiver sa résiliation* ».

²⁹⁶ *Comp. Ph.* SIMLER, J.-Cl., Civil Code, Art. 1131 à 1133, Fasc. 20 : Contrats et obligations, Cause, Absence de cause, mars 2010, n°45, refusant que soit pris en compte autre chose que la cause objective de l'obligation, « *et en aucun cas de la cause subjective du contrat, c'est-à-dire du motif déterminant. La raison pour laquelle la disparition de la cause subjective en cours de contrat ne peut, contrairement à la cause objective, être prise en compte est aussi simple que déterminante. Le motif déterminant est une réalité fugace. Admettre que sa disparition postérieure au contrat puisse en affecter la force obligatoire ruinerait la sécurité du commerce juridique* ».

²⁹⁷ « *Pour obtenir la résolution du contrat, il faut d'abord convaincre le juge que le manquement, tel qu'il est, appelle la destruction du contrat. Concrètement, le juge évalue les conséquences de l'inexécution sur la relation contractuelle, soit à l'égard de l'opération économique que porte le pacte, soit à l'égard des contractants eux-mêmes* », Th. GENICON, *op. cit.*, n°433.

²⁹⁸ Ch. LARROUMET, S. BROS, *Les obligations. Tome 3, Le Contrat*, Economica, Traité de Droit civil, Paris, 7^e éd., 2014, n°711, estimant que « *l'inexécution imputable au débiteur doit être suffisamment grave pour que l'obligation de l'autre partie manque de cause* ».

903. L'examen décrit par Monsieur Genicon ne se limite toutefois pas à la seule prise en compte de la situation du créancier de l'obligation inexécutée. Comme sa définition l'indique, si l'utilité objective résulte de la combinaison de l'utilité convenue et de l'utilité subjective, elle est aussi « *librement définie* » par le juge²⁹⁹ : la résolution du contrat relève dans une certaine mesure d'une décision d'opportunité. En ce sens, le Professeur Genicon met parfaitement en évidence la prise en compte prétorienne des intérêts des tiers au contrat³⁰⁰, mais également ceux du débiteur dont le comportement est pourtant allégué au soutien de la rupture³⁰¹. Au titre des premiers, citons un arrêt du 15 avril 1986 par lequel la Cour de cassation refusa de prononcer la résolution d'une vente au motif que celle-ci préjudicierait aux tiers³⁰². En l'espèce, un immeuble avait été acquis par une société grâce à un emprunt, puis divisé en plusieurs appartements finalement revendus. Le crédit n'ayant pas été remboursé, le prêteur assigna le vendeur en résolution de la vente. La caisse de garantie des notaires qui avaient réalisé la vente intervint pour honorer la dette ; la cour d'appel accepta l'offre de paiement et décida qu'elle rendait sans objet la demande de résolution. Pour approuver le raisonnement des juges du fond, la Cour de cassation releva, notamment, « *que la résolution de la vente préjudicierait aux acquéreurs des appartements de l'immeuble* », autrement dit à des tiers à la vente initiale.

904. Dans une autre décision du 22 mars 1983³⁰³, une société avait été déclarée adjudicataire d'un immeuble saisi moyennant le paiement ou la consignation de son prix dans les quatre mois de l'adjudication. Faute de s'être acquitté de son obligation, l'ancien propriétaire de l'immeuble, Madame X, forma une action en résolution de la vente. La Cour d'appel de Paris rejeta sa demande aux motifs, notamment, que la résolution de la vente obligerait le créancier de Madame X d'engager une nouvelle poursuite de saisie immobilière. Cette dernière forma un pourvoi en cassation et fit valoir « *les juges du fond, pour rejeter une demande en résolution d'une vente, ne peuvent se fonder que sur des considérations qui relèvent, soit du débiteur, soit du créancier, qu'en retenant essentiellement les intérêts de tiers* ». La Cour de cassation rejette néanmoins le pourvoi, estimant que « *les juges du fond, saisis d'une demande*

²⁹⁹ Th. GENICON, *op. cit.*, n°436.

³⁰⁰ Th. GENICON, *op. cit.*, n°507 et s.

³⁰¹ Th. GENICON, *op. cit.*, n°511 et s.

³⁰² Cité par Monsieur Genicon, Cass. civ. 1^{re} 15 avril 1986, *Bull. civ. I*, n°84, *RTD civ.* 1987, obs. J. MESTRE, p. 315.

³⁰³ Toujours citée par Monsieur Genicon, Cass. civ. 3^e 22 mars 1983, *Bull. civ. III*, *Deffrénois* 1984, obs. J.-L. AUBERT.

en résolution judiciaire de vente, disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier si les manquements établis à la charge de l'acquéreur sont suffisamment graves pour justifier cette mesure ». Là encore, la jurisprudence autorise la prise en compte de l'intérêt d'un tiers au contrat pour apprécier le bien-fondé de la demande de résolution.

905. Les intérêts du débiteur sont également susceptibles de guider l'appréciation du juge. En effet, « *la considération du coût économique de la destruction du contrat* »³⁰⁴, peut conduire à maintenir le contrat malgré l'inexécution du débiteur. Dès 1945, Cassin observait qu'en matière de démolition d'immeubles les juges ont la faculté, au lieu d'accorder la destruction des ouvrages défectueux, de décider que ces travaux ne seront pas détruits à raison de l'utilité sociale de leur maintien ou des sacrifices excessifs qu'exigerait leur remplacement³⁰⁵. « *Le juge* », considère Monsieur Thomas Genicon, « *peut préférer finalement sacrifier les intérêts du créancier, s'il apparaît surtout que le bénéfice que ce dernier retirera de la résolution est sans commune mesure avec le préjudice qu'elle causerait au débiteur* »³⁰⁶. Ainsi, l'article 7.3.1 des Principes Unidroit considère que : « *1) Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie 2) Pour déterminer ce qui constitue une inexécution essentielle, on prend, notamment, en considération les circonstances suivantes : (...) e) le débiteur subirait, en cas de résolution, une perte excessive résultant de la préparation ou de l'exécution du contrat* ».

906. La jurisprudence de la Cour de cassation fournit elle aussi l'illustration d'une prise en compte des investissements réalisés par un débiteur défaillant, afin d'écarter la résolution du contrat. Selon un arrêt du 7 juillet 1987 rendu par la chambre commerciale³⁰⁷, une société avait livré à un particulier, Monsieur X., un système informatique de gestion dont les dysfonctionnements avaient différé le moment de son exploitation effective. En réaction, le client n'avait pas versé la totalité de la somme due à la société et celle-ci l'assigna alors en paiement du solde restant. À titre reconventionnel, Monsieur X. demanda la résolution du contrat. La cour d'appel avait accueilli la demande de la société en faisant valoir que « *si un délai devait séparer la livraison de la mise en service effective, une durée de plus de dix mois,*

³⁰⁴ Th. GENICON, *op. cit.*, n°515 à 517.

³⁰⁵ R. CASSIN, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution ». *RTD civ.* 1945, p. 149, cité par Th. GENICON

³⁰⁶ Th. GENICON, *op. cit.*, n°516.

³⁰⁷ Cass. com. 7 juillet 1987, n°85-16976.

s'agissant d'un système ayant fait l'objet d'une étude préalable, ne pouvait qu'être tenue pour anormale ». Pour rejeter le pourvoi de Monsieur X, la Cour de cassation considéra que le juge du fond, « *dans l'exercice de son pouvoir souverain (...) sans inverser la charge de la preuve sur les conséquences de ses propres constatations, a estimé que les délais de mise au point du système n'impliquaient pas que la société Kienzle ait manqué à ses obligations et que les incidents survenus ne justifiaient pas la résolution du contrat liant les parties* ». Il est vrai que de telles solutions demeurent assez rares³⁰⁸, mais elles n'en incarnent pas moins l'exemple d'une appréciation circonstanciée du bien-fondé de la résolution, propre à rendre compte des obstacles que peut légitimement rencontrer le débiteur d'une obligation. En toutes hypothèses, le raisonnement permet, selon nous, une meilleure appréhension du véritable impact du manquement allégué sur l'utilité, autrement dit la cause, de l'engagement de la partie qui sollicite la rupture du contrat.

907. Il en va de même lorsque le juge refuse de résoudre le contrat au regard de son « *caractère vital* » pour le débiteur³⁰⁹, hypothèse que les situations de dépendance économique, notamment, invitent bien évidemment à prendre en considération. En matière de baux, par exemple, nombreux sont les arrêts des juridictions d'appel qui, pour refuser la résolution du bail, cherchent à minimiser les manquements du locataire. Les juges du fond évoquent tour à tour le droit au logement du locataire³¹⁰, l'effort méritoire du preneur et ses difficultés financières attestées³¹¹, ou encore les problèmes de santé des locataires de nature à expliquer les retards intervenus dans les paiements des loyers³¹². Il ressort de ces décisions que lorsque la disparition de la convention risque de mettre le débiteur en difficulté, en raison de la situation qu'il lui assurait le juge peut être tenté de faire passer les intérêts du créancier au second plan et le contraindre à demeurer partie à un contrat qui a pourtant perdu une partie, voire une bonne partie, de son intérêt à son égard³¹³.

³⁰⁸ Les juges du fond paraissent plus enclins à suivre cette analyse mais ils sont hélas régulièrement censurés par la Cour de cassation, par exemple, Cass. civ. 3^e 16 décembre 1987, *Bull. civ.* III, n°204 ; moins timorée apparaît la Common law et son recours aux *implied terms* afin de contrôler la mise en oeuvre de prérogatives contractuelles, y compris en matière de clauses résolutoires qu'elle n'hésite pas à écarter selon les circonstances, voir B. FAUVARQUE - CAUSSON, « Les arrêts « Paragon Finance » et « Rice v. Great Yarmouth Borough Council » : où l'on voit le droit anglais recourir à diverses techniques d'interprétation des contrats afin de contrôler l'exercice des pouvoirs contractuels ». *RDC* 2004, p. 483

³⁰⁹ Th. GENICON, *op. cit.*, n°518 et s.

³¹⁰ CA Reims 30 novembre 1995, RG n°286/94.

³¹¹ CA Besançon 2^e ch. civ. 7 novembre 2000, RG n°98/01170.

³¹² CA Colmar 3^e ch. À 10 février 1997, RG n°9601203.

³¹³ Th. GENICON, *op. cit.*, n°511.

908. En cela, « la résolution pour inexécution en droit français ne s’inscrit pas exclusivement dans la logique de la justice commutative, comme on aurait pu le croire, (...) elle est aussi touchée par des considérations qui relèvent davantage de la justice distributive : le contrat est quelque peu détourné par le juge, afin de ménager des intérêts qui sont étrangers à l’opération initialement envisagée »³¹⁴. On pourra toujours craindre que cette immixtion du juge dans le projet contractuel ne porte une atteinte excessive à un contrat conçu comme un instrument de prévision, encore que la maîtrise du futur appartient le plus souvent aux seuls contractants ayant la faculté de peser sur le contenu contractuel. Ce serait toutefois méconnaître, d’une part, que ce pouvoir modérateur n’a rien de nouveau³¹⁵, comme en témoignent les exemples précités. Pour preuve l’arrêt du 22 mars 1983 dans lequel la Cour de cassation avait approuvé les juges du fond ayant rejeté une demande résolution en affirmant très clairement que la cour d’appel était en droit de tenir compte, dans l’exercice de ce pouvoir, de toutes les circonstances de la cause intervenues jusqu’au jour de sa décision³¹⁶. D’autre part, et tel que nous avons déjà pu l’envisager à propos de l’activation prétorienne du standard juridique³¹⁷, rien ne permet d’affirmer que l’examen judiciaire fera preuve d’une audace excessive et de nature à compromettre les attentes légitimes des parties³¹⁸.

909. Cette conception de la cause et de son rôle dans la résolution pour inexécution se démarque dans une assez large mesure des théories de Capitant, et tout particulièrement au sujet du rôle dévolu au magistrat dans le contrôle de la rupture. Monsieur Genicon met ainsi en évidence « *l’imprécision qui affecte la pensée de Capitant* » oscillant « *selon les cas entre une notion subjective et une notion objective* » de la cause³¹⁹. Observant la prépondérance d’une conception objective de la cause en tant que justification de la résolution pour inexécution, l’auteur démontre que le raisonnement de Capitant ne fait finalement rien d’autre que de reproduire la logique qui sous-tend le jeu de la clause résolutoire présumée, alors que le point de départ de sa démonstration résidait précisément dans la négation de ce mécanisme.

³¹⁴ Th. GENICON, *op. cit.*, n°506.

³¹⁵ Th. GENICON, *op. cit.*, n°522.

³¹⁶ Cass. civ. 3^e 22 mars 1983, *Bull. civ.* III.

³¹⁷ Voir *supra*, *L’activation subsidiaire du standard juridique*, n°290 et s.

³¹⁸ Th. GENICON, *op. cit.*, n°522, « *il n’est pas impossible que le juge accueille avec circonspection la liberté qu’on prétend lui offrir : tel un animal longtemps attaché, il ne s’aventurera guère, par habitude et par prudence, à aller franchement au-delà du périmètre que la longueur de sa chaîne désormais retirée lui permettait seulement de fouler* ».

³¹⁹ Th. GENICON, *op. cit.*, n°108 à 110.

En effet, « *l'idée fondamentale est la même pour les deux théories : le contrat doit être détruit parce que c'est ce qu'ont voulu les parties* »³²⁰. Monsieur Genicon souligne enfin les conséquences de cette analyse sur le rôle nécessairement « *modeste* » du juge de la résolution, réduit à la seule recherche de la commune intention des parties, sans pouvoir apprécier « *l'opportunité de la destruction du pacte* »³²¹.

910. Nonobstant la force des arguments avancés à l'encontre de la théorie de Capitant, il ne nous paraît pourtant pas opportun de rejeter en bloc l'idée d'un contrôle de la légitimité de la rupture de l'acte juridique conditionnée à la disparition de la cause de l'engagement. À travers les critiques formulées, nous avons la conviction qu'il s'agit moins de nier toute utilité à la cause au stade de l'exécution de l'acte juridique, que de contester une « *conception volontariste de la résolution pour inexécution* »³²² qui tend à réduire l'office du juge à la portion congrue, tout en ne rendant pas toujours compte de son exacte portée. En témoigne l'analyse de la résolution contractuelle à travers le prisme de l'utilité objective qui a permis de mettre en lumière l'étendue du pouvoir modérateur du juge, au moment d'apprécier la disparition de la cause de l'engagement du cocontractant qui sollicite la rupture du contrat. Cette conception de la cause se répercute d'ailleurs sur l'appréciation de la caducité du contrat.

B. L'assimilation de la cause à l'utilité objective de l'engagement dans la caducité du contrat

911. À en juger par la définition qu'en donne certains ouvrages, la référence à la caducité de l'acte juridique au stade de son exécution, le plus souvent à travers le genre contractuel, tiendrait du paradoxe. Le Vocabulaire juridique Cornu voit, en effet, dans la caducité un état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte initialement valable, du fait que la condition à

³²⁰ Th. GENICON, *op. cit.*, n°112, « *alors pourtant que son point de départ était précisément la négation de la condition résolutoire, il y retombe nécessairement. Comment pourrait-il en être autrement puisqu'il fonde tout le mécanisme de la résolution pour inexécution sur la volonté ? Comment aboutir à autre chose dès lors que l'idée fondamentale est la même pour les deux théories : le contrat doit être détruit parce que c'est ce qu'ont voulu les parties ?* »

³²¹ Th. GENICON, *op. cit.*, n°113.

³²² Th. GENICON, *op. cit.*, n°114, ce que l'auteur entreprend d'ailleurs avec succès en défendant une conception objective de l'utilité du contrat.

laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur³²³. Cette perception de la caducité paraît donc exclure de son champ d'application les contrats qui ont pu faire l'objet d'une exécution pleine et entière³²⁴.

912. Trop restrictive au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation qui entend plus largement la caducité³²⁵, nous lui préférerons les conceptions qui ne subordonnent pas la mise en œuvre du mécanisme à l'existence d'un acte juridique mal ou partiellement exécuté. En ce sens, l'article 1131 de l'avant-projet Catala dispose que « *la convention valablement formée devient caduque par la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité* ». De même, les Professeurs Terré, Simler et Lequette définissent la caducité comme la sanction frappant un acte régulièrement formé mais qui perd, postérieurement à sa conclusion, un élément essentiel à sa validité ou un élément nécessaire à sa perfection, du fait de la survenance d'un événement indépendant de la volonté des parties ou dans la dépendance partielle de leur volonté³²⁶. Au titre de la disparition d'éléments essentiels à la validité de l'acte juridique appréhendée *postérieurement à sa conclusion*, on songe naturellement ici à la cause de l'engagement rompu. Du reste, le nouvel article 1186 du Code civil issu de la réforme du droit des contrats dispose désormais qu' « *un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* ».

³²³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013, p. 128 ; voir également Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1963, tome 43, n°117, expliquant que « *la caducité n'agit jamais rétroactivement, du fait même qu'elle ne peut jouer que dans des cas où l'acte juridique, n'a pas encore reçu de commencement d'exécution* » ; V. WESTER-OUISSE, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer ». *JCP G.*, 2001, I, 290, estimant que « *la caducité suppose que le contrat ait connu une période de validité, voire un commencement d'exécution* ».

³²⁴ L'ouvrage précité précise en effet que le terme « caduc » renvoie à « *un acte juridique valablement formé mais attendant encore de l'avenir, pour sa pleine efficacité, un élément de perfection (...) qui tombe sans valeur sous le coup d'un événement ultérieur du fait que celui-ci, au contraire de lui apporter l'élément attendu, en marque la défaillance* », G. CORNU, *op. cit.*

³²⁵ Par exemple, Cass. civ. 1^{re} 16 décembre 1986, *Bull. civ. I*, n°301, *RTD civ.* 1987, p. 750, obs. J. MESTRE ; Cass. civ. 1^{re} 13 octobre 2008, *Bull. civ. I*, n°241, *RTD civ.* 2009, p. 118, obs. B. FAGES ; *RDC* 2009, p. 49, obs. D. MAZEAUD ; voir plus largement J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat ». *RDC* 2004, p. 53.

³²⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n°82 ; dans le même sens C. BRENNIER, « Acte juridique », *Rep. civ. Dalloz*, n°158 et s.

De prime abord, le nouveau droit commun paraît s’opposer à la reprise des solutions ayant retenu la caducité du contrat en raison de la disparition de sa cause³²⁷. De plus, on sait que la Cour de cassation se refuse à faire application de la caducité en matière de clause de non-concurrence stipulée au bénéfice d’une entreprise ayant disparu³²⁸. Malgré ces obstacles, la notion d’ « éléments essentiels » pourrait cependant autoriser le juge à apprécier si l’opération voulue par les parties conserve toujours une utilité au stade de son exécution. Comme l’explique le Professeur Wicker, « lorsqu’il s’agit de préciser quels sont les éléments du contenu du contrat dont la disparition provoque son extinction, force en est de revenir aux éléments essentiels de ce contenu que sont l’objet et la cause »³²⁹. Ce serait d’ailleurs là l’occasion de rendre un hommage appuyé à une réforme inspirée, notamment, par le souhait de mieux appréhender les contrats à exécution successive.

913. Encore faut-il que cette disparition – l’objet ou la cause de l’acte juridique, ou la survenance d’une condition suspensive – soit irréversible³³⁰. Elle doit en outre présenter un caractère non-fautif³³¹, voire accidentel³³², sans que ce dernier aspect de la caducité ne fasse cependant l’unanimité de la doctrine³³³. En effet, comme le souligne avec vigueur Madame

³²⁷ V. D. Nemtchenko, « Réforme du droit des contrats et des obligations : la caducité du contrat ». Lexbase Hebdo éd. priv. 2016, n°646.

³²⁸ Soc. 21 janvier 2015, n°13-26374, RDT 2015, p. 181, nos obs. ; Lexbase hebdo, éd. soc., 5 févr. 2015, note S. Tournaux.

³²⁹ G. Wicker, *op. cit.*, n°38.

³³⁰ Conduisant certaines auteurs à considérer que la force majeure définitive emporte caducité du contrat lorsqu’elle rend son exécution impossible, P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l’étude de la force majeure*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1992, tome 220, n°236 ; A. CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, PUAM, 2001, n°345 ; voir aussi G. WICKER, H. BOUCARD, « Les sanctions relatives à la formation du contrat – Projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 37.

³³¹ Ce qui n’interdit pas que la cause de la caducité puisse résider dans un comportement volontaire, comme par exemple lorsque l’absence de levée d’option par le bénéficiaire d’une promesse unilatérale entraîne la caducité de cette dernière, Cass. civ. 3^e 3 octobre 1971, *Bull. civ.* III, n°499, Cass. civ. 3^e 8 octobre. 2003 : *Bull. civ.* III, n°176 ; voir également R. CHAABAN *op. cit.*, n°30, pour qui la caducité de l’acte juridique « provient d’un “fait non fautif” s’analysant en une “disparition”, en une “défaillance” d’un élément essentiel, nécessaire à sa survie ». Observons aussi que dans le cadre d’un ensemble contractuel, la caducité d’un contrat peut être la conséquence de l’anéantissement d’un autre contrat en raison du comportement fautif d’un des contractants, pour un exemple récent, Cass. com. 4 novembre 2014, n°13-24270, *JCP* 2015, n°19, p. 54, note J.-J. BARBIERI.

³³² C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Paris, L’Harmattan, 2004, n°401, jugeant que « la situation juridique qui engendre la caducité est alors une situation accidentelle », le caractère accidentel doit ici être entendu au sens « d’extérieur aux parties ».

³³³ F. GARRON, *La caducité du contrat (Etude de droit privé)*, PUAM, 1999, n°249, estimant que la disparition de l’élément essentiel à la survie du contrat « peut aussi procéder de l’initiative de la faute, intentionnelle ou non intentionnelle, d’un contractant », l’auteur se fonde cependant sur un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation - Cass. civ. 3^e 22 janvier 1997, n°95-12410 - à propos duquel on peut douter qu’il s’agisse d’une hypothèse de caducité. L’arrêt porte en effet sur le refus de locataires de payer le loyer de leur immeuble devenu inhabitable suite à « un incendie de cause indéterminée » ; autrement dit un fait générateur qui ne

Chaaban si la caducité fautive était reconnue, il ne resterait plus qu'à creuser la tombe dans laquelle la résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil serait définitivement ensevelie³³⁴. De plus, cette conception coïncide avec la définition de l'événement à l'origine de la rupture de l'équilibre initial des prestations que nous proposons en matière d'imprévision³³⁵. Or, nous avons vu que la caducité pouvait constituer une réponse appropriée au sort du contrat dans l'hypothèse où le juge ne parvient pas à adapter son contenu au changement de circonstances³³⁶. Il faut néanmoins observer que les juges civils retiennent le plus souvent une approche restrictive de la cause dans la caducité (1), laquelle réduit mécaniquement les possibilités d'assimiler cause et utilité objective de l'engagement. Loin de s'en tenir à ce constat, la défense de l'assimilation fournit, au contraire, l'occasion d'un renouvellement de l'acception de la cause dans la caducité de l'acte juridique (2).

1. Le constat d'une acception restrictive de la cause dans la caducité du contrat

914. Évoquer une acception restrictive de la cause dans la caducité du contrat implique de reconnaître l'importance du rôle joué par le juge dans sa mise en oeuvre. Contrairement à ce qui est parfois affirmé³³⁷, la caducité doit être prononcée par le juge : « *avant la décision de justice, l'acte est seulement susceptible de caducité, de même que l'acte est seulement annulable l'acte ne devient nul caduc, que par le prononcé de la décision judiciaire* »³³⁸. En

procède pas de l'agissement fautif d'un des contractants. De manière plus préoccupante, la controverse sur le caractère ou non fautif de l'événement à l'origine de la caducité ressort de quelques divergences doctrinales sur la qualification de l'opération consacrée par certains arrêts. Ainsi, à propos d'une décision du 17 janvier 1995 – Cass. civ. 1^{ère}, *Bull. civ.* I, n°29, *JCP* 1995, I, 3843, obs. M. FABRE-MAGNAN – dans laquelle la Cour de cassation estime dépourvue de cause la commission d'un agent immobilier sur la vente d'un bien en raison des manquements commis par ce dernier postérieurement à la conclusion du mandat de vente. Or, tandis que certains auteurs voient dans la décision un exemple de caducité du contrat – J. ROCHFELD, « Cause », *Rep. civ. Dalloz*, n°113 -, d'autres l'envisage au titre de la résolution pour inexécution – Ph. SIMLER, J.-Cl., *Civil Code*, Art. 1131 à 1133, Fasc. 20 : Contrats et obligations, Cause, Absence de cause, mars 2010, n°49.

³³⁴ R. CHAABAN, *op. cit.*, n°46 ; voir toutefois Cass. com. 22 mars 2011, *Bull. civ.* IV, n°49, *RTD civ.* 2011, p. 345, obs. B. FAGES. En l'espèce la caducité d'une vente est consécutive au fait que le cessionnaire n'avait pas versé le solde du prix dans le délai prévu.

³³⁵ Voir *supra*, *L'exigence d'un fait générateur indépendant de la volonté de la partie lésée*, n°568 et s.

³³⁶ Voir *supra*, *La caducité du contrat en cas d'impossibilité d'adaptation*, n°605 et s., s'agissant de la disparition de la cause de l'engagement, voir Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, *JCP* 2010, 1056, note T. FAVARIO ; *D.* 2010, p. 2485, note Th. GENICON et p. 2481, note D. MAZEAUD ; *JCP* 2011, doct. 63, n°9, obs. J. GHESTIN.

³³⁷ Y. BUFELAN-LANORE, *op.cit.*, n°116, pour qui « (...) la caducité opère de plein droit. Du fait même qu'elle est causée par une impossibilité matérielle d'exécution de l'acte, il ne saurait être nécessaire de la faire déclarer en justice ».

³³⁸ R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Paris, 2006, tome 445, n°519.

conséquence le juge peut refuser de déclarer caduc un acte juridique s'il estime que les éléments de qualification requis ne sont pas réunis³³⁹.

915. La controverse peut ainsi porter sur l'appréciation de la disparition de la cause alléguée par celui qui souhaite faire constater la caducité du contrat. Considérant que l'absence de cause doit s'apprécier lors de la formation du contrat, une partie de la doctrine a pu manifester son hostilité à l'égard d'un tel examen³⁴⁰, la caducité consécutive à la disparition de la cause étant même accusée d'introduire une certaine ambiguïté dans la notion³⁴¹. La jurisprudence récente dément toutefois ces réserves, la Cour de cassation ayant prononcé à plusieurs reprises, et dans des situations variées, la caducité d'un contrat pour disparition de sa cause. On songe ainsi à ce qu'il est d'usage d'appeler la caducité en cascade, par laquelle, lorsque deux contrats constituent un ensemble contractuel indivisible, la résiliation de l'un des contrats entraîne la caducité de l'autre et libère le débiteur des stipulations que celui-ci contenait³⁴². La prise en compte de la cause au stade de l'exécution de l'acte juridique se signale également en matière d'engagements à exécution successive, comme en témoigne, par exemple, un arrêt du 30 octobre 2008³⁴³. En l'espèce, la Cour de cassation approuva une cour d'appel d'avoir constaté que la cause du paiement d'une pension alimentaire avait disparu dès lors que depuis le mois de novembre 1974 l'enfant était à la charge exclusive de son père.

916. Ces décisions peuvent faire naître une légitime impression de dynamisme de la caducité pour disparition de la cause dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Il est vrai que le

³³⁹ Ce qui n'empêche pas, une fois la qualification retenue, d'observer la primauté de la caducité sur les autres formes de cessation de l'acte juridique, voir en ce sens, F. GARRON, *op. cit.*, n°200, pour qui « *l'inévitable antériorité de la caducité confère à la constatation de celle-ci un caractère exclusif qui s'oppose à la mise en oeuvre des autres causes d'extinction que représente la résolution ou la résiliation* » ; à l'appui de son analyse l'auteur cite l'arrêt Beltoise contre SEITA, Cass. com. 28 avril 1982, *Bull. civ.* IV, n°145, ayant retenu « *qu'une demande de résolution judiciaire du contrat en cas d'impossibilité d'exécution n'est pas nécessaire* ».

³⁴⁰ H., L. et J. MAZEAUD, G. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, tome 1, volume 1, Montchrestien, coll. Leçons de droit civil, Paris, 9^e éd., 1998, n°266 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations*, tome 1, *Les sources*, Sirey, Paris, 2^e éd., 1988, n°210 et 340 ; P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Éd. Francis Lefebvre, Paris, 4^e éd., 2010, n°1335.

³⁴¹ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, Paris, 2006, n° 983, estimant que « *le recours à la notion de caducité introduit en la matière une certaine ambiguïté, car l'absence de cause est alors la conséquence d'un fait postérieur à la conclusion du contrat* ».

³⁴² Cass. civ. 1^{re} 4 avril 2006, *Bull. civ.* I, n°393, *D.* 2006, p. 2641, obs. S. AMRANI-MEKKI, *RDC* 2006, p. 700, obs. D. MAZEAUD ; dans le même sens Cass. com. 4 novembre 2014, n°13-24270, *JCP* 2015, n°19, p. 54, note J.-J. BARBIERI.

³⁴³ Cass. civ. 1^{re} 13 octobre 2008, *Bull. civ.* I, n°241, *RLDC* 2009, n°57, note A. CERMOLACCE ; *RTD civ.* 2009, p. 118, obs. B. FAGES ; *RDC* 2009, p. 49 ; dans le même sens Cass. civ. 1^{re} 16 décembre 1986, *Bull. civ.* I, n°301, *RTD civ.* 1987, p. 750, obs. J. MESTRE.

domaine reconnu à la caducité par le droit positif dépasse très largement les frontières de l'espace auquel une partie de la doctrine, hostile au mécanisme, tente de la cantonner. Ce sentiment est renforcé à la lecture de l'article 1186 issu de la réforme de 2016. Celui-ci prévoit en effet qu' « *un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* »³⁴⁴.

917. Reconnaître le progrès que constitue une admission du rôle de la cause dans l'exécution de l'acte juridique n'empêche pas, dans le même temps, de constater que la conception de la cause retenue par la jurisprudence se fonde quasi-exclusivement sur la cause objective, laissant de côté ses aspects subjectifs. L'appréhension de la cause qui se joue ici est la même que celle qui prévaut parfois dans le cadre de la résolution pour inexécution, tout comme dans la thèse de Capitant où prédomine une conception objective centrée sur la disparition de la contrepartie prévue par le contrat³⁴⁵. De ce point de vue, le motif déterminant est alors perçu comme « *une réalité fugace [car] admettre que sa disparition postérieure au contrat puisse en affecter la force obligatoire ruinerait la sécurité du commerce juridique* »³⁴⁶.

918. Quelques rares décisions ont pu prononcer la caducité d'un engagement en raison de la disparition de la situation ou du lien qui l'avait fondé³⁴⁷, empruntant pour ce faire une voie qui n'est pas sans évoquer une référence aux mobiles des contractants³⁴⁸. En théorie, donc,

³⁴⁴ Le projet d'ordonnance présenté en 2015 par la Chancellerie prévoyait qu'il en allait de même lorsque venait « à faire défaut un élément extérieur au contrat mais nécessaire à son efficacité ».

³⁴⁵ H. CAPITANT, *De la cause des obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs*, Éd. de la Mémoire du droit, Paris, 2012, p. 344, « *prononcent la résiliation s'ils estiment, d'après les circonstances de fait, que l'inexécution supprime la cause de l'obligation de l'autre contractant, c'est-à-dire anéanti le but qu'il poursuivait* » ; sur la prédominance de la conception objective de la cause en matière de résolution dans la thèse de Capitant, voir Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°108 à 110.

³⁴⁶ Ph. SIMLER, J.-Cl., Civil Code, Art. 1131 à 1133, Fasc. 20 : Contrats et obligations, Cause, Absence de cause, mars 2010, n°45, selon qui « *la raison pour laquelle la disparition de la cause subjective en cours de contrat ne peut, contrairement à la cause objective, être prise en compte est aussi simple que déterminante (...). Admettre que sa disparition postérieure au contrat puisse en affecter la force obligatoire ruinerait la sécurité du commerce juridique* ».

³⁴⁷ Cass. civ. 1^{re} 22 octobre 2008, n°06-20286, en l'espèce la Cour de cassation confirme la révocation de la mise à disposition à titre gratuit du logement conjugal par la cour d'appel et approuve cette dernière d'avoir « *estimé que l'engagement à durée indéterminée pris par Mme Y... d'accorder à son mari la jouissance gratuite de l'ancien domicile conjugal et de ne pas vendre le bien sans son autorisation n'avait été souscrit qu'en considération des liens matrimoniaux qui unissaient les époux à la date de conclusion de la convention et avait pris fin avec la dissolution du mariage* ».

³⁴⁸ « *L'arrêt du 22 octobre 2008 consacre une forme de révocation de la convention gracieuse qui n'est pas une libéralité, sur le fondement d'une disparition de la cause. Si la cause d'un tel engagement d'un époux au profit de son conjoint repose sur des considérations autres que le seul lien du mariage, les époux devront prévoir des modalités particulières* », M. STORCK, obs. sous Cass. civ. 1^{re} 22 octobre 2008, JCP 2009, I, 140, n°19.

l'examen de l'existence d'une cause pourrait alors s'effectuer après la formation de l'acte. Reste qu'« *en pratique, néanmoins, cette sanction trouve difficilement sa place et rencontre une opposition : la remise en cause des actes serait trop aisée, voire dépendante d'un simple changement d'état d'esprit du disposant* »³⁴⁹, l'auteur relevant par ailleurs la rareté des décisions prises sur ce fondement.

919. La méfiance ainsi exprimée par le Professeur Rochfeld est parfaitement compréhensible en matière d'actes unilatéraux. Pour ces derniers, on sait que la cause de l'engagement réside exclusivement dans les mobiles de son auteur³⁵⁰, d'où la menace que représenterait l'avènement d'une acception subjective de la cause dans la caducité de l'acte juridique. S'agissant des actes bilatéraux en revanche, il est permis de ne pas partager les mêmes réserves. Il nous semble en effet que l'approche objective enferme l'appréciation de la cause de l'engagement dans le cadre exigü de l'utilité convenue. Or, non seulement la référence à la volonté des parties montre vite ses limites « *à mesure que les juges manquent de matériaux* »³⁵¹, mais surtout, elle « *peut se montrer dans certaines situations peu pertinente (...) car il peut sembler parfois bien absurde de faire abstraction de l'évolution des circonstances qui peuvent faire que l'utilité assignée au contrat est désormais dépassée* »³⁵². À l'instar de la résolution pour inexécution, les insuffisances de la méthode volontariste incitent là encore à privilégier une conception de la cause associée à l'utilité objective, et à défendre à cette occasion une acception renouvelée de la cause dans la caducité du contrat.

2. L'occasion d'une acception renouvelée de la cause dans la caducité du contrat

920. L'exemple du contrôle de la cause réelle et sérieuse dans le licenciement pour motif économique incite, selon nous, à un renouvellement de l'acception de la cause dans la

³⁴⁹ J. ROCHFEDL, « Cause », *Rep. civ. Dalloz*, n°109.

³⁵⁰ J. MARTIN de LA MOUTTE, *op. cit.*, n°239 ; M.-L. IZORCHE-MATHIEU, *L'avènement de l'engagement unilatéral de volonté en droit contemporain*, thèse Aix-Marseille 3, PUAM, 1995, n°332 et s. ; J FLOUR, J-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014, n°492 ; G. COUTURIER, « Les nullités du licenciement ». *Dr. soc.* 1977, p. 227 ; X. PIN, J.-Cl., *Civil Code, Fasc. 20 : Quasi-contrats*, avril 2009, n°84, rappelant que l'acte juridique unilatéral « *ne suscite guère de contentieux sur le terrain de la cause objective, mais plutôt sur celui de l'intention libérale qui le sous-tend* ».

³⁵¹ Th. GENICON, *op. cit.*, n°471, « *c'est à dire à mesure que les contractants se taisent. Lorsque ces derniers se sont exprimés sur les intérêts essentiels du contrat, tout est simple. Mais lorsqu'ils ont gardé le silence, le juge doit se contenter de conjonctures et de la conjoncture à la création, il n'y a qu'un pas discrètement mais fréquemment franchi* ».

³⁵² Th. GENICON, *ibidem*.

caducité du contrat (a) ; tout comme la notion d'économie du contrat, par ailleurs susceptible de faciliter sa diffusion en droit civil (b).

a. Un renouvellement incité par l'exemple du licenciement pour motif économique

921. Le contrôle de la légitimité du licenciement pour motif économique repose, nous l'avons vu, sur la prise en compte de la cause de l'engagement au cours de son exécution³⁵³. À cette occasion, la conception de la cause retenue par le juge coïncide avec la mise en évidence de l'utilité objective de son engagement : sa disparition conditionne alors la légitimité de la rupture³⁵⁴. L'examen qui se joue ici ne se limite pas à la résolution du contrat. Il peut, selon nous, être dupliqué s'agissant de la caducité du contrat comme en atteste l'exemple du licenciement pour motif économique.

922. En effet, la situation qui conduit au licenciement du salarié pour motif économique présente d'importantes similitudes avec celle susceptible d'être visée par la caducité du contrat pour disparition de sa cause. On a démontré que la cause de l'engagement de l'employeur réside dans l'accomplissement d'une prestation de travail conforme à l'intérêt de l'entreprise. La cause économique du contrat de travail³⁵⁵ est ainsi indissociable de la recherche d'une plus-value tirée de l'activité du salarié qui ne supporte pas le risque de l'entreprise³⁵⁶. Réciproquement, le salarié dont le travail ne génère plus le gain escompté peut être licencié, sous réserve du respect par l'employeur des obligations mises à sa charge par le Code du travail³⁵⁷. À côté des motifs endogènes qui touchent à la personne même du salarié, affectant sa capacité de travail³⁵⁸ ou remettant en question sa qualité³⁵⁹, les motifs économiques se réfèrent à la situation où, en raison d'éléments exogènes³⁶⁰, la poursuite du contrat de travail ne correspond plus aux besoins de l'entreprise.

³⁵³ Voir *supra*, *L'assurance d'une prise en compte par l'exigence d'une cause réelle et sérieuse au licenciement*, n°839 et s.

³⁵⁴ Voir *supra*, *L'assimilation bienvenue de la cause à l'utilité objective de l'engagement*, n°855 et s.

³⁵⁵ Ch. RADÉ, « Des critères du contrat de travail ». *Dr. soc.* 2013, p. 202, n°17.

³⁵⁶ Y. PAGNERRE, « La cause instrument de qualification de contrat de travail ». in *La cause en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2013, p. 36.

³⁵⁷ Voir *supra*, *La prise en compte de l'intérêt du salarié dans l'utilité objective de l'engagement de l'employeur*, n°874 et s.

³⁵⁸ En cas de maladie par exemple.

³⁵⁹ Soit que les résultats s'avèrent inférieurs à ceux attendus, soit que le comportement du salarié se révèle incompatible avec la bonne organisation de l'entreprise.

³⁶⁰ « (...) un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié (...) », C. trav. art. L. 1233-3.

923. Selon les termes de l'article L. 1233-1 al. 1 du Code du travail, ces motifs résultent d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. L'appréciation de la légitimité du licenciement conduit le juge à s'interroger sur les « *difficultés économiques* », les « *mutations technologiques* » ou encore, à la faveur de l'adverbe « notamment », sur la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise³⁶¹. On observe alors qu'à l'exception des mutations technologiques³⁶², c'est bien un changement de circonstances indépendant de la volonté des parties qui fait perdre au contrat de travail tout intérêt pour l'entreprise ; le licenciement sanctionne donc ici une forme de caducité du contrat de travail dont la cause a disparu au cours de son exécution³⁶³.

924. La transposition du raisonnement au-delà du droit du travail, où le licenciement économique est expressément prévu par la loi, ne peut se faire qu'à condition d'adopter une conception de la cause qui ne résume pas à la seule contrepartie objective attendue. Dans le cas du licenciement économique en effet, le salarié se tient toujours à la disposition de l'employeur, de même que sa capacité de travail est intacte. De façon schématique, on pourrait dire que si l'emploi a été supprimé parce qu'il ne correspond plus aux besoins de l'entreprise, le travail peut toujours quant à lui être fourni par le salarié³⁶⁴ ; la cause objective de l'engagement de l'employeur n'a donc pas disparu. Pour parvenir à une autre conclusion, il faut accepter de prendre aussi en compte les mobiles de l'employeur, autrement dit la volonté

³⁶¹ Cass. soc. 5 octobre 1999, *Bull. civ.* V, n°420 ; voir également Ass. plén. 8 décembre 2000, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2008, n°115.

³⁶² C'est l'employeur qui prend la décision d'introduire une technologie nouvelle et de moderniser l'outil de production.

³⁶³ À propos de l'inaptitude définitive du salarié, qui ne constitue pas un motif économique mais qui résulte néanmoins de circonstances extérieures à la volonté des contractants, Monsieur Frédéric Garron établit un parallèle entre le licenciement fondé sur l'inaptitude et la caducité. Assimilant la cause de l'inaptitude à un cas de force majeure (ce qui ne nous semble pas indispensable à ses conclusions), l'auteur considère que la privation du salarié de ses capacités de travail « entraîne irrémédiablement la disparition de l'objet ou de la cause du contrat de travail, en l'occurrence l'activité pour laquelle ce contrat a précisément été conclu, sans qu'il soit possible de la remplacer par une autre activité », F. GARRON, *La caducité du contrat (Étude de droit privé)*, PUAM, 1999, n°182.

³⁶⁴ Le chauffeur se tient à la disposition de l'employeur pour livrer les colis, même s'il n'est pas rentable pour l'entreprise de l'envoyer effectuer une livraison avec un camion quasi-vide ; l'ouvrier agricole se tient à la disposition du propriétaire pour accomplir la récolte des fruits, même si le produit de leur vente ne parvient pas à couvrir le coût de production.

de tirer un profit du travail salarié : sous son versant subjectif, la cause disparaît dès lors que l'activité du salarié n'est plus profitable à l'entreprise³⁶⁵.

925. Reste que pour éviter un dévoiement de la caducité propre à menacer la stabilité des conventions, la cause ne saurait être uniquement appréhendée sous ses aspects subjectifs. À l'instar de la résolution pour inexécution, et de ce que préconise une partie de la doctrine³⁶⁶, c'est une conception mixte de la cause qui doit prévaloir, sur le modèle de l'acception objective de l'utilité et de la synthèse qu'elle opère entre utilité convenue et utilité subjective³⁶⁷. De ce point de vue, il est important de relever que le droit du travail n'encourage pas un maintien inconditionnel de tous les contrats, mais seulement de ceux qui présentent encore une utilité telle que leur rupture ne paraît pas légitime. Plus qu'un objectif de stabilité du contrat, c'est davantage une recherche de pérennité contractuelle qui s'exprime à travers cette acception renouvelée de la cause en matière de caducité³⁶⁸. Animé par une logique sous-jacente à l'exemple du licenciement économique, ce renouvellement paraît d'ailleurs plausible en droit civil à travers la référence à l'économie du contrat.

b. Un renouvellement plausible à travers la référence à l'économie du contrat

926. La notion à l'économie du contrat rejoint dans une assez large mesure une conception de la cause assimilée à l'utilité objective de l'engagement. En pratique, la référence à l'économie du contrat peut fonder une acception renouvelée de la cause dans la caducité de l'acte juridique, et avec elle une extension des ruptures susceptibles d'être analysée à l'aune de cette dernière. Dans cette optique, nous envisagerons les manifestations de la référence à l'économie du contrat (**α**) avant d'envisager sa pertinence (**β**).

α. Les manifestations de la référence à l'économie du contrat

³⁶⁵ « C'est l'intérêt de l'entreprise, intérêt de l'activité économique qui diffère en fonction du type d'entreprise et dont il peut être compris que la compromission soit à même de légitimer un licenciement dès lors que l'employeur n'en est plus le seul juge. Dans une entreprise marchande, par exemple, l'intérêt est d'être compétitif », L. de LAUNAY, « La tectonique des motifs économiques de licenciement ». *Dr. soc.* 2011, p. 583.

³⁶⁶ J. ROCHFELD, « Cause », *Rep. civ. Dalloz*, n°10.

³⁶⁷ Th. GENICON, *op. cit.*, n°436 et s.

³⁶⁸ Voir V. WESTER-OUISSE, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer ». *JCP* 2001, I, 290, situant la caducité sur le terrain « d'une évolution plus profonde du droit des contrats qui tend à préserver les intérêts des parties sur le long terme ».

927. Aux termes de la définition retenue par Monsieur Sébastien Pimont, « *l'économie du contrat est l'agrégation des éléments matériels nécessaires à la réalisation d'une fonction économique globale et précise (...). C'est une notion objective qui, représentant le point de convergence des volontés sous la forme d'une opération économique globale et concrète, permet de définir d'une manière finaliste le périmètre de l'accord des volontés* »³⁶⁹. Instrument d'analyse du contrat fort utile dont elle contribue à déterminer le sort pour les uns³⁷⁰, notion nécessairement subjective et floue ouvrant les portes aux solutions les plus inattendues pour les autres³⁷¹, la référence à l'économie du contrat, ou à l'économie voulue, est loin de faire l'unanimité en doctrine.

928. Que l'on soit ou non favorable à l'émergence de la notion en droit des contrats, on constate que la Cour de cassation s'y réfère dans plusieurs arrêts³⁷², y compris de manière implicite lorsque les juges optent pour une terminologie alternative à la signification néanmoins équivalente. Nous laisserons de côté les décisions où l'emploi de la notion guide l'identification des intérêts respectifs des contractants³⁷³, pour nous concentrer sur celles qui font appel à l'économie du contrat afin d'apprécier la réalisation de l'opération portée par l'engagement³⁷⁴. Dans le cadre de ces développements consacrés à la rupture de l'acte juridique, il est important de reconnaître que la référence à l'économie du contrat s'exprime avant tout dans le contentieux lié à l'annulation de l'acte juridique, autrement dit sa formation, à l'exclusion de la phase d'exécution.

³⁶⁹ S. PIMONT, *op. cit.*, n°88.

³⁷⁰ A. ZELCEVIC-DUHAMEL, « La notion d'économie du contrat en droit privé ». *JCP G I*, 300, p. 423 ; dans le même sens S. PIMONT, *L'économie du contrat*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004.

³⁷¹ J. MESTRE, obs. sous Cass. civ. 1^{re} 3 juillet 1996, *RTD civ.* 1996, p. 901 ; dans le même sens N. MOLFESSIS, *RTD civ.* 1998, p. 796 ; J. MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat ». *D.* 2000 chron., p. 382.

³⁷² Dans une moindre mesure, et dans un sens différent, le Conseil constitutionnel a lui aussi consacré la notion d'économie du contrat afin de protéger la liberté contractuelle, Décision n°98-401 DC du 10 juin 1998, *RTD civ.* 1998, p. 796, obs. N. MOLFESSIS.

³⁷³ Par exemple, Cass. civ. 3^e 3 mars 1993, *Bull. civ.* III, n° 28, *JCP* 1994 I, 3744, obs. M. FABRE-MAGNAN ; dans ces circonstances, l'économie du contrat, tel que le souligne le Professeur Rochfeld, « *tend à traduire la recherche, rendue nécessaire au juge par le caractère original de la structure contractuelle utilisée, de la compréhension d'une finalité d'ensemble. L'identification de celle-ci, inconnue ou peu répandue dans la pratique contractuelle, permettra alors de saisir l'intérêt poursuivi par chaque contractant* », J. ROCHFELD, « Cause », *Rep. civ. Dalloz*, n°80.

³⁷⁴ Précisons d'emblée que les situations visées se distinguent de celles où l'un des contractants sollicite l'annulation du contrat en raison du caractère dérisoire de la contrepartie escomptée. L'appréciation de cette dernière se limite à la comparaison des avantages que chaque partie tire du contrat et ne conduit pas le juge à examiner la finalité de l'opération économique sous-tendue par le contrat. Pour un exemple récent, et sur les hésitations prétoriques dans l'identification de la cause dérisoire, voir É. SAVAUX, note sous Cass. com. 11 mars 2004, n°12-29820, *RDC* 2014, p. 342.

929. À l'origine de l'émergence de la notion, il est ainsi courant d'évoquer un arrêt du 3 juillet 1996 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation³⁷⁵. En l'espèce un contrat de création d'un point club vidéo et de location de cassettes avait été conclu entre les consorts X et la société DPM. Cette dernière faisait grief à la cour d'appel de Grenoble d'avoir annulé le contrat pour défaut de cause en retenant que la cause, mobile déterminant de l'engagement des époux X, était la diffusion des cassettes dans une agglomération de seulement 1314 habitants, de sorte que l'opération visée se trouvait vouée à l'échec. La société DPM faisait alors valoir, d'une part, que la cause de l'engagement des époux X était la mise à disposition des cassettes et que, d'autre part, les motifs déterminants ne pouvaient entrer dans le champ contractuel. La Cour de cassation considéra alors que « *s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes* ». Lors d'une décision du 29 mars 2006, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation réitérait cette analyse en approuvant une cour d'appel qui avait « *retenu (...) la demande de nullité du contrat pour défaut de cause tenant à l'impossibilité de réaliser un profit (...)* »³⁷⁶.

930. Dans ce qui ne peut être ici qu'un aperçu non exhaustif des manifestations de la référence à l'économie du contrat en droit civil, citons également le célèbre arrêt du 22 octobre 1996 par lequel la Cour de cassation devait se prononcer sur la validité de la clause limitant la responsabilité de la société Chronopost au seul remboursement du prix du transport en cas de non-respect des délais de livraison³⁷⁷. Les déconvenues du demandeur au pourvoi qui avait été privé de la possibilité de participer à une adjudication en raison de la délivrance tardive de sa missive sont suffisamment connues pour que l'on en vienne directement à l'énoncé de la solution. Tandis que les juges du fond avaient limité l'indemnisation du

³⁷⁵ Cass. civ. 1^{re} 3 juillet 1996, *Bull. civ. I*, n°286, *RTD civ.* 1996, p. 901, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1997, p. 336, obs. D. MAZEAUD.

³⁷⁶ Cass. civ. 3^e 29 mars 2006, *Bull. civ. III*, n° 88, *D.* 2007, p. 477, note J. GHESTIN ; *D.* 2006, p. 2638, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP* 2006, . 153, n° 7, obs. A. CONSTANTIN

³⁷⁷ Cass. com. 22 octobre 1996, *Bull. civ. IV*, n°261, *D.* 1997, p. 121, note A. SÉRIAUX ; *JCP* 1997, I, 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *Defrénois* 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD ; à la suite de cette décision voir également Cass. com. 9 juillet 2002, *Bull. civ. IV*, n°121, *JCP* 2002, I, 184, obs. J. ROCHFELD ; *D.* 2003, p. 457, obs. D. MAZEAUD.

préjudice du requérant au montant stipulé dans les conditions générales de vente, la chambre commerciale considéra qu'en « *statuant ainsi, alors que spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Blanchereau dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la Cour d'appel a violé* » l'article 1131 du Code civil. Si la notion d'économie du contrat est absente de la motivation, la terminologie retenue par la Cour de cassation semble toutefois y faire implicitement référence. Comme le remarque le Professeur Pimont, par le visa de l'article 1131 du Code civil cet arrêt en appelle à la notion de cause et en donne une acception concrète ; elle est l'intérêt qui découle de l'économie du contrat³⁷⁸.

931. Tel qu'il l'a été démontré³⁷⁹, l'économie du contrat constitue une notion suffisamment complète et féconde pour pouvoir également jouer un rôle en matière d'appréciation de la rupture de l'acte juridique. Dès 2004, Monsieur Sébastien Pimont suggérait en effet de justifier la caducité par une impossibilité d'exécution selon l'économie du contrat³⁸⁰. À l'appui de sa proposition, l'auteur citait un arrêt du 13 octobre 1992 par lequel la chambre commerciale de la Cour de cassation prononçait la caducité de plusieurs contrats en raison de l'incidence sur leur économie de l'annulation de clauses jugées essentielles³⁸¹. Mais c'est surtout une décision du 29 juin 2010 rendue par la même chambre commerciale qui établit un lien direct entre la caducité du contrat et un déséquilibre de son économie en raison d'un changement de circonstances³⁸², à l'image de ce que nous avons relevé au sujet du licenciement pour motif économique. En l'espèce, la Cour de cassation sanctionnait les juges

³⁷⁸ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004, n°56 et s., spé. n°57, « *ici qualifiée d' "obligation essentielle", la cause de l'obligation est irréductible à une contrepartie abstraite qui, en dépit de l'application de la clause limitative de responsabilité, existait bel et bien – l'obligation abstraite de livraison des plis n'était pas affectée par la clause limitative. L'éradication de la clause contraire à l'obligation essentielle s'explique par une volonté de faire respecter l'opération précise envisagée par les parties : la promesse de transposer le plis avec rapidité et célérité avait été clairement prise, elle justifiait le paiement d'un supplément de prix* ».

³⁷⁹ S. PIMONT, *op. cit.*, n°436 et s.

³⁸⁰ S. PIMONT, *op. cit.*, n°577, « *un contrat doit être anéanti dès lors que son exécution n'est plus conforme à l'économie voulue du contrat* ».

³⁸¹ Cass. com. 13 octobre 1992, n°90-22141, approuvant la cour d'appel d'avoir justifié « *tant la nullité des clauses contractuelles relatives à ces modifications, pour indétermination du prix, que la caducité des contrats eux-mêmes en raison du caractère essentiel que revêtaient de telles clauses dans l'économie de ceux-ci* ».

³⁸² Cass. com. 29 juin 2010, n°09-67369, *D.* 2010, p. 2481, note D. MAZEAUD ; *D.* 2010, p. 2485, note Th. GENICON ; *JCP* 2010, 1056, note Th. FAVARIO ; *LPA* 2010, n° 256, p. 7, note A.-S. CHONÉ ; *JCP* 2010, 2108, note S. LE GAC-PECH.

du fond pour n'avoir pas recherché si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006, et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat telle que voulue par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution.

932. Plusieurs commentateurs, y compris ceux qui lui furent hostiles³⁸³, ont vu dans cet arrêt une révision de la position de Cour de cassation sur l'imprévision³⁸⁴, ou encore son engagement dans une politique de petits pas à l'égard de celle-ci³⁸⁵. Pourtant, nous avons déjà pu observer que la solution se limite à constater la disparition de sa cause et ne consacre en aucune façon la révision du contrat pour imprévision³⁸⁶. En effet, « *la cour limite sensiblement le champ d'application de la théorie de l'imprévision au cas extrême, et donc fatalement assez rare, dans lequel le changement de circonstances provoque, non pas un simple déséquilibre contractuel d'ordre économique, fût-il très important, mais un déséquilibre d'ordre structurel, caractérisé par la disparition de la contrepartie contractuellement convenue* »³⁸⁷. Cela étant, la décision participe d'un indiscutable renouvellement de l'acceptation de la cause dans la caducité du contrat, et avec elle du mécanisme dans son ensemble.

933. Il est difficile pour l'heure d'évaluer précisément la portée de ce changement d'approche sur les futures solutions en matière de caducité³⁸⁸. Un arrêt du 18 mars 2014 semble *a priori* s'inscrire à rebours de l'ouverture pratiquée en 2010³⁸⁹. Dans cette décision, la Cour de cassation retient en effet que la cause de l'obligation constituant une condition de la formation du contrat, la cour d'appel, appréciant souverainement la volonté des parties, a

³⁸³ J. GHESTIN, *JCP* 2011, doct. 63, n°9, obs. sous Cass. com. 29 juin 2010.

³⁸⁴ Th. FAVARIO, *op. cit.*, « *la Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion* ». *JCP* 2010, 1056.

³⁸⁵ A.-S. CHONÉ, *op. cit.*, « *vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas* ».

³⁸⁶ Voir *supra*, *La disparition de la cause enserrée dans la caducité du contrat*, n°546 et s.

³⁸⁷ D. MAZEAUD, note sous, Cass. com. 29 juin 2010, *D.* 2010, p. 2481.

³⁸⁸ J. ROCHFELD, « Cause », *Rep. civ. Dalloz*, n°113, remarquant que l'arrêt a « *ouvert des perspectives plus amples, dont on ne peut pas dire si elles se confirmeront* ».

³⁸⁹ Cass. com. 18 mars 2014, n°12-29453, *Dr. et patr.* 2015, n°243, p. 63, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

considéré que celle-ci résidait dans la mise à disposition de la marque et non dans la rentabilité du contrat. Toutefois, comme le remarque le Professeur Stoffel-Munck l'arrêt ne ferme pas la porte à la prise en considération de l'intérêt qu'avait une partie au contrat. Il estime que cela dépend d'abord du point de savoir si cet intérêt avait ou non intégré le champ contractuel.

934. De plus, on est tenté de voir dans la réforme du droit des contrats de 2016 quelques éléments favorables à un renouvellement de la cause dans la caducité de l'engagement. D'une part, la substitution de la référence au « *but* » du contrat à la notion de cause³⁹⁰, pourrait introduire une sémantique plus propice à la prise en compte de la finalité globale de l'opération économique portée par le contrat³⁹¹. D'autre part, l'article 1186 du projet prévoit qu'un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments constitutifs disparaît. Il en va de même lorsque vient à faire défaut un élément extérieur au contrat mais nécessaire à son efficacité. Or, la prise en compte de l'efficacité du contrat pourrait bien *in fine* renvoyer aux mêmes considérations que celles retenues en 2010 à travers l'économie du contrat. Les Professeurs Wicker et Boucard considèrent ainsi que la caducité du contrat repose ici sur deux hypothèses : « *soit, en raison de la perte de l'un de ses éléments, la réalisation de son effet devient impossible ; soit, en raison de la perte de l'un de ses éléments la réalisation de son effet de droit devient inutile en ce sens que le but poursuivi par l'une ou l'autre des parties, et convenu entre elles, ne peut plus être atteint et que le risque de non-réalisation n'est pas à la charge de celle qui le subit* »³⁹². En définitive, l'inscription de la solution dans une logique de

³⁹⁰ L'article 1161 du projet dispose que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ».

³⁹¹ En ce sens, M.-C. AUBRY, « Retour sur la caducité en matière contractuelle ». *RTD civ.* 2012, p. 625, « *en concluant le contrat, les parties ont entendu circonscrire économiquement leur relation. Quoique ce but ne soit pas forcément le motif déterminant, chaque partie ne souhaite poursuivre l'exécution de la convention que tant que l'intérêt qu'elle y trouvait ab initio subsiste. En d'autres termes, l'économie du contrat est un élément subjectivement essentiel tant à la formation qu'à la poursuite de l'exécution de la convention. Aussi, elle pourrait être source de caducité, mais encore faut-il qu'elle disparaisse. Quand pourrait-il alors être considéré que cela s'est produit ? À l'évidence, une simple modification ne peut suffire. Une partie qui verrait s'amoinrir le profit résultant du contrat ne pourrait invoquer la caducité. Pour ce faire, un anéantissement complet de ce profit serait nécessaire. Or, cet anéantissement n'est rien d'autre qu'un bouleversement de l'économie du contrat déjà appréhendé par la jurisprudence et qu'il conviendrait de transposer à cette hypothèse* ».

³⁹² G. WICKER, H. BOUCARD, « Les sanctions relatives à la formation du contrat – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 37. Remarquons toutefois que les auteurs se réfèrent au but « convenu », renvoyant ici à une conception de la cause qui nous paraît différer sensiblement de celle associée à l'utilité objective de l'engagement.

pérennité contractuelle nous conduit à souhaiter que la Cour de cassation la réitère³⁹³, d'autant que la référence à l'économie du contrat s'avère tout à fait pertinente.

β. La pertinence de la référence à l'économie du contrat

935. Le renouvellement de l'acception de la cause dans la caducité *via la* référence à l'économie du contrat ne nous semble pas menacer la force obligatoire du contrat comme le craignent certains auteurs³⁹⁴. La prise en compte de l'opération économique supportée par le contrat à travers la référence à son économie ne conduit pas à sanctionner une absence d'équivalence des prestations³⁹⁵ : seuls les déséquilibres les plus significatifs découlant d'un défaut de contrepartie réelle sont susceptibles d'encourir la censure³⁹⁶. En témoigne l'évolution de la jurisprudence postérieure à 1996 qui n'hésite pas à rejeter l'annulation du contrat pour défaut de cause lorsque la preuve que l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties est impossible en raison de l'absence de contrepartie réelle n'est pas apportée³⁹⁷.

936. Autrement dit, l'utilité visée par la référence à l'économie du contrat s'entend d'une utilité objectivée, ou à tout le moins objectivable. Le juge détermine cette dernière en examinant simultanément l'utilité que la partie qui sollicite l'annulation du contrat ou sa résolution prétend ne plus trouver dans son engagement, et l'utilité arrêtée lors de l'échange

³⁹³ Voir également J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux, Presses universitaires Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1998, n°623, « *il nous semble également que la disparition totale ou partielle de la cause en cours d'exécution a pour conséquence que l'effet obligatoire de l'acte doit être considérée comme caduque, justifiant par la même, la disparition du contrat (disparition totale de la cause : le but contractuel ne peut être atteint) son rééquilibrage (disparition partielle de la cause : le but contractuel peut être atteint en modifiant le contrat)* ».

³⁹⁴ J. GHESTIN, « Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause ». *JCP* 2006, I, 194, n°4. « *Faire dépendre l'existence de la cause et la validité du contrat de la seule constatation que l'une des parties n'a pas obtenu la satisfaction de l'intérêt particulier qu'elle poursuivait et qui l'avait déterminée à s'engager, conduit à une extension excessive de la nullité pour absence de cause. La remise en question d'un contrat, au seul motif qu'il serait inutile pour l'une des parties, est inopportune* ».

³⁹⁵ *Comp.* D. MAZEAUD, obs. sous Cass. civ. 1^{re} 3 juillet 1996, *Deffrénois* 1997, p. 336, estimant que « *la cause se mue insensiblement en un redoutable instrument de contrôle de l'utilité du contrat. Mieux, ou pire c'est selon, cette garantie concrète que devient la cause conduit le juge à contrôler l'existence ou le maintien de l'intérêt économique que présente le contrat pour le créancier* » ; *contra* J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, Paris, 2006, spé. n°259 et s.

³⁹⁶ « (...) *l'exigence que l'obligation ait une cause tend essentiellement à garantir que l'engagement du débiteur ait une contrepartie réelle* », A. CONSTANTIN, *op. cit.*, n°10.

³⁹⁷ Cass. com. 27 mars 2007, n° 06-10452, *D.* 2007. 2970, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP* 2007, II 10119, note Y.-M. SERINET.

des consentements³⁹⁸. La référence à l'économie du contrat le conduit à déterminer la cause de l'engagement à l'aune d'un arbitrage « *entre les prévisions du débiteur – qu'il ne faut pas tromper – et les attentes du créancier – qu'il ne faut pas décevoir* »³⁹⁹. Pour paraphraser le Professeur Rochfeld, si la cause des différentes obligations se définit comme ce qui est attendu en échange de chacun des engagements, la finalité d'ensemble du contrat permet de les identifier : « *l'économie du contrat* » dicte la définition des causes des obligations des parties »⁴⁰⁰.

937. En effet, à raisonner exclusivement sur le terrain de la cause de l'obligation, et en particulier dans son acception objective, il n'est pas certain que l'on prenne toujours la mesure de l'utilité du contrat. L'exigence d'une contrepartie réelle dans la jurisprudence de la Cour de cassation en est, nous semble-t-il, la meilleure preuve. Dans les décisions relatives au point de location de vidéo cassettes, la solution retenue ne repose pas seulement sur une conception objective de la cause de l'obligation des lors que le fournisseur avait bien remis aux gérants lesdites vidéos. Pour autant, le raisonnement de la Cour de cassation ne s'appuie pas non plus sur une conception entièrement subjective de la cause de l'obligation. Ainsi, le motif déterminant doit avoir un minimum de base objective⁴⁰¹. Autrement dit « *le vrai problème n'est pas celui de l'intégration d'éléments subjectifs, mais celui des conditions de leur intégration de façon à ce que leur existence et leur portée aient pu être appréciées par l'autre partie* »⁴⁰².

³⁹⁸ Selon le Professeur Genicon, lorsqu'un contractant sollicite la résolution du contrat pour inexécution, le juge vérifie que le manquement « *laisse subsister une cause suffisante audit engagement pour qu'elle n'appelle pas la résolution immédiate du contrat* ». Il observe alors que lorsque la jurisprudence a recours à la cause « *c'est en réalité l'intérêt au contrat, conçu plus largement que la simple fourniture de la prestation, qui sert de référentiel* », Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°467.

³⁹⁹ Th. GENICON, *op. cit.*, n°436.

⁴⁰⁰ J. ROCHFELD, *op. cit.*, n°12.

⁴⁰¹ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse Paris, 1969, p. 449 ; comp. A. de LAUBADERE, J-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, tome 1, LGDJ, Paris, 15^e éd., 1999, n° 719, qui distinguent le mobile « *susceptible de varier à l'infini, (...) individuel est essentiellement subjectif* » des motifs constituant « *les antécédents objectifs qui ont précédé l'accomplissement de l'acte et l'ont provoqué* ».

⁴⁰² « *C'est (...) de cette objectivation des éléments subjectifs que dépend une concrétisation du contrat conforme aux exigences de sécurité juridique* », G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat ». in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2003, p. 157.

938. En l'espèce, la mise à disposition de vidéo cassettes constituait la première étape d'une opération plus globale de location à destination du grand public⁴⁰³. Subordonner, à travers l'exigence d'une contrepartie réelle, la validité du contrat de mise à disposition à la possibilité de louer effectivement lesdites cassettes ne semble pas heurter de manière excessive les prévisions des parties⁴⁰⁴. On imagine mal que le fournisseur d'un matériel vidéo spécialement conçu pour la location au grand public ignore la finalité commerciale de l'opération⁴⁰⁵. Porteuse d'éléments objectifs tangibles⁴⁰⁶, la cause du contrat permet ainsi de rationaliser ce que certains auteurs regardent comme une subjectivation de la cause objective⁴⁰⁷. Ce faisant l'économie du contrat reproduit les contours de la notion d'utilité objective⁴⁰⁸, entre d'une part l'utilité convenue, et d'autre part l'utilité subjective du contractant qui sollicite l'annulation ou la caducité du contrat⁴⁰⁹.

⁴⁰³ Selon certains commentateurs de l'arrêt du 3 juillet 1996, le bail conclu entre les gérants du vidéoclub et la société DPM, d'une part, et les contrats de locations des vidéocassettes avec les éventuels clients formaient un ensemble contractuel, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°342 ; Ph. REIGNÉ, note sous Cass. civ. 1^{re} 3 juillet 1996, *JCP* 1997, I, 4015 ; pour d'autres, le contrat de création d'un point club vidéo constituerait un contrat innommé de sorte que la cause ne saurait s'identifier à celle attendue d'un simple contrat de bail, J. ROCHFELFD, *Cause et type de contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1999, tome 311, n°280

⁴⁰⁴ Sur cette question de l'intégration des motifs dans le champ contractuel, G. WICKER, « La suppression de la cause et les solutions alternatives ». in *La réforme française du droit des obligations en France*, R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch, D. Mazeaud (dir.), 5^e journées franco-allemandes, Société de législation comparée, Paris, 2015, p. 112.

⁴⁰⁵ Dans le même ordre d'idée, quoique sur un fondement différent, la Cour de cassation admet que le défaut rentabilité économique d'une activité peut entraîner la nullité du contrat au titre de l'erreur sur les qualités substantielle, en relevant qu'une société avait « conclu le bail dans la croyance erronée qu'il permettait l'exercice de son activité sans concurrence dans le centre commercial et que la perspective d'une situation avantageuse, qui avait été prise en compte dans la détermination du prix du bail (...) », Cass. civ. ^{me} 2 octobre 2013, n°12-13302, pour approuver le raisonnement de la Cour d'appel, les hauts magistrats se fondent ici sur un élément objectif, le prix du bail, révélateur d'une attente, l'exclusivité d'une activité dans un périmètre donnée, que le bailleur ne pouvait sérieusement prétendre ignorer et qui doit donc être intégrée dans le socle contractuel ; voir également Cass. com. 4 octobre 2011, n°10.20956, *RDC* 2012, p. 64, obs. Th. GENICON ; *D.* 2011, p. 3052, note N. DISSAUX.

⁴⁰⁶ « Le fait que [l'économie du contrat] ne soit pas totalement détachée de la volonté des parties ne l'empêche pas d'être plutôt objective, puisqu'elle prend la forme de l'opération économique que veulent concrètement réaliser les parties. Inversement, le fait qu'elle ait pour corps un échange économique ne lui interdit pas de nourrir des liens avec la recherche de la "commune intention" ou du "motif déterminant" (...) Parce qu'elle est un compromis réaliste entre éléments objectifs et subjectifs, l'économie du contrat est une notion cohérente », S. PIMONT, *op. cit.*, n°14.

⁴⁰⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°342.

⁴⁰⁸ Th. GENICON, *op. cit.*, n°436 et s.

⁴⁰⁹ *Contra*, l'article 4.102 des Principes européens du droit des contrats disposant qu'« un contrat n'est pas invalide du seul fait que lors de sa conclusion, l'exécution de l'obligation était impossible ou que l'une des parties n'était pas en droit de disposer des biens qui en forment l'objet ».

939. La reconnaissance de l'économie du contrat ne doit toutefois pas être comprise comme la promotion d'un concept concurrent de la cause⁴¹⁰. Tout d'abord, dans les décisions qui se réfèrent, de manière explicite ou implicite, à l'économie du contrat, c'est toujours sur le terrain de la cause que celle-ci reçoit une traduction : l'appréciation de l'existence d'une « *contrepartie réelle* »⁴¹¹, ou de « *la portée de l'engagement* »⁴¹², pour ne prendre que ces deux exemples, s'opèrerait en effet au visa de l'ancien article 1131 du Code civil⁴¹³. Ensuite, plutôt que d'opposer les deux notions, il semble plus pertinent de considérer que l'économie du contrat constitue, pour reprendre les mots du Professeur Rochfeld, « *un mode d'appréciation de la cause* »⁴¹⁴ ou un moyen de « *socialiser la cause* »⁴¹⁵ ; elle ne se présente pas comme un concept concurrent. D'autant que la représentation de la cause qui en découle se rapproche à bien des égards, nous venons de le voir, d'une conception objective de l'utilité⁴¹⁶. La référence à l'économie du contrat encourage donc bel et bien un renouvellement de l'acceptation de la cause dans la caducité du contrat.

⁴¹⁰ Même s'il est vrai que les auteurs qui défendent une plus large admission de l'économie du contrat conteste dans le même temps la pertinence de la référence à la cause, comme par exemple en matière de résolution pour inexécution. À la doctrine qui justifie la résolution judiciaire à la lumière de la théorie de la cause Monsieur Sébastien Pimont oppose ainsi « *une transgression du domaine légal de cette notion – condition de validité du contrat [considérant que] l'étude de la jurisprudence démontre clairement que les conditions d'admission de la résolution du contrat sont irréductibles aux seuls cas de disparition de la cause* », *op.cit.*, n°436. S'agissant plus particulièrement de la résolution pour inexécution, l'auteur ajoute que « *c'est l'impossibilité d'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties qui est alors sanctionnée. Autrement dit, l'absence de cause ne révèle la gravité de l'inexécution que si la cause, elle-même, est définie par rapport à l'économie voulue par les parties. Autant admettre que c'est directement l'économie du contrat qui révèle la gravité de l'exécution. Grâce à elle le juge peut établir une relation intellectuelle directe entre l'inexécution et le rapport de droit global qui forme la matière de l'accord. Le contrat est résolu lorsque son économie est totalement bouleversée par l'inexécution* », n°440.

⁴¹¹ Cass. civ. 1^{re} 3 juillet 1996, *Bull. civ.* I, n°286, *op. cit.*

⁴¹² Cass. com. 22 octobre 1996, *Bull. civ.* IV, n°261, *op. cit.*

⁴¹³ Dans un proche avenir, l'article 1169 pourrait constituer un fondement adapté à la reprise de ces solutions.

⁴¹⁴ J. ROCHFELD, « Cause », *Rep. civ. Dalloz*, n°80 et s.

⁴¹⁵ « *Notre temps, qui s'est voulu social, devait essayer de socialiser la cause. Il l'a alors envisagée comme la fonction économique-sociale du contrat, hors de laquelle celui-ci serait indifférent au droit et, partant, destitué de sanction juridique (...) en France (...) l'appel à l'économie peut servir à asseoir une conception vigoureuse et revigorante du contrat, en réaction aux tendances molles de la fin du siècle* », J. CARBONNIER, *Droit civil - Les biens - Les obligations*, PUF, Quadrige, Paris, 22^e éd., 2004, n°979.

⁴¹⁶ S. PIMONT, *op. cit.*, n°590, pour qui, « *en utilisant l'économie du contrat, le juge manifeste son attachement à une conception très utilitaire du contrat* » ; sur l'appréhension du contenu contractuel à l'aune de l'opération économique globale et concrète poursuivie par l'engagement, voir Ph. REMY, « Ouverture ». in *Les concepts français à l'heure des Principes européens des contrats*, P. Remy-Corlay, D. Fenouillet (dir.), Dalloz, Paris, 2003, p. 3 et s.

Conclusion du chapitre

940. Le droit du travail peut contribuer à renforcer le contrôle de la légitimité de la rupture des contrats de droit privé, et plus exactement s'agissant des contrats de dépendance. En matière de licenciement, les règles développées par la discipline conduisent en effet à subordonner le bien-fondé de la rupture à la disparition de la cause de l'engagement, autrement dit à son utilité. De ce point de vue, la réforme du droit des contrats rend un hommage appuyé à l'utilité de l'engagement, qu'il s'agisse de la condamnation, par l'article 1169 du Code civil, des contreparties illusoire, ou de l'exigence, dans les contrats commutatifs visés à l'article 1108, d'un avantage équivalent à celui reçu par l'autre partie. Aussi essentiel soit-elle pour le salarié, la pérennité du contrat de travail ne signifie pas que celui-ci doive être maintenu vaille que vaille. Lorsqu'il perd son utilité pour l'une ou l'autre des parties, celle qui ne trouve plus de raison à son exécution est en droit d'y mettre fin¹. L'affirmation repose sur une double hypothèse : la prise en compte de la cause de l'engagement au cours de son exécution d'une part, et son assimilation à l'utilité objective du contrat de travail d'autre part.

941. S'agissant de la première, et contrairement à ce que certains écrits semblent signifier, le contrôle de l'acte unilatéral de rupture n'est pas, selon nous, propice à l'examen de la cause de l'engagement principal auquel il met un terme. En revanche, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse au licenciement est l'occasion, pour le juge, de se demander si la cause du contrat de travail avait ou non disparu au jour de sa rupture. Nous avons pu observer que l'offre d'emploi et la conclusion du contrat de travail à laquelle elle donne lieu interviennent dans l'intérêt de l'entreprise. C'est parce que la force de travail du salarié est nécessaire au déploiement de son activité économique qu'elle procède à un recrutement. Or, les motifs légitimes de licenciement font largement écho à l'idée que pour être maintenu, le contrat de travail doit continuer à répondre aux besoins de l'entreprise. De la sauvegarde de la compétitivité à l'impossibilité de reclasser un salarié inapte, en passant par les manquements à la discipline, les différents types de cause réelle et sérieuse renvoient à une situation où le contrat de travail n'a plus d'utilité pour l'employeur, autrement dit, qu'il a perdu sa cause.

¹ Nous raisonnons ici dans l'hypothèse d'un contrat à durée indéterminée.

942. Il ne faudrait toutefois pas en conclure que le droit du travail ne prend pas en compte l'intérêt des salariés au moment de vérifier la légitimité de l'acte juridique qui leur permet, le plus souvent, de subvenir à leurs besoins. En effet, tout en admettant que c'est la perte d'utilité du contrat de travail qui légitime le licenciement, il convient de souligner que c'est d'une utilité dite objective dont s'agit ici. Cette conception de l'utilité, dégagée par le Professeur Genicon², se situe à mi-chemin entre « *l'utilité convenue* » qui « *a été arrêtée d'un commun accord lors de la formation du contrat* »³ et l'utilité subjective entendue comme « *l'intérêt du créancier* »⁴ estimant que la contrepartie attendue fait défaut. L'utilité objective est alors « *celle que définit librement le juge et qui, bien souvent – mais pas seulement – sera un savant dosage des deux premières* »⁵. À rebours de ce qu'affirme une partie de la doctrine, la logique de conciliation qui sous-tend la mise en évidence de l'utilité objective de l'engagement ne peut être trouvée dans l'idée d'intérêt de l'entreprise au sens où l'entend le droit positif. Que la notion évoque à certains l'idée d'un équilibre bien compris entre intérêts divergents est une chose. En revanche, prétendre que la jurisprudence de la Cour de cassation l'entend aussi de cette façon nous paraît contestable. L'intérêt de l'entreprise, comme en témoignent les décisions qui s'y réfèrent, désigne simplement ce qui bénéficie à l'activité déployée par l'entreprise.

943. L'utilité objective, dont la disparition rend le licenciement légitime, se manifeste plus volontiers à travers les éléments justificatifs des différents types de licenciements, pour motif économique ou personnel. Lors de la conclusion du contrat de travail, les parties conviennent de soumettre leur relation à un contenu obligationnel dont on a vu qu'il était en grande partie constitué par des règles d'ordre public. Ce n'est donc pas jouer sur les mots que de considérer que l'utilité convenue intègre non seulement les stipulations des parties, mais également les prescriptions du Code du travail. Or, ce dernier comporte de nombreuses dispositions applicables à la rupture du contrat de travail et formulées dans l'intérêt exclusif du salarié. C'est le cas, pour ne prendre que cet exemple, de l'obligation de chercher à reclasser le salarié inapte en raison d'une maladie non-professionnelle, et dont le juge apprécie relativement librement si elle a été ou non satisfaite. En définitive, et même si la prise en compte de la

² Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484.

³ Th. GENICON, *op. cit.* 436.

⁴ Th. GENICON, *ibidem*.

⁵ Th. GENICON, *op. cit.*, n°436.

situation du salarié lui est commandée par la loi, le juge détermine le caractère réel et sérieux de la cause justifiant la rupture à l'aune d'une combinaison entre, d'un côté, l'intérêt de l'employeur, et de l'autre, celui du salarié au regard des termes du contrat de travail. Ce faisant, il retient une conception objective de l'utilité.

944. L'exemple du licenciement renforce la proposition d'une légitimité de la rupture conditionnée, elle aussi, à la disparition de la cause de l'engagement dans d'autres contrats de droit privé. Selon les thèses les plus favorables à cette orientation⁶, la prise en compte de la cause au cours de la phase d'exécution se limite toutefois au domaine de la résolution judiciaire pour inexécution. Cela signifie que les ruptures qui résultent de la volonté unilatérale, soit en cas de comportement grave de l'un des cocontractants, soit en matière de contrats à durée indéterminée, ne font pas l'objet d'un tel contrôle. La rupture aux risques et périls de son auteur pourra certes donner lieu à une intervention judiciaire *a posteriori*, et on peut penser, que compte tenu de son caractère dérogoire, la réalité et le sérieux des griefs avancés par son auteur seront examinés avec rigueur. En revanche, seul un abus de droit est de nature à s'opposer à la légitimité de la rupture du contrat à durée indéterminée.

945. Pourtant, la rupture d'un contrat de dépendance est susceptible de générer un préjudice analogue à celui du salarié licencié. On songe ici à la situation de l'avocat collaborateur, du concessionnaire, du fournisseur, du franchisé ou encore de l'agriculteur intégré. C'est la raison pour laquelle il serait opportun, sur le modèle du droit du licenciement, de consacrer une obligation de justification de la rupture des contrats de dépendance par l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Sur le terrain des principes, nous avons vu qu'à l'instar de l'obligation de motivation, celle de justifier la rupture ne remet pas en cause l'exercice du droit de rompre un contrat à durée indéterminée. Elle vient simplement lui adjoindre une condition de légitimité qui ne nous paraît pas inacceptable au regard des conséquences de la rupture. Au plan pratique, la démonstration d'une cause réelle et sérieuse ne devrait pouvoir être exigée par une partie qu'à la condition que celle-ci apporte la preuve de sa situation de dépendance économique au moment de la rupture du contrat. La justification prolonge ici l'obligation de motivation de la rupture qui, comme nous l'avons préconisé, devrait peser sur l'ensemble des protagonistes à des contrats ciblés *ab initio*.

⁶ Th. GENICON, *op. cit.*

946. À l’instar du droit du travail, la justification de la rupture par une cause réelle et sérieuse amènerait le juge à vérifier que la cause de l’engagement auquel un terme a été mis avait disparu. La conception de la cause retenue dans le cadre de cet examen devrait alors épouser les caractéristiques de l’utilité objective. Loin de constituer une chimère, cette orientation est déjà à l’oeuvre dans la jurisprudence de la Cour de cassation, aussi bien en matière de résolution pour inexécution qu’au titre, croyons-nous, de la caducité du contrat. Dans le premier cas, le Professeur Genicon a soigneusement démontré que plusieurs arrêts refusaient de s’en tenir au seul constat d’une inexécution contractuelle pour prendre en compte d’autres données⁷. Parmi elles, les magistrats s’attachent non seulement à l’utilité résiduelle de l’engagement, mais également à la situation du débiteur. Il ne saurait être affirmé que l’ensemble des décisions relatives aux résolutions pour inexécution repose sur un raisonnement identique. Néanmoins, au regard des mérites de l’utilité objective, et du préjudice que peut constituer la rupture de certains contrats, on peut encourager l’essor de telles interprétations.

947. Qui plus est, l’évaluation opérée par le juge, lors de cette assimilation de la cause à l’utilité objective de l’engagement rompu, gagne aussi le domaine de la caducité. Au premier abord, on constate que la caducité pour disparition de la cause du contrat fait l’objet d’une acception restrictive. Cependant, le droit du travail incite à revoir cette approche. Selon nous, la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique revient à démontrer que le contrat de travail a perdu toute utilité pour l’employeur. Or, le salarié n’est aucunement responsable de la disparition de l’emploi qu’il occupait jusqu’ici. Cette dernière est due à des circonstances exogènes indépendantes de la volonté des parties. Partant, il n’est pas impossible de considérer qu’il s’agit là d’une hypothèse de caducité pour disparition de la cause du contrat de travail, entendue de manière objective. Le recours à l’économie du contrat permettrait de fonder une solution similaire en droit privé. L’étude des décisions qui s’y sont référées, pour annuler ou déclarer caducs des contrats en raison de la disparition de leur cause, nous semblent le confirmer. Elles révèlent, par la même, toute la pertinence de la notion dans une logique de pérennité de l’engagement au sein de la théorie générale de l’acte juridique.

⁷ Th. GENICON, *op. cit.*, notamment n°515 et s.

Conclusion du titre

948. L'encadrement des ruptures de l'acte juridique en droit privé auquel incite le droit du travail s'inscrit dans une logique de pérennité de l'engagement. L'objectif n'est pas de défendre à n'importe quel prix le maintien d'un contrat qui ne présenterait plus aucune utilité pour l'une des parties, et ce, quand bien même son partenaire trouverait dans la relation le moyen de satisfaire l'essentiel de ses besoins. Néanmoins, le droit du travail est conscient que dans cette dernière hypothèse, la rupture de la relation est susceptible de placer l'un des protagonistes dans une situation périlleuse. Il a donc assorti l'exercice du droit de rompre d'un certain nombre de modalités. Il est alors possible d'envisager leur diffusion aux autres types de rupture dont on peut penser, *a priori*, qu'elles placent l'un des contractants dans une situation analogue au salarié licencié. Nous songeons ici tout particulièrement aux contrats de dépendance, tels les contrats d'intégration, de franchisage, de distribution sélective ou encore de concession exclusive.

949. L'encadrement des modalités de la rupture de l'acte juridique cible tout d'abord l'initiative de la rupture. D'un point de vue *ratione personae*, le droit du travail peut contribuer à inspirer une meilleure régulation des ruptures unilatérales fondées sur la gravité du comportement d'un des contractants. Au lendemain d'une réforme du droit des contrats qui consacre explicitement ce mode de rupture, la discipline encourage à apprécier avec rigueur la gravité du comportement incriminé. Là où la jurisprudence civile se montre permissive, l'exemple de la jurisprudence sociale invite à retenir l'urgence de la rupture comme critère déterminant de son bien-fondé. Tout en confirmant l'opportunité du mécanisme au regard des situations qui réclament un désengagement immédiat du contractant lésé, le droit du travail souligne cependant le caractère inapproprié de la rétroactivité attachée à la rupture unilatérale. Plutôt que d'y voir une résolution, la discipline opte pour la notion de résiliation. De manière plus générale, lorsque l'une des parties est autorisée à mettre unilatéralement un terme à l'engagement, sa décision devrait enfin être soumise au principe du contradictoire, sur le modèle du droit du licenciement. L'instauration de l'entretien préalable en droit du travail comporte certes des insuffisances. Mais l'occasion qu'il donne à l'un des contractants de se défendre face aux éventuels griefs formulés à son encontre justifie, à notre sens, la soumission du pouvoir décisionnel au principe du contradictoire.

950. Après son initiative, c'est au contrôle de son annonce que le droit du travail peut ensuite apporter sa contribution. Le licenciement, quel que soit son motif, économique ou personnel, doit en effet être motivé. En droit privé, et malgré les avancées issues de la réforme du droit des contrats, l'obligation de motivation souffre d'un domaine encore trop étroit. Or, celui-ci pourrait utilement être étendu en matière de rupture des contrats de dépendance que nous avons identifiés. Au plan des principes, l'obligation de motivation s'avère parfaitement compatible avec la liberté de résiliation des contrats à durée indéterminée. Loin de l'interdire, elle ne fait qu'en soumettre la régularité à l'exposé des raisons qui conduisent l'un des contractants à rompre l'engagement. La contrainte nous paraît largement acceptable au regard de l'utilité de la mesure. D'une part, celle-ci allège la charge de la preuve pour la victime de la rupture, d'autre part, elle facilite le contrôle des motifs pour le juge.

951. L'annonce de la rupture devrait pareillement être soumise au respect d'un préavis, comme le prévoit d'ailleurs le nouvel article 1211 du Code civil. Là encore, le droit du travail encourage le recours à cette technique en ce qu'elle contribue, dans une certaine mesure, à atténuer les effets de la rupture pour le contractant qui la subit. Son extension est d'autant plus nécessaire que son domaine, malgré certains progrès, demeure insuffisant. Enfin, sur le modèle de la jurisprudence sociale, et en reprenant les critères d'appréciation du manquement justifiant la résolution unilatérale, il conviendrait de limiter les dispenses de préavis aux cas des comportements empêchant la poursuite du contrat.

952. Parallèlement à l'encadrement des modalités de la rupture de l'acte juridique, l'exemple du droit du travail invite également à un contrôle renforcé de sa légitimité. Avec l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, cette dernière s'y trouve subordonnée à la disparition de la cause de l'engagement. Les motifs légitimes de licenciement, personnel ou économique, traduisent le fait que le contrat de travail ne présente plus aucune utilité objective. Cette conception de l'utilité, combinant l'utilité convenue, conformément aux termes de l'engagement avec l'utilité subjective, attendue par l'employeur, ne se réduit toutefois pas à la notion d'intérêt de l'entreprise ; celle-ci vise avant tout la bonne marche de l'activité économique de l'entreprise. Elle constitue davantage un instrument de mesure d'un éventuel détournement de pouvoir de l'employeur qu'un marqueur d'une conciliation entre intérêts divergents. La prise en compte de l'intérêt du salarié lors de l'appréciation de la légitimité du

licenciement s'exprime plus volontiers à travers les mesures destinées à faire la rupture du contrat de travail un *ultimum remedium*, comme par exemple avec l'obligation de reclassement du salarié inapte ou la prohibition des licenciements d'économie.

953. Un tel contrôle ne doit pas être réservé à la seule relation de travail. L'appréciation de la légitimité de la rupture telle qu'opérée en droit du travail pourrait ainsi être envisagée en matière de contrats de dépendance. Le préjudice consécutif à la cessation de l'engagement justifie, croyons-nous, cette extension de la prise en compte de la cause lors de la phase d'exécution, et non plus seulement à l'occasion de l'examen juridictionnel du bien-fondé de la résolution pour inexécution. La rupture des contrats de dépendance pourrait elle aussi être soumise à une obligation de justification idoine à la cause réelle et sérieuse du licenciement. À l'instar du droit du travail, la cause dont la disparition est alléguée épousera les contours de l'utilité objective. Cette assimilation est possible à en juger par la manière dont certains arrêts caractérisent la gravité du manquement permettant la résolution pour inexécution. Elle pourrait également être retenue au titre de la caducité pour disparition de la cause, ce que suggère déjà, à notre sens, les décisions qui se réfèrent à l'économie du contrat.

Conclusion de la seconde partie

954. Les solutions travaillistes encouragent l'édification d'une théorie générale de l'acte juridique tournée vers la pérennité de l'engagement. À l'image d'un contrat figé dans le temps, immobilisé par le respect des stipulations originelles, doit succéder celle d'une exécution pérenne, marquée par le maintien d'un engagement utile à l'ensemble des parties.

955. Ainsi, l'adaptation de l'acte juridique ne doit pas être perçue comme une infidélité aux promesses initiales. Elle constitue davantage le signe d'une vivacité de l'engagement qui tient compte du contexte dans lequel il intervient pour mieux dompter ses évolutions. La prestation de travail du salarié, tout comme la valeur qu'en retire l'employeur, est particulièrement sensible aux mutations de l'environnement économique : l'entreprise a besoin de flexibilité. À l'opposé, le salarié se place sous la subordination de l'employeur en contrepartie d'une certaine régularité dans les revenus de son activité, même s'il demeure, *in fine*, tributaire des performances réalisées par son entreprise : le salarié recherche la stabilité. En conciliant, sans les confondre, deux visions parfois divergentes d'un même acte juridique, le droit du travail retient sans doute une conception équilibrée et réaliste de l'idée de pérennité de l'engagement.

956. La discipline promeut dans une large mesure les adaptations supplétives de l'accord des parties. Elle est en effet consciente que dans le cadre de la relation de travail, tout comme dans des situations analogues impliquant un individu en situation d'infériorité, il est parfois nécessaire de forcer l'effort d'adaptation de celui dont les intérêts ne sont pas impactés par le changement de circonstances. C'est la raison pour laquelle le droit du travail a su développer une obligation d'adaptation du contrat de travail dont les contours, et le fondement de la bonne foi, ne sont peut être pas étrangers à l'émergence d'une véritable révision pour imprévision en droit privé. Pour avoir su dégager de la bonne foi une obligation d'adaptation du contrat aux changements de circonstances, l'exemple travailliste se démarquait nettement de l'imprévision envisagée par le projet de réforme du droit des contrats révélé en 2015, où la technique se voyait réduite à la portion congrue. De même, la jurisprudence de la chambre sociale mobilise une conception élargie de l'impossibilité d'exécution qui ne se limite pas à la seule force majeure temporaire. La notion de « nécessités contraignantes » permet ainsi de

suspendre l'engagement dans des hypothèses plus nombreuses, et ce, dans la perspective d'une reprise d'exécution utile aux contractants.

957. Les adaptations nées de l'accord des parties ne sont pas ignorées par le droit du travail mais il faut reconnaître que les solutions auxquelles elles donnent lieu peuvent difficilement, selon nous, être envisagées en dehors de la discipline. Au premier regard, la distinction travailliste entre modification du contrat et changement des conditions de travail, pour ne prendre que cet exemple, peut paraître séduisante pour qui chercherait à introduire davantage de flexibilité dans l'altération du contenu contractuel. Néanmoins, les incertitudes qui entourent ce schéma de participation sont telles en droit du travail que sa diffusion en droit privé nous semble inopportune.

958. Aux côtés de l'adaptation de l'acte juridique, l'encadrement de sa rupture est, lui aussi, guidé par un objectif de pérennité synonyme d'exécution durablement utile aux contractants. Le droit du travail peut contribuer à cette orientation en suggérant d'assortir la rupture de modalités destinées à atténuer ses effets préjudiciables pour le contractant qui la subit. S'agissant de l'initiative de la rupture, la discipline propose de retenir une définition restrictive du comportement justifiant la résolution unilatérale du contrat. Pour se faire, le bien-fondé de ce mode de rupture devrait être subordonné à la preuve de son urgence. De plus, la rupture du contrat pourrait utilement être soumise au principe du contradictoire et au respect d'un préavis. Enfin, l'exemple travailliste encourage l'instauration d'une obligation de motiver la décision de rompre l'engagement lorsqu'il s'agit de mettre un terme à un contrat de dépendance.

959. Le contrôle de la légitimité de la rupture suggéré par le droit du travail fait lui aussi écho à un souci de pérennité de l'engagement. L'exigence d'une cause réelle et sérieuse amène certes le juge à vérifier que le licenciement fait figure d'*ultimum remedium*. Mais elle ne conduit pas à maintenir un contrat de travail qui aurait perdu tout intérêt pour l'employeur et l'activité économique produite par l'entreprise. La conciliation opérée par le droit du travail se signale ici par l'affirmation d'une légitimité de la rupture subordonnée à la disparition de la cause de l'engagement. Est ainsi légitime le licenciement qui s'accompagne de la démonstration que le contrat ne présentait plus aucune utilité objective. Or, loin de devoir se cantonner à la seule relation de travail, cet examen pourrait être opéré lors de l'appréciation

de la rupture des contrats de dépendance. Pour le franchisé, le concessionnaire, l'avocat collaborateur, le distributeur, le fournisseur, la cessation du contrat dont dépend l'essentiel de leur activité leur cause un préjudice souvent analogue à celui du salarié qui perd son emploi.

Conclusion générale

960. À la question de savoir si le droit du travail est susceptible d'apporter sa pierre à la théorie générale de l'acte juridique, la réponse peut être positive. Le discours doctrinal le suggérait, beaucoup plus fréquemment d'ailleurs chez les non-travailleurs fustigeant les carences de leurs droits respectifs, mais il restait à le démontrer. Selon une opinion largement répandue, le droit du travail ferait figure de modèle pour amender le droit positif, dans le sens d'une meilleure régulation des relations marquées par une situation d'inégalité, voire de dépendance économique. Si nous partageons en grande partie cette analyse, notre étude nous a toutefois conduit à observer que l'apport de la discipline s'avère en réalité plus complexe. Loin d'une telle systématisation, il se distingue au contraire par son caractère protéiforme.

961. Celui-ci concerne, tout d'abord, la nature de l'apport qui affiche deux formes principales. Il peut s'agir, en premier lieu, d'amender directement le droit positif par la transposition de techniques inédites ou l'adoption d'interprétations alternatives. Pour autant, les propositions suggérées par le droit du travail ne visent pas nécessairement à proposer des solutions directement opérationnelles. Dans l'orbite d'une théorie générale de l'acte juridique, l'apport consistera, en second lieu, à éclairer sous un jour différent l'analyse des concepts axiologiques qui fondent le droit positif.

Le caractère protéiforme de l'apport travailliste s'exprime, ensuite, au regard de sa portée. Premièrement, certaines propositions visent uniquement les contrats de dépendance, là où d'autres dépassent cette seule catégorie en ciblant l'ensemble des actes juridiques. Deuxièmement, il peut arriver que la diffusion d'une solution travailliste soit possible sans pour autant être souhaitable, ce qui implique, au moment de l'inscrire dans la théorie de l'acte juridique, de dissocier la faisabilité de l'apport de son opportunité.

962. Le recours à un article défini pour désigner ce qui s'apparente à bien des égards à un « *droit commun des livres et des amphithéâtres* »¹ est sans doute maladroit ; chaque

¹ É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1997, tome 264, p. 300.

observateur construit en quelque sorte sa propre théorie générale. Mais il n'en demeure pas moins, à notre sens, que malgré les créations de la jurisprudence et l'essor des législations spéciales, le droit positif et l'enseignement dont il fait majoritairement l'objet, systématisent une conception de l'acte juridique qui ne correspond pas toujours à la diversité des situations de fait qu'il recouvre, ou qui lui donnent naissance.

963. Ce hiatus entre la théorie de l'acte juridique et ses traductions concrètes n'incombe pas uniquement au manque d'audace des interprètes de la norme, ou à la négligence des données factuelles par les commentateurs de la jurisprudence. Il suffit d'observer l'exhortation de la liberté contractuelle contenue dans l'ordonnance du 10 février 2016, pour constater que les codificateurs eux-mêmes ne prennent pas toujours l'exacte mesure du décalage entre le Droit et la pratique.

964. Face aux lacunes des règles applicables à l'acte juridique en droit privé, et à l'insuffisance des lectures auxquelles elles donnent lieu, les exemples issus du droit du travail encouragent l'édification d'une théorie générale marquée par la diversité : diversité dans la représentation des circonstances de la manifestation de volonté, diversité encore dans la consécration de ses différents modes d'expression, diversité toujours dans la mesure de la valeur accordée à l'exécution de l'acte juridique par les parties, diversité enfin dans l'appréhension des rapports de force entre contractants. Qu'il s'agisse d'identifier des fondements adéquats ou de déterminer des modalités opérationnelles, les solutions forgées en droit du travail peuvent contribuer, croyons-nous, au succès de cette entreprise de conviction.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS, TRAITÉS :

ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane, *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 2003.

ANTONMATTEI, Paul-Henri, *Les clauses du contrat de travail*, Éd. Liaisons, Rueil-Malmaison, 2^e éd., 2009

AUZERO, Gilles, DOCKES, Emmanuel, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2014.

CARBONNIER, Jean, *Droit civil - Introduction - Les personnes - La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Quadrige, Paris, 27^e éd., 2004 ; *Droit civil - Les biens - Les obligations*, PUF, Quadrige, Paris, 22^e éd., 2004.

COEURET, Alain, GAURIAU, Bernard, MINÉ, Michel, *Droit du travail*, Sirey, Paris, 3^e éd., 2013.

CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 10^e éd., 2013.

COUTURIER, Gérard, *Traité de droit du travail, tome 1, Les relations individuelles de travail*, PUF, Droit fondamental, Paris, 1996 ; *Traité de droit du travail, tome 2, Les relations collectives de travail*, PUF, Droit fondamental, Paris, 2001.

BENABENT, Alain, *Droit civil : les obligations*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 14^e éd. 2014.

BERGEL, Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthode du droit, Paris, 5^e éd., 2012.

BLOCH, Olivier, MEILLET, Antoine, WARTBURG (von), Walther, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, Quadrige, Paris, 2^e éd., 2004.

BONCOEUR, Jean, THOUÉMENT, Hervé, *Histoire des idées économiques, tome 2. De Walras aux contemporains*, Armand Colin, Cursus, Paris, 4^e éd., 2014.

BUFFELAN-LANORE, Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, Paris, 14^e éd, 2014.

CAPITANT, Henri, TERRÉ, François, LEQUETTE, Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2000.

DELEBECQUE, Philippe, COLLART-DUTILLEUL, François, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Paris, 9^e éd., 2011.

DEMOGUES, René, *Traité des obligations en général, tome VI, Effets des obligations*, Arthur Rousseau, Paris, 1923.

DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas, LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régimes général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, Paris, 2016.

DUPEYROUX, Jean-Jacques, BORGETTO, Michel, LAFORE, Robert, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, Paris, 18^e éd., 2015.

DURAND, Paul, JAUSSAUD, Roland, *Traité de droit du travail*, Dalloz, Paris, 1947

ELLUL, Jacques, *Histoire des institutions, Le Moyen-âge*, PUF, Quadrige, Paris, 2006.

FABRE-MAGNAN, Muriel, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit privé, Paris, 3^e éd., 2012.

FAVENNEC-HÉRY, Françoise, VERKINDT, Pierre-Yves, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 4^e éd., 2014.

FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc, SAVAUX, Éric, *Les obligations. 1. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Sirey, Paris, 16^e éd. 2014 ; *Les obligations. 2. Le fait juridique : quasi-contrats, responsabilité délictuelle*, Sirey, Paris, 14^e éd. 2011 ; *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation : la preuve, les effets de l'obligation, la responsabilité contractuelle, transmission, transformation, extinction des obligations*, Sirey, Paris, 8^e éd. 2013.

GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire, SERINET, Yves-Marie, *La formation du contrat*, LGDJ - Lextenso, Traité de droit civil, Issy-les-Moulineaux 4^e éd., 2013.

GHESTIN, Jacques, GOUBEAUX, Gilles, FABRE-MAGNAN, Murielle, *Introduction générale*, LGDJ, Traité de droit civil, Paris, 4^e éd., 1994.

GHESTIN, Jacques, JAMIN, Christophe, BILLIAU, Marc, *Les effets du contrat*, LGDJ, Traité de droit civil, Paris, 3^e éd., 2001.

GUINCHARD, Serge, CHAINAIS, Cécile, FERRAND, Frédérique, *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 29^e éd., 2008.

GAUDEMET, Eugène, MAZEAUD, Denis, DESBOIS, Henri, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, Paris, 2004.

GAUDU, François, VATINET, Raymonde, *Les contrats du travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, Traité des contrats, Paris, 2001.

LARROUMET, Christian, BROS, Sarah, *Les obligations. Tome 3, Le Contrat*, Economica, Traité de Droit civil, Paris, 7^e éd., 2014.

LOKIEC, Pascal, *Droit du travail, tome 1 : Les relations individuelles de travail*, PUF, Paris, 1^{er} éd., 2011 ; *Droit du travail, tome 2 : Les relations collectives de travail*, PUF, Paris 1^{er} éd., 2011.

LONG, Marceau, BRAIBANT, Guy, DEVOLVE, Pierre, GENEVOIS, Bruno WEIL, Prosper, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 19^e éd., 2013.

MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent, STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Les obligations*, Defrénois - Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 6^e éd., 2013.

MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent, GAUTIER, Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, Defrénois - Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 7^e éd., 2014.

MALAURIE-VIGNAL, Marie, *Droit de la distribution*, Sirey, Paris, 3^e éd., 2015.

MALINVAUD, Philippe, FENOUILLET, Dominique, MEKKI, Mustapha, *Droit des obligations*, LexisNexis, Paris, 13^e éd., 2014.

MARTY, Gabriel, RAYNAUD, Pierre, *Les obligations, tomes 1 et 2*, Sirey, Paris, 1^e éd., 1962.

MAZEAUD, Antoine, *Droit du travail*, LGDJ - Lextenso, Domat, Issy-les-Moulineaux, 9^e éd., 2014.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon, MAZEAUD, Jean, CHABAS, François, *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, Leçons de droit civil, Paris, 11^e éd., 1996 ; *Leçons de droit civil. Tome 2. Obligations : théorie générale*, Montchrestien, Paris, 9^e éd., 1998.

MORVAN, Danièle, REY, Alain, *Dictionnaire culturel en langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris 2005.

MOUSSERON, Pierre, RAYNARD, Jacques, SEUBE, Jean-Baptiste, *Technique contractuelle*, Éd. Francis Lefebvre, Paris, 4^e éd., 2010.

PEDAMON, Michel, KENFACK, Hugues, *Droit commercial*, Dalloz, Paris, 3^e éd., 2011.

PÉLISSIER, Jean, LYON-CAEN, Antoine, JEAMMAUD, Antoine, DOCKES, Emmanuel, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Paris, 4^e éd., 2008.

PICARD, Pierre, *Éléments de microéconomie. 1. Théorie et applications*, Montchrestien, Lextenso, Paris, 8^e éd., 2011.

PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil : 1. Principes généraux, les personnes, la famille, les incapables, les biens*, LGDJ, Paris, 5^e éd., 1908 ; *Traité élémentaire de droit civil : 2. Obligations, contrats, sûretés réelles*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1952.

RAY, Jean-Emmanuel, *Droit du travail, droit vivant*, Éd. Liaisons, Rueil-Malmaison, 23^e éd., 2014.

REMOND, René, *Introduction à l'histoire de notre temps. Tome 1 : l'Ancien Régime et la révolution 1750-1815*. Éd. du Seuil, Paris, 1974 ; *Introduction à l'histoire de notre temps. Tome 2 : le XIX^e siècle, 1815-1914*, Éd. du Seuil, Paris, 1974.

REINHARD, Yves, NOURISSAT, Cyril, PIERRE, Sylvie, *Droit commercial*, LexisNexis, Paris, 8^e éd., 2012.

REY, Alain (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2010.

RIVERO, Jean, *Droit du travail*, PUF, Thémis, Paris, 12^e éd., 1991.

SERIAUX, Alain, *Droit des obligations*, PUF, Droit fondamental, Paris, 2^e éd., 2014.

SINAY, Hélène, JAVILLIER, Jean-Claude, *Droit du travail, La grève*, Dalloz, *Traité de droit du travail*, Paris, 2^e éd., 1984.

STARCK, Boris, BOYER, Laurent, ROLAND, Henri, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, Paris, 6^e éd., 1998.

TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013.

TEYSSIÉ, Bernard, *Droit du travail - Relations collectives*, LexisNexis, Paris 9^e éd., 2014.

TEYSSIÉ, Bernard, CESARO, Jean-François, MARTINON, Arnaud, *Droit du travail - Relations individuelles*, LexisNexis, Paris, 3^e éd., 2014.

TERRÉ, François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 9^e éd., 2012.

VOGEL, Louis, *Traité de droit des affaires. Tome 1, Du droit commercial au droit économique*, LGDJ - Lextenso, Paris, 19^e éd., 2010.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES :

ANTONMATTEI, Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1992, tome 220.

ARBANT-MICHEL, Géraldine, *Les relations entre les clauses et le contrat*, thèse, Montpellier, 2001.

ASCENSI, Lionel, *Du principe de la contradiction*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2006, tome 454.

AUBERT, Jean-Luc, *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1970, tome 109.

AZEMA, Jacques, *La durée des contrats successifs*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1969, tome 102.

BAHANS, Jean-Marc, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux, Presses universitaires Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1998.

BAUGARD, Dirk, *La sanction de requalification en droit du travail*, IRJS, Paris 2011, tome 31.

BECHILLON (de), Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.

BEHAR-TOUCHAIS, Martine, VIRASSAMY, Georges, *Les contrats de distribution*, LGDJ, Traité des contrats, Paris, 1999.

BERAUD, Jean-Marc, *La suspension du contrat de travail. Essai d'une théorie générale*, thèse Lyon, 1979.

BERENGER, Frédéric, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, PUAM, Aix-en-Provence, 2007.

BERLIOZ, Georges, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1973, tome 132.

BERTHE de la GRESSAYE, Jean, LEGAL, Alfred, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938

BERTHIAU, Denis, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, 1999, tome 320.

BLOUCH, Rachel, *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, PUAM, Aix-en-Provence, 2011.

BOÛARD (de), Fabrice, *La dépendance économique née d'un contrat*, LGDJ - Bibliothèque de l'institut André Tunc, Paris, 2007, tome 13.

BUFFELAN-LANORE, Yvaine, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1963, tome 43.

BUJOLI, Frédéric, FAUVARQUE-CAUSSON, Bénédicte, MAZEAUD, Denis, RACINE, Jean-Baptiste, SAUTONIE-LAGUIONIE, Laura, WICKER, Guillaume, *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, Société de législation comparée, Paris, 2008.

CABRILLAC, Rémy, *L'acte conjonctif en droit privé français*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1990, tome 213.

CANUT, Florence, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ - Bibliothèque de l'institut André Tunc, Paris, 2007, tome 14.

CAPDEPONT, Yannick, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2013, tome 122.

CAPITANT, Henri, *De la cause des obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs*, Éd. de la Mémoire du droit, Paris, 2012.

CARBONNIER, Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 10^e éd., 2001.

CARVAL, Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1995, tome 250.

CASEAU, Cécile, *Droit du travail et droit commun des obligations*, mémoire de DEA, Paris I, 1994.

CHAABAN, Rana, *La caducité des actes juridiques*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2006, tome 445.

CHABAS, Cécile, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 380.

CHALARON, Yves, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, Paris, 1990.

CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, Paris, 1952, tome 8.

CHARDIN, Nicole, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1988, tome 199.

CHASSAGNARD-PINET, Sandrine, HIEZ, David (dir.), *La contractualisation de la production normative*, actes du colloque tenu les 11, 12, et 13 octobre 2007 à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2008.

CHAZAL, Jean-Pascal, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble, 1996.

CHÉNÉDÉ, François, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, Paris, 2008, tome 17.

CORNESSE, Isabelle, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, n°52, Paris, 2001, tome 52.

CORNU, Gérard, *Regards sur le Titre III du Livre III " Des contrats ou des obligations conventionnelles en général " (Essai de lecture d'un titre du Code)*, Les cours de droit, Paris, 1976.

COUTU, Michel, *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ, Presses de l'université de Laval, Droit et société, 1995.

DABOSVILLE, Benjamin, *L'information du salarié*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2013, tome 123.

DANET, Jean, *Droit et disciplines de production et de commercialisation en agriculture*, thèse Paris I, 1982.

DEBBASCH, Charles, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, Paris, 1962, tome 38.

DEGOFFE, Michel, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, Paris, 2000.

DESGORCES, Richard, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspective*, thèse Paris II, 1992.

DEL CONT, Catherine, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 1997.

DIRRINGER, Josépha, *Les sources collectives de la représentation collective des salariés*, LGDJ - Bibliothèque de droit social, Paris, 2015, tome 65.

DUGUIT, Léon, *Transformations générales du droit privé*, Éd. de la Mémoire du droit, Paris, 1999.

DUPRE de BOULOIS, Xavier, *Le pouvoir de décision unilatérale*, LGDJ - Bibliothèque de droit public, Paris, 2006, tome 248.

DURAND, Paul (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, Paris, 1960.

DURKHEIM, Emile, *De la division du travail social*, PUF, Quadrige, Paris, 4^e éd., 2004.

EL-GAMMAL, Mostapha, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques. Etude comparée de droit civil français et de droit civil de la république Arabe unie*, LGDJ – Bibliothèque de droit privé, Paris, 1967, tome 22.

ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1996, tome 254.

FABRE-MAGNAN, Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ – Bibliothèque de droit privé, Paris, 1992, tome 221.

FARJAT, Gérard, *L'ordre public économique*, LGDJ – Bibliothèque de droit privé, Paris, 1963, tome 37.

- *Pour un droit économique*, PUF, Les voies du droit, Paris, 2004.

FIN-LANGER, Laurence, *L'équilibre contractuel*, LGDJ – Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 336.

FONTAINE, Marcel, GHESTIN, Jacques (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1996, tome 261.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988.

FROUIN, Jean-Yves, *Une construction prétorienne du droit du travail : entre protection du salarié et intérêt de l'entreprise*, thèse, Paris 2, 2009.

GAILLARD, Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Etudes et Recherches, Paris, 1985.

GARDES, Delphine, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, PU Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2013.

GARRON, Frédéric, *La caducité du contrat (Etude de droit privé)*, PUAM, Aix-en-Provence, 1999.

GEA, Frédéric, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Fondation Varenne, LGDJ, Paris, 2009, tome 24.

GÉNIAUT, Benoît, *La proportionnalité dans les relations de travail*, Dalloz, Nouvelles Bibliothèque de thèse, Paris, 2009.

GENICON, Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484.

GENY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, LGDJ, Paris, 1919.

GERMAIN, Christine, *Droit du travail et théorie de l'acte juridique*, thèse Bordeaux, 2000.

GHOZI, Alain, *La modification de l'obligation par la volonté des parties. Etude de Droit civil français*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1980, tome 166.

GOLDIE-GENICON, Charlotte, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2009, tome 509.

GOYARD-FABRE, Simone, *Montesquieu ou la Constitution de la liberté*, Ellipses, Philo-philosophes, Paris, 1997.

GRATTON, Laurène, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, tome 104.

HAUSER, Jean, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse Paris, 1969.

HAMELIN, Jean-François, *Le contrat-alliance*, Economica, Paris, 2012, tome 30.

HELLERINGER, Geneviève, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2012, tome 536.

HÉAS, Franck, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ – Bibliothèque de droit social, 2000, tome 34.

HUSSON, Léon, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, Paris, 1974.

IZORCHE-MATHIEU, Marie-Laure, *L'avènement de l'engagement unilatéral de volonté en droit contemporain*, PUAM, Aix-en-Provence, 1995.

JAMIN, Christophe, MAZEAUD, Denis (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, Paris, 1999.

JESTAZ, Philippe, JAMIN, Christophe, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, Paris, 2004.

JACQUES, Philippe, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005, tome 46.

JOSSERAND, Louis, *De l'esprit des lois et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, Paris, 1927.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 1962.

KHODRI-BENAMROUCHE, Farida, *Le Code civil dans les relations de travail*, thèse Saint Etienne, 2002.

LAFUMA, Emmanuelle, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ - Bibliothèque de droit social, Paris, 2008, tome 46.

LAVEFVE LABORDERIE, Anne-Sophie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2005, tome 447.

LECOEUR, Chrystelle, *La notion d'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, PUAM, Aix-en-Provence, 2015.

LE GAC-PECH, Sophie, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, tome 335.

LEQUETTE, Suzanne, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*. Economica, Paris, 2012, tome 27.

LEVENEUR, Laurent, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1990, tome 212.

LITTY, Olivier, *Inégalité des parties et durée du contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1999, tome 322.

LOKIEC, Pascal, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ – Bibliothèque de droit privé, Paris, 2004, tome 408.

LYON-CAEN, Gérard, *Le droit du travail : une technique réversible*, Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 1995.

MALAURIE, Philippe, *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS*, éd., Mabrot-Braine, Reims, 1923.

MARTINON, Arnaud, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2005, tome 48.

MOULY-GUILLEMAUD, Clémence, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2006, tome 460.

MORIN, Gaston, *La révolte du droit contre le code, La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrats, responsabilité, propriété)*, Sirey, Paris, 1945.

MORVAN, Patrick, *Le principe en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 1999.

NOBLOT, Cyril, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 382.

OUERDANE - AUBERT DE VINCELLES, Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Nouvelles Bibliothèque de Thèses, 2002, tome 19.

OVERSTAKE, Jean-Francis, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ – Bibliothèque de droit privé, Paris, 1969, tome 91.

PAGNERRE, Yannick, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, 2008.

PASQUIER, Thomas, *L'économie du contrat de travail*, LGDJ - Bibliothèque de droit social, Paris, 2010, tome 53.

PELLETIER, Caroline, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Paris, L'Harmattan, 2004.

PHILIPPE, Denis, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant, Collection du Centre interuniversitaire de droit comparé, Bruxelles, 1986, tome 27.

PICOD, Yves, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1989, tome 208.

PIET, Gaël, *La correction du contrat*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004.

PIMONT, Sébastien, *L'économie du contrat*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004.

PIOLET, Fabrice, *La réception de la violence économique en droit comparé*, mémoire de magistère de Juriste d'affaire, Paris 2, 2008.

RADÉ, Christophe, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1997, tome 282.

RIALS, Stéphane, *Le juge administratif et la technique du standard*, LGDJ – Bibliothèque de droit public, Paris, 1980, tome 135.

RIEG, Alain, *Le rôle de la volonté étant l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1961, tome 19.

RIPERT, Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1936 ; *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1994 ; *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 1994 ; *Aspects juridiques du capitalisme*, LGDJ, Paris, 2^e éd. 2005.

ROBICHEZ, Juliette, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, thèse Paris I, 1999.

ROCHFELD, Judith, *Cause et type de contrat*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1999, tome 311 ; *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis droit, Paris, 2^e éd., 2013.

ROUAST, André, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, thèse Lyon, 1910.

ROUJOU DE BOUBÉE, Gabriel, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1961, tome 27.

RZEPECKI, Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, PUAM, Aix-en-Provence, 2002.

SACHS, Tatiana, *La raison économique en droit du travail, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, LGDJ - Bibliothèque de droit social, Paris, 2013, tome 58.

SAINT DIDIER, Claude, *Droit du travail et droit des obligations*, thèse Aix Marseille, 1996.

SAINTOURENS, Bernard, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux, 1986.

SALEILLES, Raymond, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Librairie Cotillon, R. Pichon, Librairie du Conseil d'Etat et de la société de législation comparée, Paris, 1901.

SAUPHANOR, Nathalie, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000 tome 326.

SAVAUX, Eric, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1997, tome 264.

SAYAG, Alain, *Essai sur le besoin créateur de droit*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1969, tome 94.

SCHULZE, Reiner, WICKER, Guillaume, MÄSCH, Gerald, MAZEAUD, Denis, *La réforme française du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes*, Société de législation comparée, Paris, 2015.

SONET, Amaury, *Le préavis en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003.

STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, PUAM, Aix-en-Provence, 1994 ; *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, tome 337

SUPIOT, Alain, *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige, Paris, 1994 ; *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Éd. du Seuil, Paris, 2005 ; *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Éd. du Seuil, Paris, 2010.

TARDE, Gabriel, *Les transformations du droit*, Berg International Editeurs, Paris, 1994.

TERRÉ, François (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz, Paris, 2009.

TEYSSIE, Bernard (dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Paris, Economica, 2011.

THIBIERGE, Louis, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, Paris, 2011, tome 26.

THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ – Bibliothèque de droit privé, Paris, 1992, tome 218.

TOURNAUX, Sébastien, *L'essai en droit privé. Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, LGDJ – Bibliothèque de droit social, Paris, 2011, tome 54.

VIGNAL, Nancy, *La transparence en droit privé des contrats. Approche critique de l'exigence*, PUAM, Aix-en-Provence, 1998.

VIRASSAMY, Georges, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1986, tome 190.

VIZIOZ, Henri, *La notion de quasi-contrat, étude historique et critique*, thèse Bordeaux, 1912.

VOUIN, Robert, *La bonne foi ; notion et rôle actuels en droit privé français*, thèse, Bordeaux, LGDJ, 1939.

WEBER, Max, *Sociologie du droit*, PUF, trad J. Grosclaude, Paris, 1986 ; *Économie et société*, Plon, Paris, trad. J. Chavez et G. de Dampierre (dir.), 1971

WICKER, Guillaume, *Les fictions juridiques - Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 1997, tome 253.

III. ARTICLES, CHRONIQUES, FASCICULES :

ADAM, Patrice, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail ». in *La volonté du salarié*, T. Sachs (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2012, p. 31.

ALLAIN, Marie-Laure, CHAMBOLLE, Claire, « Les relations entre producteurs et distributeurs : bilan et limites de trente ans de régulation ». CECO-964, 2002, <hal-00243000>.

ALFANDARI, Elie « Le droit au sein des rapports entre l'«économique» et le «social» ». in *Mélanges Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 31.

ALPA, Guido, « La protection de la partie faible en droit italien ». in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, Paris, 1996, tome 261, p. 583 ; « Les nouvelles frontières du droit des contrats ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris 2001, p. 1.

AL-SANHOURY, Ahmed, « Le standard juridique ». *Mélanges Gény*, Sirey, Paris, 1937, p. 114.

AMIRAULT, René, « Théorie générale des obligations et la sécurité sociale ». in *Annales de l'institut de droit du travail et de la Sécurité sociale*, Lyon, PU Lyon, 1967, p. 119.

AMRANI-MEKKI, Soraya, « Quelques réflexions procédurales », (à propos de la rétroactivité de la jurisprudence). *RTD civ.* 2005, p. 293 ; « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée ». *Deffrénois* 2006, p. 369.

ANCEL, François, « Genèse, sources, esprit, structure et méthode ». *RDC* 2009, p. 273.

ANCEL, Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat ». *RTD civ* 1999, p. 771.

ANTONMATTEI, Paul-Henri, « Les éléments du contrat de travail ». *Dr. soc.* 1999, p. 330 ; « Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *Dr. soc.* 2008, p. 771.

ARMAND-PREVOST, Michel, RICHARD, Daniel, « *Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel)* ». *JCP* 1979 I, 2952.

ARTZ, Jean-François, « La suspension du contrat à exécution successive ». *D.* 1979, chron. p. 95.

ASFAR, Caroline, « Vers un élargissement de la catégorie des quasi-contrats, ou une nouvelle interprétation de l'article 1371 du Code civil ». *Dr. et patr.* 2002, n°104, p. 28.

ATIAS, Christian, LINOTTE, Didier, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait ». *D.* 1977, chron. p. 251.

ATIAS, Christian, « La Cour de cassation gardienne de l'unité du droit ». in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 1994, p. 73 ; « Les « risques et périls » de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) ». *D.* 2003, p. 1103 ; « Sur les revirements de jurisprudence », (à propos de la rétroactivité de la jurisprudence). *RTD civ.* 2005, p. 298.

AUBERT, Jean-Luc, « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le code civil » in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris, 2004, p. 123 ; « Faut-il 'moduler' dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute ? », (à propos de la rétroactivité de la jurisprudence). *RTD civ.* 2005, p. 300.

AUBERT de VINCELLES, Carole, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix ». *D.* 2006, p. 2629.

AUBRY, Marie-Christine, « Retour sur la caducité en matière contractuelle ». *RTD civ.* 2012, p. 625.

AUZERO, Gilles, « La validité des clauses de rupture des contrats de travail à durée déterminée ». *Dr. soc.* 2001, p. 17 ; « L'exercice du pouvoir de licencier ». *Dr. soc.* 2010, pp. 289-296 ; « Le syndicat-contrat ». in *Mélanges Gaudu*, IRJS éditions, Paris, 2014, p. 255.

AYNÈS, Laurent, « Rapport introductif ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 3 ; « L'obligation de loyauté ». *APD* 2000, p. 195 ; « A propos de la force obligatoire du contrat ». *RDC* 2003, p. 323 ; « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives ». *Dt. et patr.* 2004, n°126, p. 64 ; « Motivation et justification ». *RDC* 2004, p. 555 ; « Vers une déontologie du contrat ? ». Conférence à la Cour de cassation, 11 mai 2006 ; « La contrainte en droit des contrats ». in *La contrainte*, L. Grynbaum (dir.), Economica, Etudes juridiques, Paris, 2007, p. 35 ; « Mauvaise foi et prérogative contractuelle ». in *Les prérogatives contractuelles*, actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC* 2011, p. 687 ; « La cause, inutile et dangereuse ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 40.

BACHELLIER, Xavier, JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle, « Les revirements de jurisprudence », (à propos de la rétroactivité de la jurisprudence). *RTD civ.* 2005, p. 304.

BALAT, Nicolas, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? ». *D.* 2015, p. 699.

BARANES, William, FRISON-ROCHE, Marie-Anne, ROBERT, Jacques-Henri, « Pour le droit processuel ». *D.* 1993, chron. p. 9.

BARBIER, Hugo, « Le vice du consentement pour cause de violence économique ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 50.

BARÈGE, Alexandre, « Le refus de suivre une formation est-il fautif ? ». *JCP S* 2008, 1233.

BARTHELEMY, Jacques, « Une convention collective de travailleurs indépendants ? Réflexions à propos des accords du 16 avril 1996 fixant le statut des agents généraux d'assurance ». *Dr. soc.* 1997, p. 40 ; « Le professionnel parasubordonné ». *JCP E* 1996, n°47, p. 487 ; « La négociation d'entreprise, consensualisme ou formalisme ? ». *Dr. soc.* 1988 p. 401 ; « La négociation collective d'entreprise, consensualisme ou formalisme ? ». *Dr. soc.* 1998, p. 401 ; « Collectivité du personnel et notion d'entreprise ». *D.* 2000, chron. p. 279.

BATIFFOL, Henri, « La crise du contrat et sa portée ». *APD* 1968, p. 13.

BAUGARD, Dirk, « Le droit à l'emploi ». *Dr. soc.* 2014, p. 332 ; « L'engagement de verser une contrepartie financière dans la clause de non-concurrence ». in *Mélanges Gaudu*, IRJS éditions, Paris, 2014, p. 331.

BAZIN, Éric, « La résolution unilatérale du contrat ». *RRJ* 2000, p. 1381.

BEAL, Stéphane, DODET, Anne-Laure, « Obligation d'adaptation et obligation d'employabilité ». *JCP S* 2008, 1401.

BEAL, Stéphane, « Manquement à l'obligation d'adaptation et d'employabilité et indemnisation ». *JCP S* 2008, 1283.

BEHAR-TOUCHAIS, Martine, « Conclusion (Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?) », *Dr. et patr.* 1998, n°58, p. 68 ; « Rapport introductif (Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé) ». *LPA* 1998, n°117, p. 3 ; « Conclusion (Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé) ». *LPA* 1998, n°117, p. 68 ; « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? ». *RDC* 2009, p. 1258 ; « Première sanction de déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir "une machine à hacher le droit" ? ». *RLC* 2010, n°23, p. 43 ; « L'intangibilité du contrat annuel entre fournisseur et enseigne de la grande distribution, confrontée à la hausse du prix des matières premières ». *RDC* 2012, p. 143 ; « Un déséquilibre significatif à deux vitesses ». *JCP* 2015, 603.

BELIER, Gilles, « Les incertitudes de la négociation d'entreprise dans le domaine des relations sociales ». *Dr. soc.* 1988, p. 724.

BENABENT, Alain, « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée ». *LPA* 1998, n°54, p. 14 ; « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux ». in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris, 2004, p. 245 ; « La prolongation du contrat ». *RDC* 2004, p. 117.

BEYNEIX, Isabelle, « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé ». *LPA* 2006, n°170, p. 3.

BERAUD, Jean-Marc, « La discipline dans l'entreprise ». in *Mélanges Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 161 ; « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail ». *Dr. ouvr.* 1997, p. 529.

BERG-MOUSSA, Alexandra, « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements ». *JCP E* 2012, n°9, p. 27.

BERGEL, Jean-Louis, « Différence de nature (égale) différence de régime ». *RTD civ.* 1982, p. 255 ; « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique ». *RRJ* 1995, p. 1079.

BERLIOZ-HOUIN, Brigitte, « Le droit des contrats face à l'évolution économique ». in *Mélanges Houin*, Dalloz, Sirey, Paris, 1985, p. 3.

BERNARD, Cristina, « La recherche des préjudices des salariés "préretraités amiante" à l'aune du droit commun de la responsabilité civile ». *D.* 2010, p. 2048.

BERTEL, Jean-Pierre, « La cohabitation de la révocabilité *ad nutum* et du contradictoire. Une nouvelle illustration de la "théorie du juste milieu" en droit des sociétés ». *Dr. et patr.* 1998, n°64, p. 75.

BERTRAND, Edmond, « Le rôle de la dialectique en droit privé positif ». *D.* 1951, chron. p. 151.

BIOY, Xavier, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction ». in *Les notions juridiques*, G. Tusseau (dir.), Economica, Paris, 2009, p. 39.p. 28.

BISSARA, Philippe, « L'intérêt social ». *RDS* 1999, p. 5.

BISCHOFF, Jean-Marc, « La protection des engagements temporaires ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 109.

BLAISE, Henry, « La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement ». *Dr. soc.* 1980, p. 365 ; « Les conventions de travail ». in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadiet, G. Cornu, (dir.), Economica, Paris, 1987, p. 49.

BOFFA, Romain, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats ». *D.* 2015, p. 335.

- BOIZARD, Matthias**, « La réception de la notion de violence économique en droit ». *LPA* 2004, n°120, p. 5.
- BOLZE, Antoine**, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé ». *RRJ* 1997, p. 855.
- BONNECHERE, Michèle**, « L'ordre public au sens du droit du travail », *JCP G* 1974, I, 11604.
- BONNETETE, Marie-Claire**, « 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* 1975, 11906.
- BORENFREUND, Georges, SOURIAC, Marie-Armelle**, « Représentativité syndicale et principe de concordance ». *RDT* 2009, p. 664.
- BORENFREUND, Georges**, « La représentation des salariés et l'idée de représentation ». *Dr. soc.* 1991, p. 685 ; « Le nouveau régime de la représentativité syndicale ». *RDT* 2008, p. 712.
- BOSSU, Bernard**, « La confiance en droit du travail ». in *La cause en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2013, p. 215.
- BOUBLY, Bernard**, « Modification du contrat de travail et licenciement pour motif économique ». *Gaz. pal.* 1992, p. 1203.
- BOULANGER, Jean**, « Principes généraux du droit et droit positif ». in *Mélanges Ripert*, LGDJ, Paris, 1950, p. 49.
- BOULMIER, Daniel**, « Du refus d'un changement des conditions de travail à la faute grave ». *JCP S* 2012, n°38, p. 1386.
- BOULOUIS, Jean**, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique ». in *Du droit international au droit de l'intégration : liber amicorum*, Pierre Pescatore, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, p. 53.
- BOURGEOU, Sylvie, FROUIN, Jean-Yves**, « Maladie et inaptitude du salarié ». *RJS* 2000, p. 3.
- BOUTARD-LABARDE, Marie-Chantal**, « Principe de proportionnalité et fixation des amendes en droit de la concurrence ». *LPA* 1998, n°117, p. 44.
- BOUTONNET, Mathilde**, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile ». *D.* 2010, p. 2662.
- BOUSIGES, Annie**, « L'évolution de la force majeure en droit du travail ». in *Mélanges Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 83.

BOUVIER, Michel, « Georges Gurvitch et l'idée du droit social ». in *Mélanges Dupuis*, LGDJ, Paris, p. 19.

BOUSEZ, Françoise, « La proportionnalité en droit du travail ». in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Economica, Paris, 2011, p. 121.

BOY, Laurence, « Les "utilités" du contrat ». *LPA* 1997, n°109, p. 3.

BRAIBANT, Guy, « Le principe de proportionnalité ». in *Mélanges Waline*, LGDJ, Paris, 1974, p. 297.

BREDIN, Jean-Denis, « Remarques sur la Doctrine ». in *Mélanges Hébraud*, PU Toulouse, 1981, p. 111.

BRISSY, Stéphane, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations : une source d'évolution pour le droit du travail ? ». *Dr. soc.* 2007, p. 8

BRUNET, Andrée, GHOZI, Alain, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat ». *D.* 1998, chron. P. 1.

BUY, Frédéric, « Loi Macron : focus sur les clauses restrictives d'après-contrat ». *D.* 2015, p. 1902.

BUY, Michel, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail ». in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, Aix-en-Provence, 1993, p. 35.

CABRILLAC, Michel, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale ». in *Mélanges Marty*, Dalloz, Paris, 1976, p. 235.

CADIET, Loïc, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats » in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadiet, G. Cornu, (dir.), Economica, Paris, 1987, p. 7 ; « Jurisprudence administrative et jurisprudence judiciaire en matière sociale : le jeu des influences ». *Dr. soc.* 1991, p. 200 ; « Une justice contractuelle, l'autre ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 177.

CALAIS-AULOY, Jean, « Les contrats d'adhésion et la protection des consommateurs ». *ENAJ* 1978, p. 259 ; « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats ». *RTD civ.* 1994, p. 239 ; « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 ». *D.* 1995, chron. p. 99.

CALENDINI, Jean-Michel, « Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives ». *LPA* 1998, n°117, p. 51.

CAMERLYNCK, Guillaume Henri, « L'autonomie du droit du travail (La prescription abrégée de la créance de salaires) ». *D.* 1956, chron. p. 23 ; « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement ». *D.* 1958, chron. p. 1425.

CANUT, Florence, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique ». *Dr. soc.* 2010, p. 379.

CANIVET, Guy, MOLFESSIS, Nicolas, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? ». *JCP E* 2004, p. 2041.

CANIVET, Guy, « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste ». *in De l'injuste au juste*, Dalloz, Paris, 1997, p. 108 ; « La Cour de cassation et la doctrine. Effets d'optique ». *in Mélanges Aubert*, Dalloz, Paris, 2005, p. 373

CAPITANT, Henri, « Sur l'abus des droits ». *RTD civ.* 1928, p. 365.

CARBONNIER, Jean, « Vie Famille législation et quelques autres... » *in Mélanges Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 135 ; « Gurvitch et les juristes ». *Dr. et sociétés*, 1986, n°4, p. 429.

CASSIN, René, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution ». *RTD civ.* 1945, p. 159.

CASTEL, Robert, « Droit du travail : redéploiement ou refondation ? ». *Dr. soc.* 1999, p. 438.

CATALA, Pierre, « Les lois du marché », *in Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 201 ; « Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats ». *JCP* 2005, I, n°39, p. 170 ; « Au-delà du bicentenaire ». *RDC* 2004, p. 1145.

CESARO, Jean-François, « L'analyse économique du droit et le droit du travail » *in Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Economica, Paris, 2011, p. 185.

CHALARON, Yves, « L'application de la disposition la plus favorable ». *in Mélanges Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 1989, p. 243.

CHAMPAUD, Claude, « Contribution à la définition du droit économique ». *D.* 1967, chron. p. 213.

CHANIAL, Philippe, « Renouer les fils de l'alliance : Bourgeois, Durkheim et l'incomplétude du contrat ». *in La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Dalloz, Paris, 2004, p. 51.

CHANTEPIE, Gaël, PIGNARRE, Geneviève, « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie ». *RDC* 2011, p. 611.

CHANTEPIE, Gaël, « La précarité des relations commerciales ». *JCP E* 2012, 1605.

CHAZAL, Jean-Pascal, « De la signification du mot loi ans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil ». *RTD civ.* 2001, p. 265 ; « De la théorie générale à la théorie critique du contrat ». *RDC* 2003, pp. 27-34 ; « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel ». *RDC* 2003, pp. 325-332 ; « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », *in La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Dalloz, Paris, 2004, p. 99 ; « Violence économique ou abus de

faiblesse ? ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 47 ; « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux ». in *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2014, p. 279 ; « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? ». *D.* 2015, n°12, édito.

CHELLE, Dominique, « Le licenciement du salarié devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ». *Dr. soc.* 1991, p. 211.

CHÉNEDÉ, François, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles ». in *Les prérogatives contractuelles*, actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC* 2011, p. 709 ; « Napoléon Bonaparte, lésion et violence ». *RDC* 2014, p. 527 ; « Les "quasi-contrats" – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 60 ; « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme ». *D.* 2015, p. 1226.

CHENU, Damien, « Rupture du contrat ». in *La cause en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2013, p. 93.

CHEVILLARD, Alain, « La notion de disposition plus favorable ». *Dr. soc.* 1993, p. 363.

CHISS, Romain, MANIGOT, Vincent, « Le sort des engagements unilatéraux de l'employeur lors des transferts d'entreprises ». *JCP S* 2010, 1007.

CHOLET, Didier, « La novation de contrat ». *RTD civ.* 2006, p. 467.

CHOLEY, Jean-Yves, « La sanction des vices du consentement en droit du travail ». in *Mélanges Beguet*, PU Faculté de droit, Toulon, 1985, p. 87.

CHONNIER, Jean-Marc, « L'étrange cas de la modification du contrat de travail ». *D.* 2005, p. 2912.

CHOUKROUN, Charles, « La grève et le contrat de travail ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 145.

COHEN, Daniel, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance ». in *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, p. 517.

COMBREXELLE, Jean-Denis, SINGER, Grégory, « Le centre de gravité des relations de travail se trouve dans l'accord collectif ». *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2012, n°479.

COMMAILLE, Jacques, « Code civil et nouveaux codes sociaux ». in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris, 2004, p. 59.

CORNU, Gérard, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, tome. XIV, 1961-1962, Dalloz, Paris, 1965, p. 91 ; « Introduction ». in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, Paris, 1986, p. 99 ; « Le règne discret de l'analogie ». in *Mélanges Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 129.

CORRIGNAN-CARSIN, Danielle, « Loyauté et droit du travail ». in *Mélanges Blaise*, Economica, Paris, 1995, p. 125.

COSTA, Jean-Paul, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat ». *AJDA* 1988, p. 434.

COULON, Cédric, « L'influence de la durée du contrat sur l'évolution des sanctions contractuelles ». in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, F. Collart Dutilleul, C. Coulon (dir.), Economica, Paris, 2007, p. 29.

COURET, Alain, « Le maniement par le juge de la théorie de l'abus dans la fixation du prix ». *RCC* 1996, p. 27.

COURREGES, Anne, « Le pouvoir d'appréciation du ministre pour refuser en opportunité l'extension ». *SSL* 2009, n°1384, p. 6.

COUTURIER, Gérard, « Les techniques civilistes et le droit du travail ». *D.* 1975, chron. p. 51 ; « L'ordre public de protection : heurs et malheurs d'une vieille notion neuve ». in *Mélanges Flour*, Defrénois, Paris, 1979, p. 95 ; « Responsabilité civile et relations individuelles de travail ». *Dr. soc.* 1988, p. 407 ; « (Pour) la doctrine ». in *Mélanges Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 1989, p. 222 ; « L'intérêt de l'entreprise ». in *Mélanges Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 143 ; « Les relations entre employeurs et salariés en droit français ». in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, Paris, 1996, tome 161, p. 143 ; « Pot-pourri autour des modifications du contrat de travail ». *Dr. soc.* 1998, p. 878 ; « Vers un droit du reclassement ? ». *Dr. soc.* 1999, p. 497 ; « La théorie des nullités dans la jurisprudence sociale de la Cour de cassation ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 273 ; « Droit des contrats et droit du travail ». *RDT*, 2007, p. 407 ; « Procédure de licenciement collectif et contestation du motif économique. Sur l'arrêt *Viveo* ». *Dr. soc.* 2012, p. 600.

DABIN, Jean, « Droit subjectif et subjectivisme juridique ». *APD* 1964, p. 17.

DADOUN, Armand, « Faut-il avoir peur du “déséquilibre significatif” dans les relations commerciales ? ». *LPA* 2011, n°73, pp. 17.

DAGAN, Véronique, « Les nouvelles règles de la négociation collective et le pouvoir des branches ». *JCP G* 2004, 1573.

DAILLE-DUCLOS, Brigitte, « L'application extensive du principe du contradictoire en droit des affaires ». *JCP E* 2000, 1990.

DAUCHY, Pierre, « Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat ». *APD* 1981, p. 269.

DAUXERRE, Lydie, « Les méthodes probatoires en droit du travail » in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Economica, Paris, 2011, p. 231.

DAVID-CONSTANT, Simone, « L'influence de la Sécurité sociale sur la responsabilité civile ». in *Mélanges Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 235.

DESBARATS, Isabelle, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable ». *JCP E* 2006, n°5, 1214.

DEBBASCH, Charles, « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? ». in *Mélanges Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 127.

DEFOSSEZ, Michel, « Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause d'obligation ». *RTD civ.* 1985, p. 521.

DELEBECQUE, Philippe, « L'anéantissement unilatéral du contrat ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 61 ; « Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat ». *LPA* 2000, n°90, p. 22 ; « Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature ». *Dr. et patr.* 2004, p. 56 ; « Prérogative contractuelle et obligation essentielle ». in *Les prérogatives contractuelles*, actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC* 2011, p. 681.

DELMAS-SAINT-HILAIRE, Jean Pierre, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 189.

DEL SOL, Marion, « L'intermédiation de la relation salariale : de nouvelles modalités pour de nouveaux enjeux ». *JCP* .2005, 1314.

DEMOGUE, René, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale ». *RTD civ.* 1907, p. 245.

DEPREZ, Jean, « Un remède incertain à la précarité des avantages acquis : l'incorporation dans le contrat de travail ». *Dr. soc.* 1986, p. 906.

DE SALVIA, Michèle, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ». *Cah. cons. const.* 2001, p. 93.

DESHAYES, Olivier, « Le dommage précontractuel ». *RTD com.* 2004, p. 187 ; « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles ». in *Les prérogatives contractuelles*, actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC* 2011, p. 726 ; « L'interprétation des contrats – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 39.

DIDIER, Paul, « Brèves notes sur le contrat organisation ». in *Mélanges Terré*, PUF, Dalloz, Paris, 1999, p. 635.

DISSAUX, Nicolas, « Le gérance-mandat : une troisième voie ? ». *D.* 2010, chron. p. 667.

DJOUDI, Jamel, « Les nullités dans les relations individuelles de travail ». *D.* 1995, chron. p. 192.

DO, Van Dai, CHANG, Marie, « La résolution unilatérale du contrat en droit français : vers une harmonisation au sein de la Cour de cassation ». *LPA* 2004, n°72, p. 3.

DOCKES, Emmanuel, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.* 1994, p. 227 ; « La réciprocité des dispositions dans la convention collective », *Dr. ouvr.* 1997, p. 503 ; « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc.* 1999, p. 140 ; « Notion de contrat de travail ». *Dr. soc.* 2011, p. 546.

DRAI, Laurent, « La force majeure en droit du travail après les arrêts d'assemblée plénière du 14 avril 2006 ». *JCP S.* 2006, p. 1491 ; « La cause au temps de l'exécution du contrat de travail ». in *La cause en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2013, p. 56.

DREIFUSS-NETTER, Frédérique, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations ». *RTD civ.* 1990, p. 369.

DUPEYROUX, Jean-Jacques, « Droit civil et droit du travail : l'impasse ». *Dr. soc.* 1988, p. 371 ; « Les néo-libéraux et les syndicats ». *Dr. soc.* 1991, p. 1 ; « Les exigences de la solidarité ». *Dr. soc.* 1990, p. 741.

DUPLAT, Jacques, « Sur la portée des recommandations patronales ». *Dr. soc.* 1999, p. 795 ; « La possibilité de lock-out suppose une situation contraignante libérant de façon absolue l'employeur de son obligation de fournir du travail ». *Dr. ouvr.* 2006, p. 19.

DUPUIS, Georges, « Définition de l'acte juridique unilatéral ». in *Mélanges Eisenmann*, Sirey, Paris, 1975, p. 205.

DUQUESNE, François, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement. Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel ». *Dr. soc.* 1993, p. 847 ; « Le critère du lock-out licite ». *JCP* 1996, I, 3971.

DURAND, Paul, « Le dualisme de la convention collective de travail ». *RTD civ.* 1939, p. 353 ; « Une orientation nouvelle du droit du travail. L'ordre économique et le droit du travail ». *D.* 1941, chron. p. 29 ; « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel ». *RTD civ.* 1944, p. 73 ; « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP* 1944, I, n°387 ; « Le particularisme du droit du travail ». *Dr. soc.* 1945, p. 298 ; « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé ». *D.* 1956, chron. p. 73 ; « L'influence du droit du travail et de la sécurité sociale sur les formes de l'activités professionnelle ». *Dr. soc.* 1956, p. 144 ; « Préface ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 1.

DUVERGER, Maurice, « Essai sur l'autonomie du droit professionnel (1^{re} partie) ». *Dr. soc.* 1944, p. 276.

EDELMAN, Bernard, « La déjuridicisation du fait de la loi (regards un peu sombres sur les lois Auroux) ». *Dr. soc.* 1984, p. 290 ; « De la liberté et de la violence économique ». *D.* 2001, chron. p. 2315.

EISENMANN, Charles, « "L'Esprit des lois" et la séparation des pouvoirs ». *in Mélanges Carré de Malberg*, Duchemin, Paris, 1933, p. 165 ; « La pensée constitutionnelle de Montesquieu ». *in Charles Eisenmann, Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, PU Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 591.

ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafaël, « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport ». *RTD civ.* 2005, p. 83.

ESCANDE-VARNIOL, Marie-Christine, « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise ». *RJS* 2000, p. 260.

ETIENNEY de SAINTE-MARIE, Anne, « Menace sur les clauses ayant vocation à survivre à la résolution du contrat ». *D.* 2012, p. 1719.

FABRE, Alexandre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats ». *RTD civ.* 1983, p. 1

FABRE-MAGNAN, Muriel, « Le contrat de travail défini par son objet ». *in Le travail en perspective*, A. Supiot (dir.), LGDJ, Paris, 1998, p. 101 ; « L'obligation de motivation en droit des contrats ». *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 301 ; « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations ». *SSL*, 28 octobre 2002, n° 1095, p. 32 ; « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique ». *RDC* 2004, p. 573 ; « Le forçage du consentement du salarié ». *Dr. ouvr.* 2012, p. 459.

FAGES, Bertrand, « Des motifs de débats... ». *RDC* 2004, p. 563.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, « Le changement de circonstances ». *RDC* 2004, p. 67 ; « Les arrêts « Paragon Finance » et « Rice v. Great Yarmouth Borough Council » : où l'on voit le droit anglais recourir à diverses techniques d'interprétation des contrats afin de contrôler l'exercice des pouvoirs contractuels ». *RDC* 2004, p. 483

FELDMAN, Jean-Philippe, « L'AMF respecte-t-elle les droits de la défense ? ». *D.* 2009, p. 2756.

FENOUILLET, Dominique, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat ». *RDC* 2009, p. 279 ; « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ». *in Les prérogatives contractuelles*, actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC* 2011, p. 644.

FERRIER, Didier, « Une obligation de motiver ? ». *RDC* 2004, p. 558 ; « La preuve et le contrat » *in Mélanges Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, p. 105 ; « La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques... en matière de distribution (?) ». *D.* 2015, p. 1904.

FOMBEUR, Pascale, « Entre réforme achevée et réforme annoncée ». *RLDC* 2008, n°58, p. 6.

FONTAINE, Marcel, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels ». *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, Paris, 1996, tome 261, p. 615 ; « Fertilisation croisées du droit des contrats » *in Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 347.

FOURGOUX, Jean-Claude, « De Lu à Lip. La défense de l'entreprise est-elle juridiquement assurée ? ». *Gaz. Pal.* 1973, Doctr. p. 709.

FOYER, Jean, « "Le Code civil est vivant. Il doit le demeurer" ». *JCP* 2004, I, 120.

FRAYSSINET, Marie-Hélène, « Les lois de l'imitation chez Tarde, ou un processus normatif atypique ». *RRJ* 2003, p. 2311.

FREMEAUX, Sandrine, « Le concept d'intérêt de l'entreprise et la décision de licenciement ». *RRJ* 2005, p. 2009.

FREUND, Julien, « La rationalisation du droit selon Max Weber ». *APD* 1978, p. 69.

FREYRIA, Charles, « Les accords d'entreprise atypiques ». *Dr. soc.* 1988, p. 43.

FROUIN, Jean-Yves, « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail ». *JCP S* 2009, n°45, p. 14 ; « Raisons de la construction prétorienne du droit du travail ». *JCP S* 2009, n°46-47, p. 14.

FRIOCOURT, Michel, MONGIN, Bernard, « Validation législative, imprévision contractuelle et principe de prééminence du droit ». *LPA* 2002, n°204, p. 4.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats ». *RTD civ.* 1995, p. 573 ; « L'indétermination du prix ». *RTD civ* 1992, p. 269 ; « Le modèle du marché ». *APD* 1995, p. 286 ; « De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix ». *RJDA*, 1996, p. 3 ; « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? ». *RCC* 1996, n°92, p. 15 ; « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique ». *RTD civ.* 1998, p. 43 ; « Unilatéralité et consentement ». *in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 21 ; « Contrat, concurrence, régulation ». *RTD civ.* 2004, p. 451 ; « La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences », (à propos de la rétroactivité de la jurisprudence). *RTD civ.* 2005, p. 310.

FROMONT, Michel, « Le principe de proportionnalité ». *AJDA*, 1995, numéro spécial, juin, p. 156.

FROSSARD, Serge, « La supplétivité des règles en droit du travail ». *RDT* 2009, p. 83 ; « La sanction de la violation d'une procédure disciplinaire conventionnelle, signe de la procéduralisation du droit du travail ». *D.* 2001, p. 420.

FRYDMAN, Benoît, « Les formes de l'analogie ». *RRJ* 1995, p. 1053.

GABA, Harold Kobina, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus ». *Dr. ouvr.* 2005, p. 242.

GARAUD, Éric, « La rupture unilatérale pour inexécution suppose un comportement grave du débiteur défaillant ». *RLDC* 2004, n°40, p. 2.

GASSIN, Raymond, « Lois spéciales et droit commun ». *D.* 1961, chron. 91.

GAUDEMET, Yves, « Droit public et droit social - rapport de synthèse ». *Dr. soc.* 1991, p. 241.

GAUDIN, Laëtitia, « La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité ? ». *RDT* 2008, p. 162.

GAUDU, François, « La notion juridique d'emploi en droit privé ». *Dr. soc.* 1987, p. 414 ; « L'exécution des conventions d'entreprise ». *Dr. soc.* 1990, p. 606 ; « L'ordre public en droit du travail ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 363 ; « L'exigence de motivation en droit du travail ». *RDC* 2004, p. 566 ; « Libéralisation des marchés et droit du travail ». *Dr. soc.* 2006, p. 505.

GAUTIER, Pierre-Yves, « Les interactions du droit civil et du droit du travail ». in *Les sources du droit du travail*, PUF, Paris, 1998, p. 129 ; « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence ». *D.* 2003, chron. p. 2839 ; « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 70 ; « Morceaux de code ». *D.* 2015, p. 113.

GAVALDA, Natacha, « Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail ». *Dr. soc.* 1999, p. 582.

GEA, Frédéric, « Réflexions sur la volonté du salarié de rompre son contrat ». in *La volonté du salarié*, T. Sachs (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2012, p. 134.

GENICON, Thomas, « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier ». *RDC* 2010, p. 344 ; « Observations sur le Chapitre X - "Inexécution du projet de réforme du droit des contrats" ». in *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats*, J. Ghestin (dir.), *LPA* 12 février 2009, n° 3, p. 81 ; « Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse ». *RDC* 2013, p. 1321 ; « Défense et illustration de la cause en droit des contrats ». *D.* 2015, p. 1551.

GERMAIN, Michel, VATINET, Raymonde, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé ». in *Mélanges Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 397.

GHESTIN, Jacques, « L'utile et le juste dans les contrats ». *APD.* 1981, p. 35 ; « L'abus dans les contrats ». *Gaz. pal.* 1981, doctr. p. 379 ; « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in *Mélanges Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 203 ; « Le mandat d'intérêt commun ». in *Mélanges Derruppé*, Litec, Paris, 1991, p. 105 ; « Les données positives du droit ». *RTD civ.* 2002, p. 11 ; « Le Code civil en France aujourd'hui ». *RDC* 2004, p. 1152 ; « Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats ? ». *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2005, p. 396 ; « Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause ». *JCP* 2006, I, 194.

GLAIS, Michel, « L'état de dépendance économique au sens de l'art. 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : analyse économique ». *Gaz. pal.* 1989, I, p. 290.

GRANGER, Roger, « L'influence de la sécurité sociale sur la responsabilité civile (première partie) ». *Dr. soc.* 1955, p. 500 ; « L'influence de la sécurité sociale sur la responsabilité civile (seconde partie) ». *Dr. soc.* 1955, p. 573.

GRELON, Bernard, « Qui peut juger de l'intérêt de l'entreprise ». *Dr. ouvr.* 1988, p. 128.

GREVY, Manuela, « La sanction civile en droit du travail ». *Dr. soc.* 2001, p. 598.

GRIDEL, Jean-Pierre, « La rupture unilatérale aux risques et périls ». *RLDC* 2007, p. 41.

GRILLET-PONTON, Dominique, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle ». *D.* 2000, chron. p. 331.

GRIMONPREZ, Benoît, « Relations commerciales agricoles : l'aube de la contractualisation. - A propos de la loi n°2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture ». *JCP E* 2010, 1771.

GRUA, François, « Les divisions du droit ». *RTD civ.* 1992, p. 59.

GRUMBACH, Tiennot, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail ». *in Mélanges Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 253.

GRZEGORCZYK, Christophe, « Statut et fonction de la théorie dans la science du droit ». *APD* 1977, p. 177.

GUEGUEN, Jean-Marc, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle ». *D.* 1999, chron. p. 352.

GUERICOLAS, Marie-Andrée, « La force majeure en droit du travail ». *Mélanges Brun*, Librairie sociale et économique, Paris, 1974, p. 257.

GUIBAL, Michel, « De la proportionnalité ». *AJDA*, 1978, p. 477.

GUILLOUX, Patrick, « Négociation collective et adaptation professionnelle des salariés aux évolutions de l'emploi ». *Dr. soc.* 1990, p. 818.

GUTMANN, Daniel, « La fonction sociale de la doctrine juridique ». *RTD civ.* 2002, p. 455.

GUYENOT, Jean, « La rupture abusive des contrats à durée indéterminée ». *in La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 235.

HAUSER, Jean, « Une notion juridique de dépendance ». *in Mélanges Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 283 ; « L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique » *in Mélanges Derruppé*, Litec, Paris, 1991, p. 1.

HABA, Enrique, « Rationalité et méthode dans le droit ». *APD* 1968, p. 265.

HEAS, Franck, « Les obligations de reclassement en droit du travail ». *Dr. soc.* 1999, p. 504.

HÉBRAUD, Pierre, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques ». in *Mélanges Maury*, Dalloz, Paris, 1960, tome 2, p. 417 ; « Le juge et la jurisprudence ». in *Mélanges Couzinet*, PU Toulouse, Toulouse, 1974, p. 339.

HECQUARD-THERON, Maryvonne, « De la prérogative de puissance publique à la prérogative de décision ». in *Mélanges Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 671.

HERON, Jacques, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle ». *RRJ* 1993, p. 1083.

HIEZ, David, « À propos des *life time contracts* ». *RTD civ.* 2014, p. 817.

HINESTROSA, Fernando, « Rapport général, La révision du contrat ». in *Le contrat, Journées brésiliennes*, Association Henri Capitant, Société de législation comparée, Paris, 2008, p. 409.

HOCQUET-BERG, Sophie, « La transformation d'une obligation naturelle de reconnaissance en obligation civile ». *LPA* 1996, n°102, p. 9.

HUGLO, Jean-Guy, « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique ». *Cah. cons. const.* 2001, p. 82.

HUET, Jérôme, « Critique de la jurisprudence de l'assemblée plénière sur l'indétermination du prix ». in *Mélanges Sayag*, Litec, Paris, 1997, p. 324.

JAMIN, Christophe, « Typologie des théories juridiques de l'abus ». *RCC* 1996, n°92, p. 7 ; « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives ». *JCP* 1996, I, 3959 ; « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil ». *Dr. et patr.* 1998, p. 46 ; « Vers la résolution unilatérale du contrat ». *D.* 1999, p. 197 ; « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Paris, Economica, 1999, p. 71 ; « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p.441 ; « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée ». *D.* 2001, p. 1568 ; « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? » in *Les sanctions des obligations contractuelles : études de droit comparé*, M. Fontaine, G. Viney (dir.), Bruxelles, Bruylant ; LGDJ, Paris, 2001, p. 451 ; « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil ». *D.* 2002, p. 901 ; « Clause de non-concurrence et contrat de franchise ». *D.* 2003, p. 2878 ; « L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue ». *JCP* 2006, I, 177.

JARROSSON, Charles, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation ». in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, Aix-en-Provence, 1990, p. 141.

JAVILLIER, Jean-Claude, « 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 *Mélanges Camerlynck*, Dalloz, Paris, 1977, p. 101.

JEAMMAUD, Antoine, LE FRIANT, Martine, LYON-CAEN, Antoine, « L'ordonnancement des relations du travail ». *D.* 1998, chron. p. 359.

JEAMMAUD, Antoine, LE FRIANT, Martine, « Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi ». *Dr. soc.* 2001, p. 417.

JEAMMAUD, Antoine, « Les principes dans le droit français du travail ». *Dr. soc.* 1982, p. 619 ; « Les polyvalences du contrat de travail », in *Mélanges Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 1989, p. 299 ; « De l'action en annulation du règlement intérieur devant le juge de droit commun ». *Dr. soc.* 1993, p. 267 ; « Justice et économie : et le social? ». *Justices* 1995, p.118 ; « Le droit du travail en changement. Essai de mesure ». *Dr. soc.* 1998, p. 211 ; « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente ». *Dr. soc.* 1999, p. 115 ; « L'assimilation de franchisés aux salariés ». *Dr. soc.* 2002, p. 158 ; « Consentir ». in *La volonté du salarié*, T. Sachs (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2012, p. 65.

JEANNIN, Marie-Véronique, « Le déséquilibre significatif ou une atteinte significative à la liberté contractuelle ? ». *LPA* 2011, n°199, p. 15.

JÉOL, Michel, « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique ». in *L'image doctrinale de la Cour de Cassation*, Actes du colloque des 10 - 11 décembre 1993. La documentation française, Paris, 1994, p. 39.

JESTAZ, Philippe, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 ». in *Evolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, Paris, 1986, p. 117 ; « Rapport de synthèse ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 87 ; « L'engagement par volonté unilatérale ». in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences* : actes des Journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992, Bruylant, Bruxelles, p. 3.

JOLOWICZ, John-Anthony, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent ». *APD* 1985, p. 105.

JOSSERAND, Louis, « Le contrat dirigé ». *D.* 1933, chron. p. 89 ; « L'essor moderne de concept contractuel ». in *Mélanges Gény* .tome II, Sirey, Paris, 1934, p. 333 ; « Sur la reconstitution d'un droit de classe ». *D.* 1937, chron. p. 1 ; « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats ». *RTD civ.* 1937, p. 1.

JOUANJAN, Olivier, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits* 1992, p. 131.

JOURDAIN, Pierre, « Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? ». *RCA* 2000, p. 5 ; « Le fondement de l'obligation de sécurité ». *Gaz. pal.* 1997, p. 1196.

JUHAN, Jean-Luc, « Le contrat bouleversé par la crise : vers un droit à la renégociation ? ». *RLDC* 2009, n°58, p. 23.

KELSEN, Hans, « La théorie juridique de la convention ». *APD* 1940, p. 48.

KALINOWSKI, Georges, « Logique et méthodologie juridique. Réflexions sur la rationalité formelle et non formelle en droit ». *APD* 1978, p. 59.

KHODRI, Farida, « Du particularisme de la transaction destinée à régler les conséquences d'une rupture ». *RDT* 2011, p. 689.

KLEIN, Julie, « Les restitutions – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p.74 ; « Le consentement – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 14.

LABORDE, Jean-Pierre, « La cause économique du licenciement ». *Dr. soc.* 1992, p. 774 ; « La considération du fait par le droit ». in *Mélanges Blaise*, Economica, Paris, 1995, p. 277.

LAFORE, Robert, « Variations sur les frontières du social ». in *Mélanges Alfandari*, Dalloz, Paris, 1999, p. 353.

LAGARDE, Xavier, « Réflexions de civilistes sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement ». *Dr. soc.* 1998, p. 890 ; « La motivation des actes juridiques ». in *La motivation : Journées nationales - Limoges - Association Henri Capitant - tome III*, LGDJ, Paris, 1998, p. 73 ; « La nature juridique de la cause du licenciement ». *JCP* 2000, I, p. 1647 ; « Mondialisation, restructuration et jurisprudence sociale ». *JCP* 2001, I, 371 ; « Prix et salaire ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 527 ; « Aspects civilistes des relations individuelles de travail ». *RTD civ.*2002, p. 435 ; « Libres propos sur les évolution du travail ». in *Mélanges Béguin*, Litec, Paris, 2004, p. 433 ; « Jurisprudence et insécurité juridique ». *D.* 2006, p. 678 ; « Sur l'utilité de la théorie de la cause ». *D.* 2007, chron. p. 740.

LAINGUI, André, « Les contrats spéciaux dans l'histoire des obligations » in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives*, actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986, L. Cadet, G. Cornu, (dir.), Economica, Paris, 1987, p. 39.

LAITHIER, Yves-Marie, « Remarques sur les conditions de la violence économique ». *LPA* 2004, n°233, p. 6 ; « Remarques sur les conditions de la violence économique (suite et fin) ». *LPA* 2004, n°234, p. 5 ; « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de common law ». *RDC* 2010, p. 407 ; « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 47.

LANGLOIS, Philippe, « Droit civil et contrat collectif de travail ». *Dr. soc.* 1988, p. 396 ; « Contre la suspension du contrat de travail ». *D.* 1992, chron. p. 141 ; « Le motif économique ». *Gaz. pal.* 1999, p. 1199 ; « Le juge et l'employeur ». *Dr. soc.* 2003, p. 283.

LAROQUE, Pierre, « Contentieux social et juridiction sociale », *Dr. soc.* 1954, p. 271.

LARROUMET, Christian, « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international ». *JCP* 1997, I, 4011.

LATTES, Jean-Michel, « Pouvoir et juge ». in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, J. Pélissier (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2002, p. 79.

LAUNAY (de), Laurent, « La tectonique des motifs économiques de licenciement ». *Dr. soc.* 2011, p. 570.

LEBEN, Charles, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi ». *RDP* 1982, p. 295.

LECOURT, Arnaud, « Les loteries publicitaires. La déception a-t-elle un prix ? ». *JCP G* 1999, I, 155, p. 1401.

LECUYER, Hervé, « La modification unilatérale du contrat » in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 47 ; « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat ». *LPA* 1998, p. 31 ; « Le contrat, acte de prévision ». in *Mélanges Terré*, Paris, PUF, Dalloz, 1999, p. 643.

LE GAC-PECH, Sophie, « Bâtir un droit des contractants vulnérables ». *RTD civ.* 2014, p. 581.

LEGEAIS, Dominique, « Principe de proportionnalité : le cas de crédit avec constitution de garantie ». *LPA* 1998, n°38, p. 38.

LEMAIRE, Hugues, MAURIN, Agnès, « L'opportunité d'une refonte du droit français des obligations ». *Defrénois* 2004, p. 683.

LEQUETTE, Yves, « *Bilan des solidarismes contractuels* ». in *Mélanges Didier*, Economica, Paris, 2008, p. 247 ; « Responsabilité civile *versus* vices du consentement ». in *Mélanges Payet*, Dalloz, 2012, p. 363.

LE TOURNEAU, Philippe, « Quelques aspects de l'évolution des contrats ». in *Mélanges Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 349.

LEVASSEUR, Georges, « Evolution, caractère et tendances du droit du travail ». in *Mélanges Ripert*, tome II, LGDJ, Paris, 1950, p. 444.

LEVENEUR, Laurent, « Le forçage du contrat ». *Dr. et patr.* 1998, p. 69 ; « Liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) ». *AJDA* 1998, p. 676 ; « Le Code civil, cadre normatif concurrencé ». in *Le Code civil : une leçon de légistique ?*, Economica, Paris, 2006, p. 123.

LEVY-BRUHL, Henri, « Méthode sociologique et droit ». in *Rapport présenté au colloque de Strasbourg, 26 - 28 novembre 1956*, Ann. Fac. Strasbourg, Dalloz, 1958, p. 122.

LIBCHABER, Rémy, « Réflexions sur les effets des contrats ». *RDC* 2004, p. 211.

LOISEAU, Grégoire, « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 579 ; « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique ». *Dr. et patr.* 2002, p. 26.

LOKIEC, Pascal, « Tenue correcte exigée : des limites à la liberté de se vêtir à sa guise ». *Dr. soc.* 2004, p. 132 ; « La nature juridique de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail ». *D.* 2005, p. 2723 ; « La décision et le droit privé ». *D.* 2008, p. 2293 ; « Le motif économique après la loi de sécurisation de l'emploi ». *SSL* 2013, n°1592, p. 57 ; « Flexibilité et contrat de travail ». *JCP G* 2013, 224

LORVELLEC, Louis, « Les contrats types d'intégration homologués », *Rev. Dr. rural* 1984, n°124, p. 245.

LUCAS, François-Xavier, « Le principe du contradictoire en droit des sociétés ». in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), Dalloz, Paris, 15^e éd., 2009, p. 723.

LUCAS DE LEYSSAC, Claude, CHAGNY, Muriel, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? ». *RDC* 2009, p. 1268.

LUCHAIRE, François, « Un janus constitutionnel : l'égalité ». *RDP* 1986, p. 1229 ; « La sécurité juridique en droit constitutionnel français ». *Cah. cons. const.* 2001, p. 67

LYON-CAEN, Antoine, LUTTRINGER, Jean-Marie, « L'émergence d'un droit de l'adaptation professionnelle ». *Liais. soc.* 1990, n°32.

LYON-CAEN, Antoine, « L'égalité et la loi en droit du travail ». *Dr. soc.* 1990, pp. 68-75 ; « Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre ». in *Mélanges Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 331 ; « Politique(s) jurisprudentielle(s) et droit du travail, quelques réflexions à partir de l'expérience française ». in *Les juges et le droit social, contribution à une approche comparative*, Ph. Auvergnon (dir.), Bordeaux, 2002, p. 21 ; « A propos de l'adjectif "économique" dans la langue du droit ». in *Le droit du travail confronté à l'économie*, A. Jeammaud (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2005, p. 137 ; « Liberté et volonté ». in *La volonté du salarié*, T. Sachs (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2012, p. 3.

LYON-CAEN, Gérard, « De l'évolution de la notion de bonne foi ». *RTD civ.* 1946, p. 75 ; « L'entreprise en droit du travail ». in *Études de droit contemporain*, Travaux de l'Institut de droit comparé, Éd Cujas, Paris, 1966, p. 323 ; « Défense et illustration du contrat de travail ». *APD* 1968, p. 59 ; « Une anomalie juridique : le règlement intérieur », *D.* 1969, chron. p. 247 ; « Anomie-Autonomie-Hétéronomie en Droit du travail ». in *Mélanges Horion*, Faculté de droit de Liège, 1972, p. 173 ; « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail (première approche) ». *RTD civ.* 1974, p. 229 ; « Les principes généraux du droit du travail ». in *Mélanges Camerlynck*, Dalloz, Paris, 1977, p. 35 ; « Critique de la négociation collective ». *Dr. soc.* 1979, p. 350 ; « L'état des sources du droit du travail : agitations et menaces ». *Dr. soc.* 2001, p. 1031 ; « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective ». *Dr. soc.* 1998, p. 419.

MADIOT, Yves, « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain ». in *Mélanges Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 354.

MAGGI-GERMAIN, Nicole, « La capacité du salarié à occuper un emploi ». *Dr. soc.* 2009, p. 1234.

MAGNIN, François, « Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation ». *JCP* 1976, I, 2780.

MAINGAIN, Bernard, « Les relations entre employeurs et salariés en droit belge ». in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, Paris, 1996, tome 261, p. 101 ; « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ». *RDC* 2006, p. 615

MALAURIE, Philippe, « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^e siècle ». in *Mélanges Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, p. 187.

MALINVAUD, Philippe, « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », (à propos de la rétroactivité de la jurisprudence). *RTD civ.* 2005, p. 312.

MANTILLA-ESPINOZA, Fabricio, « L'introduction de la révision pour imprévision - Rapport colombien ». *RDC* 2010, p. 1047.

MARAIS, Astrid, « Modulation dans le temps des revirements de jurisprudence. *Requiem* européen en si(x) bémol(s) ». *JCP* 2011, p. 1238.

MARGUENAUD, Jean-Pierre, « L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations ». in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, Paris, 1997, p. 45.

MARKESINIS, Basil, « Constructions de systèmes et résolutions de problèmes concrets : occasions manquées et naissantes pour une convergence méthodologique entre le droit français et le droit anglais ». *RTD civ.* 2005, p. 47.

MARTINON, Arnaud, « Vers une harmonisation des jurisprudences sociale et commerciale ? À propos des conditions de validité de la clause de non-concurrence ». in *Le Code de commerce : 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris, 2007, p. 527 ; « L'utile en droit du travail ». in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Paris, Economica, 2011, p. 7 ; « Le contrat de travail, laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? ». *LPA* 2012, n°238, p. 16 ; « La cause au temps de la construction du contrat de travail ». in *La cause en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 17.

MATHIEU, Bertrand, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique ». *Cah. cons. const.* 2001, p. 106.

MAUGER-VIELPEAU, Laurence, « Les enchères inversées ». *D.* 2006, p. 642.

MAZEAUD, Antoine, « Proportionnalité en droit social », *LPA* 1998, n°177, p. 64 ; « Contractuel, mais disciplinaire ». *Dr. soc.* 2003, p. 164 ; « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la Chambre sociale de la Cour de cassation ». in *Mélanges Péliissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 383 ; « Droit du travail et bicentenaire du Code civil : autour des articles 1134 et 9 du Code civil, ou, du contrat à la personne ». in *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 575 ; « Les transferts d'entreprise en droit social ». *Dr. soc.* 2005, p. 715 ; « La sécurité juridique et les décisions du juge ». *Dr. soc.* 2006, p. 744.

MAZEAUD, Denis, « Les clauses pénales en droit du travail ». *Dr. soc.* 1994, p. 343 ; « La réduction des obligations contractuelles ». *Dr. et patr.* 1998, p. 58 ; « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat ». *LPA* 1998, n°177, p. 12 ; « La protection par le droit commun ». in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 33 ; « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *Mélanges Terré*, PUF, Dalloz, Paris, 1999, p. 603 ; « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando ». in *Mélanges Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, p. 205 ; « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 637 ; « Le maintien judiciaire des effets du contrat, sanction de sa rupture unilatérale ». *D.* 2001, p. 1137 ; « Le nouvel ordre contractuel ». *RDC* 2003, p. 295 ; « La cause ». in *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, p. 451 ; « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel : ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Dalloz, Paris, 2004, p. 135 ; « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux ». in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2005, p. 73 ; « Observations conclusives ». *RDC* 2006, p. 117 ; « La réforme du droit français des contrats en droit positif. Rapport de synthèse ». *RDC* 2009, p. 265 ; « La protection des professionnels contre les déséquilibres contractuels significatifs ». *RDC* 2009, p. 1257 ; « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution - Rapport français ». *RDC* 2010, p. 1076 ; « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle ». in *Les prérogatives contractuelles*, *RDC* 2011, p. 690 ; « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 38.

MAZIERE, Pierre, « 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.

MEKKI, Mustapha, « Existe-t-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail ? ». *RDT* 2006, p. 292 ; « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle ». *RDC* 2006, p. 1051 ; « Hardship et révision des contrats. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? ». *JCP* 2010, 1219 ; « Hardship et révision des contrats. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision ». *JCP* 2010, 1257 ; « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance sur la réforme du droit des obligations ». *D.* 2015, p. 816.

MELLERAY, Fabrice, « Réjouissant mais déroutant », (à propos de la rétroactivité de la jurisprudence). *RTD civ.* 2005, p. 318.

MENARD, Claude, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 661.

MENGONI, Luigi, « L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile », *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n° 45, 1990, I, p. 5.

MESA, Rodolphe, « La consécration d'une responsabilité punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? ». *Gaz. pal.* 2009, n°324-325, p. 15.

MESTRE, Jacques, « De la notion de clause pénale et de ses limites ». *RTD civ.* 1985, p. 372 ; « L'évolution du contrat en droit privé français » in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, PUF, Paris, 1986, p. 41 ; « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats ». *Dr. soc.* 1988, p. 405 ; « Du souci de pérennité contractuelle ». *RTD civ.* 1990, p. 653 ; « L'économie du contrat ». *RTD civ.* 1996, p. 901 ; « La résolution du contrat sans intervention du tribunal ». *RTD civ.* 1997, p. 556 ; « Rapport de synthèse (hétérodoxe) sur la question de l'intangibilité du contrat ». *Dr. et patr.* 1998, p. 78 ; « Entre droit des contrats et droit du travail : l'activité contractuelle du salarié ». *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 674 ; « Faut-il réformer le titre III du livre III du Code civil ? ». *RDC* 2004, p. 1167 ; « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat ». in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris, 2004, p. 231 ; « Rupture abusive et maintien du contrat ». *RDC* 2005, p. 99 ; « Pour un principe directeur de bonne foi mieux éclairé ». *RLDC* 2009, n°48, p. 58.

MILANO, Laure, « Sociétés coopératives et droits de l'homme ». *Journ. sociétés* 2008, n°55, p. 58.

MOLFESSIS, Nicolas, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations » in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, Paris, 1997, p. 65 ; « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt par la première chambre civile, le 10 octobre 1995 ». *D.* 1997, chron. p. 85 ; « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat ». *LPA* 1998, n°177, p. 21 ; « Vie professionnelle, vie personnelle et responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ». *Dr. soc.* 2004, p. 31 ; « Droit des contrats : l'heure de la réforme ». *JCP* 2015, n°7, doct. 199 ; « La formation du contrat – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 6.

MONTELS, Benjamin, « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence ». *RTD com.* 2002, p. 417.

MORACCHINI-ZEIDENBERG, Stéphanie, « Existe-il une théorie générale du contrat de travail ? ». *RRJ* 2003, 1985 ; « L'abus du salarié ». *JCP* 2006, n°19, 1376

MORIN, Marie-Laure, « Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise ». *Dr. soc.* 2011, p. 62.

MORIN, Marie-Laure, MASSE-DESSIN, Hélène, « Les critères de la représentativité et la désignation des représentants syndicaux ». *SSL* 2011, n°1485, p. 22.

MORVAN, Patrick, « En droit, la jurisprudence est une source du droit ». *RRJ* 2001, p. 77 ; « Application conventionnelle de l'article L. 122-12 et accord du salarié : plaidoyer pour un revirement ». *JCP S* 2006, p. 1964 ; « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? ». *Dr. soc.* 2006, p. 707 ; « Le juste en droit du travail » *in Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Economica, Paris, 2011, p. 23.

MOULY, Jean, « Les modifications disciplinaires du contrat de travail. Chronique d'humeur à propos d'un revirement ». *D.* 1999, chron. p. 359 ; « L'irrecevabilité de la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée à la demande de l'employeur : suite... et fin ? ». *D.* 2002, p. 2361 ; « Une remise en cause indirecte de la jurisprudence *Hôtel Le Berry* : l'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire ». *Dr. soc.* 2002, p. 955 ; « Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique ». *in Mélanges Lambois*, PU Limoges, Limoges, 2004, p. 359 ; « Les suites de la jurisprudence *Hôtel Le Berry* ». *Dr. soc.* 2008, p. 537 ; « La renonciation du salarié entre ordre public social et dérèglementation : un nouvel état des lieux ». *in La volonté du salarié*, T. Sachs (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2012, p. 113.

MOURY, Jacques, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat ». *D.* 2000, chron. p. 382.

NADAL, Sophie, « Le droit à l'extension n'existe pas ». *SSL* 2009, n°1384, p. 12.

NERON, Sylvain, « La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives ». *RDT* 2009, p. 426.

NOIREL, Jean, « Le droit civil contemporain et les situations de fait ». *RTD civ.* 1959, p. 456.

NOURISSAT, Cyril, « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? ». *D.* 2000, chron. p. 369.

OGIER-BERNAUD, Valérie, « Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? ». *JCP* 2004, p. 493.

OPPÉTIT, Bruno, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain ». *in Mélanges Holleaux*, Litec, Paris, 1990, p. 317 ; « Droit et économie ». *APD.* 1992, p. 17.

ORNANO (d'), Pierre-Henry, « Vers une émancipation encadrée de la convention et de l'accord d'entreprise ». *TPS* 2004, p. 12.

PAGNERRE, Yannick, « L'intérêt de l'entreprise en droit du travail » *in Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Economica, Paris, 2011, p. 63 ; « La cause instrument de qualification de contrat de travail ». *in La cause en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2013, p. 30.

PAILLUSSEAU, Jean, « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit ». *D.* 1997, chron. p. 95 ; « Entreprise, société, salariés, quels rapports ? ». *D.* 1999, p. 157.

PAISANT, Gilles, « Essai sur la notion de consommateur en droit positif ». *JCP* 1993, I, 3655 ; « Introduction (Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?) ». *Dr. et patr.* 1998, p. 42 ; « A la recherche du consommateur ». *JCP* 2003, I, 121, p. 549.

PARLEANI, Gilbert, « Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels ». in *Mélanges Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 881.

PELISSIER, Jean, « La réforme du licenciement ». *S.* 1974, p. 5 ; « Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail ». in *Mélanges Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 427 ; « La définition des sanctions disciplinaires ». *Dr. soc.* 1983, p. 550 ; « Droit civil et contrat individuel de travail ». *Dr. soc.* 1988, p. 387 ; « La liberté du travail ». *Dr. soc.* 1990, p. 19 ; « Le licenciement disciplinaire ». *Dr. soc.* 1992, p. 751 ; « La cause économique du licenciement ». *RJS* 1992, p. 527 ; « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail ». in *Mélanges Couvrat*, PUF, Paris, 2001, p. 101 ; « Clauses informatives et clauses contractuelle du contrat de travail » *RJS* 2004, p. 3 ; « Pour un droit des clauses du contrat de travail ». *RJS* 2005, p. 499.

PELLE, Sébastien, « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail ». *D.* 2011, chron. p. 1230.

PENNEAU, Anne, « Régime et effets de la dénonciation d'un avantage ». *Dr. soc.* 1989, p. 82.

PERES Cécile, « De la notion de silence circonstancié ». *JCP* I 1994, p. 2307 ; « 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, p. 381.

PETIT, Bruno, « La suspension du contrat de travail des dirigeants de société anonyme ». *RTD com.* 1981, p. 29.

PETIT, Franck, « Les clauses de garantie de l'emploi ». *Dr. soc.* 2000, p. 80.

PICAVET, Emmanuel, GUIBET-LAFAYE, Caroline, « Les limites du droit de contracter ». in *Repenser le contrat*, G. Lewkowicz, M. Xifaras (dir.), Dalloz, Paris, 2009, p. 135.

PICCA, Georges, « Droit civil et droit du travail : contraintes et légitimité ». *Dr. soc.* 1988, p. 426.

PICOD, Yves, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat ». *JCP* 1988, I, 3318 ; « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel ». *D.* 2011, p. 415.

PIGNARRE, Geneviève, « Rapport introductif ». in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 1 ; « Grandeur sans faiblesse de l'engagement unilatéral en droit du travail ». in *Mélanges Decottignies*, Grenoble, PUG, 2003, p. 283.

PIMONT, Sébastien, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? ». *RTD civ.* 2009, p. 417.

PINNA, Andréa, « L'exception pour risque d'inexécution ». *RTD civ.* 2003, p. 31.

PIROVANO, Antoine, « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand ». *D.* 1972, chron. p. 67 ; « La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? ». *D.* 1997, p. 189

PIZZIO-DELAPORTE, Corinne, « De la transaction prévue par le code civil à la transaction utilisée en droit du travail : réflexions sur une règle en dérive ». in *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, L. Leveneur, Y. Lequette (dir.), Dalloz, Paris, 2004, p. 593.

POIRIER, Mireille, « Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise. Première partie : le droit à un débat contradictoire ». *Dr. ouvr.* 2010, p. 516 ; « La négociation collective, reflet des finalités du droit du travail ». *Dr. ouvr.* 2013, p. 78 ; « La négociation collective vecteur d'altérations en droit du travail ». *Dr. ouvr.* 2013, p. 250 ; « A propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » », *Dr. ouvr.* 2013, p. 240.

POLLAUD-DULIAN, Frédéric, « Du droit commun au droit spécial – et retour » in *Mélanges Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 925.

POUSSON, Alain, « Contrat individuel de travail et droit commun des contrats – Influences croisées (1988-2003) ». in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, J. Krynen et M. Hecquard-Theron (dir.), PU Toulouse, 2005, p. 151.

PRETOT, Xavier, « L'autorité judiciaire et la convention d'assurance chômage du 1er janvier 2001 ». *Dr. soc.* 2002, p. 881 ; « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit du travail : l'articulation de la loi et de la négociation collective ». *Dr. soc.* 2003, p. 260 ; « Les garanties du salarié face au licenciement ont-elles une base constitutionnelle ? ». *Dr. soc.* 2006, p. 494.

PUGSLEY, David, « L'évolution du droit des contrats vue par un comparatiste » in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadet, G. Cornu, (dir.), Economica, Paris, 1987, p. 155.

PUIGELIER, Catherine, « La création du droit (Libres propos sur la norme jurisprudentielle) ». *RRJ* 2004, p. 17.

PUISSOCHET, Jean-Pierre, LEGAL, Hubert, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ». *Cah. cons. const.* 2001, p. 98.

QUIVIGIER, Pierre-Yves, « Sur le contrat en droit romain selon Michel Villey ». in *Repenser le contrat*, G. Lewkowicz, M. Xifaras (dir.), Dalloz, Paris, 2009, p. 13.

RADBRUCH, Gustav, « Du droit individualiste au droit social ». *APD* 1931, p. 387.

RADÉ, Christophe, « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques ». *LPA* 1995, n°81, p. 26 ; « A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur :

critique d'une jurisprudence hérétique ». *Dr. soc.* 1999, p. 3 ; « L'autonomie du droit du licenciement ». *Dr. soc.* 2000, p. 178 ; « Les limites du « tout contractuel » ». *Dr. soc.* 2000, p. 828 ; « La figure du contrat dans le rapport de travail ». *Dr. soc.* 2001, p. 802 ; « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ? ». in *Le solidarisme contractuel - Mythe ou réalité ?*, Luc Grynbaum (dir.), Economica, Paris, 2004, p. 75 ; « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence ». *D.* 2005, p. 988 ; « La chambre sociale de la Cour de cassation et la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence ». *Dr. soc.* 2010, p. 1150 ; « 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*, LexisNexis, Dalloz, Paris, 2012 ; « Le juge et la contrepartie financière à la clause de non-concurrence ». *Dr. soc.* 2012, p. 784 ; « Des critères du contrat de travail ». *Dr. soc.* 2013, p. 202.

RAY, Jean-Emmanuel, « Mutation économique et droit du travail » in *Mélanges Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 1989, p. 11 ; « Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 ». *Dr. soc.* 1993, p. 97 ; « Du tout-Etat au tout-contrat ? ». *Dr. soc.* 2000, p. 574 ; « Devoir d'adaptation et obligation de reclassement ». *Dr. soc.* 2008, p. 949.

RAYNARD, Jacques, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement ». in *Les prérogatives contractuelles*, actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC* 2011, p. 695.

REIGNÉ, Philippe, « Révocabilité *ad nutum* des mandataires sociaux et faute de la société ». *Rev. des sociétés* 1991, p. 499.

REMY, Philippe, « La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit civil ». in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, PUF, Paris, 1986, p. 103 ; « Droit des contrats : questions, positions, propositions » in *Le droit contemporain des contrats : bilans et perspectives : actes du séminaire de l'année universitaire 1985-1986*, L. Cadiet, G. Cornu, (dir.), Economica, 1987, Paris, p. 271 ; « Réviser le titre III du livre troisième du Code civil ? ». *RDC* 2004, p. 1169 ; « Ouverture ». in *Les concepts français à l'heure des Principes européens des contrats*, P. Remy-Corlay, D. Fenouillet (dir.), Dalloz, Paris, 2003, p. 3.

REMET, Thierry, « L'ordre public dans les relations de travail ». in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 1996, p. 43 ; « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail ». in *Les frontières du salariat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 1996, p. 195 ; « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 31 ; « La clause légale ». in *Mélanges Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, p. 277 ; « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie ». *RDC* 2004, p. 579 ; « Propos introductifs » in *Les prérogatives contractuelles*, actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC* 2011, p. 639 ; « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés ». *D.* 2015, p. 1217.

RIPERT, Georges, « Ebauche d'un droit civil professionnel ». in *Mélanges Capitant*, Dalloz, Paris, 1939, p. 677 ; « L'ordre économique et la liberté contractuelle ». in *Mélanges Gény*, tome 2, Dalloz, Paris, 1934. II, p. 347

RIVOAL, Olivier, « La dépendance économique en droit du travail ». *D.* 2006, chron. p. 891.

ROBERT, André, « La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 37.

ROCHFELD, Judith, « Les droits potestatifs accordés par le contrat ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 527 ; « Les modes temporels d'exécution du contrat ». *RDC* 2004, p. 53 ; « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution ». *RDC* 2006, p. 113.

RODIERE, Sylvain, « Du dialogue social à la démocratie sociale ». *SSL* 2008, n°1370 p. 7.

ROUAST, André, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés ». *RTD civ.* 1944, p. 1.

ROUBIER, Paul, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs ». *APD* 1957, p. 1.

ROUHETTE, Georges, « La contribution française au projet de cadre commun de référence ». *RDC* 2009, p. 739 ; « La réforme française du droit français des contrats en droit positif. Préface ». *RDC* 2009, p. 265.

ROUMIER, William, « Bonne foi et loyauté en droit du travail : débat sémantique ou réalité juridique ? ». *TPS* 2003, n°2, p. 4.

ROY-LOUSTAUNAU, Claude, « Réflexions sur le rôle du juge dans la requalification-sanction du contrat de travail à durée indéterminée après la loi du 12 juillet 1990 ». *JCP E.* 1991, n°50, I, 101 ; « Le formalisme des mentions obligatoires dans le contrat de travail à durée déterminée ». *Dr. soc.* 1997, p. 922 ; « Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée : requalification-interprétation et requalification-sanction ». *RRJ* 1992, p. 862.

ROZES, Louis, « Remarques sur l'ordre public en droit du travail ». *Dr. soc.* 1977, p. 311.

SACHS, Tatiana, « La volonté du salarié en actes ». in *La volonté du salarié*, T. Sachs (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2012, p. 47.

SAINT-ESTEBEN, Robert, « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation ». *RDC* 2009, p. 1275.

SARGOS, Pierre, « L'horreur économique dans la relation de droit ». *Dr. soc.* 2005, p. 123.

SAUTONIE-LAGUIONIE, Laura, « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français ». *RDC* 2013, p. 1643.

SAUVE, Jean-Marc, « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes ». *Dr. soc.* 2010, p. 489.

SAVATIER, Jean, « La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise ». *Dr. soc.* 1986, p. 890 ; « Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels ». *Dr. soc.* 1988, p. 135 ; « La portée des engagements pris par l'employeur dans les conditions d'un plan social ». *Dr. soc.* 1990, p. 803 ; « La liberté dans le travail ». *Dr. soc.* 1990, p. 56 ; « L'entretien préalable au licenciement ». *Dr. soc.* 1991, p. 258 ; « Règlement intérieur et délai de prescription des poursuites disciplinaires ». *Dr. soc.* 1992, p. 24 ; « Cession d'entreprise et statuts collectif des salariés ». *Dr. soc.* 1993, p. 156 ; « L'engagement de ne pas licencier certains salariés souscrit par un employeur dans une convention d'allocations spéciales FNE ». *Dr. soc.* 1999, p. 677.

SAVATIER, René, « Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui. Structures matérielles et structures juridiques ». in *Mélanges Ripert*, LGDJ, Paris, 1950, p. 75.

SAVAUX, Éric, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision - Rapport français ». *RDC* 2010, p. 1057 ; « La notion de théorie générale, son application en droit des contrats. Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux ». *LPA* 2012, n°238, p. 4 ; « Résister à l'absorption du dol par la responsabilité ». *RDC* 2013, p. 1201 ; « Le contenu du contrat – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 20.

SCHMIDT, Dominique, « De l'intérêt commun des associés ». *JCP E* 1994, I, 3793.

SCHREGLE, Johannes, « L'étude comparée des relations professionnelles : écueils et promesses ». *RIT* 1981, p. 17.

SCHULZE, Reiner, « La renaissance de l'idée de jus commune ». in *Variations autour d'un droit commun*, Société de législation comparée, Paris, 2002, p. 181.

SERIAUX, Alain, « La notion juridique de patrimoine ». *RTD civ.* 1994, p. 801 ; « Le juge au miroir. L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain ». in *Mélanges Mouly*, tome 1, Litec, Paris, 1998, p. 171 ; « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel ». in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Economica, Paris, 1999, p. 7 ; « De l'inanité d'une refonte du livre III du titre III du Code civil ». *RDC* 2004, p. 1187.

SERINET, Yves-Marie, « Par elle, avec elle et en elle ? La Cour de cassation et l'avenir des revirements de jurisprudence », (à propos de la rétroactivité de la jurisprudence). *RTD civ.* 2005, p. 328.

SILANCE, Luc, « Un moyen de combler les lacunes en droit : l'induction amplificante ». in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 488.

SIMITIS, Spiros, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? ». *Dr. soc.* 1997, p. 651.

SIMONT, Lucien, « L'engagement unilatéral ». in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences* : actes des Journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992, Bruylant, Bruxelles, p. 17.

SINAY, Hélène, « La suspension du contrat de travail, à titre disciplinaire ». *D.* 1960, chron. p. 215.

SINAY-CYTERMAN, Anne, « La Commission des clauses abusives et le droit commun des obligations ». *RTD civ.* 1985, p. 471.

SORIA, Olivier, « A la recherche du critère du contrat de travail, la notion de cause et de profit dans le contrat de travail ». *RRJ* 2006, p. 857.

SORTAIS, Jean-Pierre, « Le principe du contradictoire en dehors du prétoire ? ». *in Mélanges Poudret*, Bibliothèque historique vaudoise, Lausanne, 1999, p. 246.

SOURIAC, Marie-Armelle, BORENFREUND, Georges, « La négociation collective entre désillusions et illusions » *in Mélanges Verdier*, Dalloz, Paris, 2001, p. 181 ; « L'articulation des niveaux de négociation ». *Dr. soc.* 2004, p. 579.

STIJNS, Sophie, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre ». *in Les sanctions des obligations contractuelles : études de droit comparé*, M. Fontaine, G. Viney (dir.), Bruxelles, Bruylant ; LGDJ, Paris, 2001, p. 512.

STOFFEL-MUNK, Philippe, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ». *D.* 2002, p. 1974 ; « Autour du consentement et de la violence économique ». *RDC* 2006, p. 45 ; « Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale ». *Dt. et patr.* 2004, pp. 70-77 ; « Exécution et inexécution du contrat ». *RDC* 2004, p. 333 ; « La résolution par notification : questions en suspens ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 67 ; « Les clauses abusives : on attendait Grouchy ». *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 56.

SUPIOT, Alain, « Délégation, normalisation et droit du travail ». *Dr. soc.* 1984, p. 296 ; « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990, p. 485. « Les nouveaux visages de la subordination ». *Dr. soc.* 2000, p. 131 ; « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », *Dr. soc.* 2003, p. 59 ; « La contribution du droit social au droit commun des contrats » *in Le Code civil entre jus commune et droit privé européen*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 47 ; « Le droit du travail bradé sur le " marché des normes " ». *Dr. soc.* 2005, p. 1087.

SZABO, Imre, « Le droit comparé "interne" ». *in Mélanges Ancel*, A. Pedone, Paris, p. 60.

TABAKA, Benoît, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet : vers une généralisation des chartes d'engagements ? ». *RLDI* 2009, n°47, p. 102.

TALLON, Denis, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation » *RTD civ.* 1994, p. 223 ; « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé ». *in Mélanges Sayag*, Litec, Paris, 1997, p. 403 ; « L'article 1184 du Code civil : un texte à rénover ? » *in Clés pour le siècle*, Dalloz, Paris, 2000, p. 255 ; « La rénovation du titre III, livre III du Code civil : une approche comparative ». *RDC* 2004, p. 1190 ; « L'avenir du code en présence des projets d'unification européenne du droit civil » *in Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, p. 997.

TAQUET, François, « Réflexions sur l'entretien préalable au licenciement ». *JCP E*. 1993, I, 245.

TEISSIER (de), Arnaud, « Réforme du droit de la durée du travail : un dispositif unique d'aménagement conventionnel du temps de travail ». *JCP S* 2008, p. 10.

TERRÉ, François, « L'inutile et l'injuste ». in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 865 ; « Sur la sociologie juridique du contrat ». *APD* 1968, p. 71.

TESTU, François-Xavier, « Le juge et le contrat d'adhésion ». *JCP* 1993, I, 3673.

TEYSSIE, Bernard, « Personnes, entreprises et relations de travail ». *Dr. soc.* 1988, p. 374 ; « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail ». *D.* 2004, p. 1680 ; « L'aménagement conventionnel de la norme légale ». *JCP E* 2004, p. 1188 ; « Sur la sécurité juridique en droit du travail ». *Dr. soc.* 2006, p. 703.

THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats ». *RTD civ.* 1997, p. 357 ; « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) ». *RTD civ.* 1999, p. 561 ; « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif ». *RTD civ.* 1994, p. 275.

TITONE, Thierry, COULON, Frédéric, DARY, Matthieu, « Circonstances économiques et déséquilibre contractuel ». *JCP E* 2011, 1435.

TEISSIER, Albert, « Le Code civil et les classes ouvrières ». in *Le Code civil 1804 - 1904, Livre du centenaire*, Rousseau, Paris, p. 73.

TOURNAUX, Sébastien, « L'interdiction des enchères électroniques inversées ». *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2006, n°2010 ; « La négociation des sujétions contractuelles du salarié ». *Dr. ouvr.* 2010, p. 293.

TOURNAFOND, Olivier, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français ». *D.* 2008, p. 2607.

TREILLARD, Jaques, « De la suspension des contrats ». in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. Durand (dir.), LGDJ, Paris, 1960, p. 59.

TRISSON-COLLARD, Patricia, « La contribution de droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral ». *LPA* 2000, n°49, p. 4.

TROCHU, Michel, « L'entreprise : Antagonisme ou collaboration du capital et du travail ». *RTD com.* 1969, p. 681.

TUNC, André, « L'importance de la doctrine dans le droit des Etats -Unis ». *Droits* 1994, p. 75.

UTZSCHEIDER, Yann, LAMOTHE, Alexandra, « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? ». *RDC* 2009, p. 1261.

VAISSIERE, Aude, « A propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée ». *RLDC* 2006, p. 29.

VARIN, Christelle, « Les critères de la notion de « garantie de fond » ». *JCP S.* 2013, 1356.

VATINET, Raymonde, « *Le mutus dissensus* ». *RTD civ.* 1987, p. 252 ; « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail ». *Dr. soc.* 1998, p. 534 ; « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? ». *LPA* 1998, n°122, p. 58 ; « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio ». *Dr. soc.* 2002, p. 949 ; « Les méthodes du raisonnement juridique en droit du travail » in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Economica, Paris, 2011, p. 207.

VENEZIA, Jean-Claude, « Puissance publique, puissance privée ». in *Mélanges Eisenmann*, Sirey, Paris, 1975, p. 363.

VERDIER, Jean-Maurice, LANGLOIS, Philippe, « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif ». *D.* 1972, chron. p. 253.

VERDIER, Jean-Maurice, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicale ». *Dr. soc.* 1991, p. 5 ; « Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge ». *D.* 1998, chron. p. 64 ; « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail ». *Dr. soc.* 2001, p. 1035.

VERICEL, Marc, « Sur le pouvoir normateur de l'employeur ». *Dr. soc.* 1991, p. 121.

VERKINDT, Pierre-Yves, « Le contrat de travail : modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? ». in *La crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), Dalloz, Paris, 2004, p. 197 ; « Le travail à temps partagé ou "Pourquoi faire simple quand..." ». *JCP S.* 2005, n°11, 1118 ; « L'influence du droit du travail sur l'évolution des sanctions contractuelles ». in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, F. Collart Dutilleul, C. Coulon (dir.), Economica, Paris, 2007, p. 47 ; « L'article L 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale ». *Dr. soc.* 2010, p. 519 ; « La volonté en droit du travail ». in *La cause en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2013, p. 199.

VIGNEAU, Christophe, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail ». *Dr. Soc.* 2004, p. 706.

VIRASSAMY, Georges, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin ». *JCP E* 1990, II, 15809, n° 28

VILLEY, Michel, « Préface historique à l'étude des notions de contrat ». *APD* 1968, p. 1 ; « Préface historique à l'étude des formes de rationalités en droit ». *APD* 1978, p. 1.

VINEY, Geneviève, « Responsabilité civile et relations collectives de travail ». *Dr. soc.* 1988, p. 416.

VOGEL, Louis, « *Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence* », *JCP* 1994, I, 3737.

VOIRIN, Pierre, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences ». *JCP* 1959, I, 1467

WALINE, Jean, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif ». *in Mélanges Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 965.

WALINE, Marcel, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? ». *in Mélanges Dabin*, Sirey, Paris, 1963, p. 359.

WAQUET, Philippe, « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement ». *Dr. soc.* 1992, p. 980 ; « Dix ans de contrôle du licenciement économique par la Cour de cassation ». *Gaz. pal.* 1992, p. 1190 ; « Le juge et l'entreprise ». *Dr. soc.* 1996, p. 472 ; « Droit disciplinaire et modification du contrat de travail ». *Dr. soc.* 1998, p. 803 ; « Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale ». *Dr. soc.* 2002, p. 264 ; « Libertés et contrat de travail ». *RJS* 2009, p. 347 ; « Cessons de parler de « prise d'acte » ». *Dr. soc.* 2014, p. 17.

WESTER-OUISSE, Véronique, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer ». *JCP* 2001, I, 290.

WICKER, Guillaume, SAUTONIE-LAGUIONIE, Laura, « Les actions ouvertes aux créanciers – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 68.

WICKER, Guillaume, BOUCARD, Hélène, « Les sanctions relatives à la formation du contrat – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Observations et propositions de modifications ». *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 32.

WICKER, Guillaume, « Force obligatoire et contenu du contrat ». *in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2003, p. 151 ; « L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif ». *RDC* 2012, p. 649 ; « La suppression de la cause et les solutions alternatives ». *in La réforme français du droit des obligations en France*, R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch, D. Mazeaud (dir.), 5^e journées franco-allemandes, Société de législation comparée, Paris, 2015 ; « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? ». *D.* 2015, p. 1557.

WITZ, Claude, « Effets, interprétation et qualification du contrat ». *RDC* 2009, p. 318 ; « Contrat ou acte juridique ». *in Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz, Paris, 2009, p. 51.

ZELCEVIC-DUHAMEL, Ana, « La notion d'économie du contrat en droit privé ». *JCP* I, 300, p. 423.

ZILLER, Jacques, « Le principe de proportionnalité ». *AJDA* 1996, numéro spécial, juin, p. 185.

IV. NOTES DE JURISPRUDENCE, RAPPORTS, AVIS :

ATIAS, Christian, note sous Cass. com. 18 octobre 1994, *D.* 1995, p. 180.

AMRANI MEKKI, Soraya, obs. sous Cass. civ. 3^e 29 mars 2006, *D.* 2006, p. 2638 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 4 avril 2006, *D.* 2006, p. 2641

AUBERT, Jean-Luc, obs. sous Cass. civ. 1^{re} 3 mai 1988, *D.* 1988, somm. P. 407 ; obs. sous Cass. com. 3 novembre 1992, *Defrénois* 1993, p. 1377.

AUZERO, Gilles, note sous Cass. soc 12 juillet 2005, *JCP E* 2005, p. 2012 ; obs. sous Cass. soc. 27 septembre 2007, *RDT* 2007, p. 650 ; note sous CA Reims 3 janvier 2012 *SSL* 2012, n°1519, p. 5 ; note sous CA Reims 3 janvier 2012, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2012, n°469.

AYNÈS, Laurent, note sous Cass. civ. 1^{re} 29 novembre 1994, *D.* 1995, p. 122 ; note sous Cass. com. 24 janvier 1995. *D.* 1995, p. 13 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 28 octobre 2003, *RDC* 2004, p. 273 ; note sous Cass. com. 23 octobre 2012, *Dr. et patr.* 2013, n°226, p. 66.

BEHAR-TOUCHAIS, Martine, obs. sous Cass. com. 2 décembre 2008, *RDC* 2008 p. 1151 ; note sous T. com. Lille, 6 janvier 2010, n°2009-05184, *RDC* 2010, p. 928.

BOUTONNET, Mathilde, note sous CA Nancy 26 septembre 2007, *D.* 2008, p. 1120.

BRISSY, Stéphane, note sous Cass. soc. 27 juin 2012, *JCP S* 2012, 1464.

BRUN, Philippe, obs. sous Cass. civ. 3^e 10 décembre 1997, *D.* 1998, somm. p. 9.

CACHARD, Olivier, note sous Cass. civ. 1^{re} 9 octobre 2001, *JCP* 2002, II, 10045.

CARBONNIER, Jean, note sous CA Besançon 16 avril 1951, *D.* 1951, p. 705.

CARVAL, Suzanne, obs. sous Cass. civ. 3^e 22 février 2006, *RDC* 2006, p. 829.

CESARO, Jean-François, note sous Cass. soc. 11 mai 2005, *JCP S* 2005, p. 22.

CHABAS, François, notes sous Ass. plén. 29 mars 1991, *RTD civ.* 1991, p. 541.

CHANTEPIE, Gaël, note sous T. com. Lille, 7 septembre 2011, n°2009-05105, *JCP E* 2011, p. 928.

CHAMPEAUX, Françoise, note sous CE 19 mars 2008, *SSL* 2008, n°1355.

CHAZAL, Jean-Pascal, note sous Cass. soc. 3 juin 2003, *RDC* 2004, p. 237.

CHONÉ, Anne-Sophie, note sous Cass. com. 29 juin 2010, *LPA* 2010, n°256, p. 7.

CORNU, Gérard, obs. sous Cass. civ. 3^e 29 juin 1996, *RTD civ.* 1997, p. 340.

CORRIGNAN-CARSIN, Danièle, note sous Cass. soc. 21 nov. 2000, *JCP* 2001, 268.

- note sous Cass. soc. 30 janvier 2013, *JCP E* 2013, p. 1236.

COUTURIER, Gérard, obs. sous Cass. soc. 28 avril 1988, *Dr. soc.* 1988, p. 430 ; obs. sous Cass. soc. 4 février 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 416 ; obs. sous Cass. soc. 19 novembre 1997, *Dr. soc.* 1998, p. 90 ; note sous Cass. soc. 3 mai 2012, *Dr. soc.* 2012, p. 600.

DAIGRE, Jean-Jacques, note sous Cass. com. 10 mai 2006, *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 1154.

DELEBECQUE, Philippe, obs. sous Cass. civ. 3^e 3 juillet 1996, *Defrénois* 1996, p. 1015.

DELPECH, Xavier, note sous Cass. com. 10 juillet 2007, *D.* 2007, p. 2017.

DEPADT-SEBAG, Valérie, note sous Cass. civ. 2^e 23 janvier 2003, *D.* 2003, p. 2465.

DESHAYES, Olivier, note sous Cass. civ. 3^e 28 juin 2006, *JCP* 2006, II, 10130.

DISSAUX, Nicolas, note sous Cass. civ. 1^{re} 30 octobre 2008, *LPA* 2009, n°49, p. 11.

DONTENWILLE, Henri, concl. sous Ass. plén. 29 mars 1991, *JCP* 1991, II, 21673.

DISSAUX, Nicolas, note sous Cass. com. 6 novembre 2012, *LPA* 2013, n°152, p. 6

DRAI, Laurent, note sous Cass. soc. 3 mars 2010, *JCP S* 2010, n°22, p. 1220.

DURRY, Georges, obs. sous Cass. Civ. 1^{re} 4 février 1975, *RTD civ.* 1975, p. 537.

ESCANDE-VARNIOL, Marie-Cécile, note sous Cass. soc. 6 février 2001, *D.* 2001, p. 2167.

FABRE, Alexandre, obs. sous Cass. soc. 12 mars 2008, *RDT* 2008, p.33,

FABRE-MAGNAN, Muriel, obs. sous Cass. civ. 1^{re} 17 janvier 1995, *JCP* 1995, I, 3843 ; obs. sous Cass. com. 22 octobre 1996, *JCP* 1997, I, 4002 ; obs. sous Cass. com. 19 mai 1998, *JCP* 1999, n°7, I, 114.

FAGES, Bertrand, obs. sous Cass. civ. 20 février 2001, *RTD civ.* 2001, p. 363 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 28 octobre 2003, *RTD civ.* 2004, p. 89 ; obs. sous Cass. Civ. 1^{re} 31 mai 2007, *RTD civ.* 2007, p. 566 ; obs. sous Cass. com. 10 juillet 2007, *RTD civ.* 2007, p. 773 ; obs. sous Cass. com. 10 février 2009, *RTD civ.* 2009, p. 318 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 13 octobre 2008, *RTD civ.* 2009, p. 118 ; obs. sous Cass. com. 23 septembre 2008, *RTD civ.* 2009, p. 320 ; obs. sous Cass. com. 3 mai 2012, *RTD civ.* 2012, p. 527 ; obs. sous Cass. com. 9 juillet 2013, *RTD civ.* 2014, p. 118.

FAVARIO, Thierry, note sous Cass. com. 29 juin 2010, *JCP* 2010, 1056.

FAVENNEC-HERY, Françoise, note sous Cass. soc. 18 septembre 2002, *SSL* 2002, p.6.

FROUIN, Jean-Yves, note sous Cass. soc. 12 février 2003, *RJS* 2003, p. 285.

GAUTIER, Pierre-Yves, obs. sous Cass. soc., 11 janvier 2000, *RTD civ.* 2001, p. 165.

GAURY, Charles, obs. sous Cass. civ. 1^{re} 4 février 1975, *D.* 1975, p. 404.

GENICON, Thomas, note sous Cass. civ. 3^e 7 mai 2008, *RDC* 2008, p. 1109 ; note sous Cass. civ. 3^e, 19 mai 2010, *RDC* 2010, p. 1215 ; note sous Cass. com. 29 juin 2010, *D.* 2010, p. 2485 ; note sous Cass. civ. 3^e 6 juin 2012, *RDC* 2012, p. 1180 ; note sous Cass. civ. 3^e 6 juin 2013, *RDC* 2012, p. 1180 ; note sous Cass. civ. 3^e 1^{er} avril 2013, *RDC* 2013, p. 505 ; note sous Cass. civ. 3^e 1^{er} juillet 2013, *RDC* 2013, p. 865.

GHESTIN, Jacques, note sous Cass. com. 5 novembre 1971, *D.* 1972, p. 353 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 14 novembre 1979, *D.* 1980, IR, p. 264 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 13 mai 1979, *D.* 1980 IR, p. 262 ; note sous Ass. plén. 1^{er} décembre 1995. *JCP* 1996, II, 22565 ; note sous Cass. com. 27 février 1996, *JCP* 1996, n°26, II, 22665 ; note sous Cass. com. 27 février 1996, *JCP* 1996, II, 22665 ; note sous Cass. com. 29 mars 2006, *D.* 2007, p. 477 ; note sous Cass. civ. 1^{re} 31 mai 2007, *D.* 2007, p. 2574 ; obs. sous Cass. com. 25 octobre 2011, *JCP* 2012, doct. 63, n°11.

GODON, Laurent, note sous CA Versailles 5 juin 2003, *RDS* 2004, p. 108.

GOUTTES (de), Régis, concl. sous Ch. mixte 6 septembre 2002, *Gaz. pal.* 2002, p. 1725.

GRUMBACH, Tiennot, SERVERIN, Evelyne, note sous CPH Toulouse 24 mai 2011, *RDT* 2011, p. 452 ; note sous Cass. soc. 10 novembre 2010, *RDT* 2011, p. 126.

HALLER, Marie-Christine, note sous Cass. soc. 18 septembre 2002, *JSL* 2002, p. 9.

HONTEBEYRIE, Antoine, note sous Cass. com. 3 mai 2012, *JCP* 2012, 901.

HOUTCIEFF, Dimitri, obs. sous Cass. civ. 1^{re} 12 juin 2001, *JCP* 2002, II, 10104.

HUET-WEILLER, Danièle, note sous Cass. civ. 1^{re} 10 juillet 1990, *D.* 1990, p. 517.

JAMIN, Christophe, note sous CA Nancy, 20 novembre 2000, *JCP* 2002, II, n° 10113 ; note sous Cass. com. 15 janvier 2002, *JCP* 2002, II, 10157 ; note sous Cass. civ. 3^e 30 avril 2003, *JCP* 2004, 10031.

JEOL, Michel, concl. Ass. plén. 1^{er} décembre 1995, *JCP* 1996, II, 22565.

KARILA DE VAN, Juliana, note sous Cass. civ. 1^{re} 3 mai 1988, *D.* 1990, p. 61.

KERBOURC'H, Jean-Yves, note sous CE sect. 19 mars 2008, *JCP S* 2008, 1291.

KESSOUS, Roland, concl. Ass. plén. 25 février 2000, *JCP* 2000, n°17, II, 10295.

LABARTHE, Françoise, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1996 et 30 janvier 1996, *Defrénois*, 1996, p. 766.

LAHALLE, Thibault, note sous Cass. soc. 17 juillet 2007, *JCP S* 2007, n°48, p. 1911.

LAITHIER, Yves-Marie, note sous Cass. civ. 3^e 9 décembre 2009, *RDC* 2010, p. 561 ; note sous Cass. com. 18 mars 2014, *RDC* 2014, p. 345.

LE GAC-PECH, Sophie, note sous Cass. com. 29 juin 2010, *JCP* 2010, 2108 ; note sous Cass. com. 3 mars 2015, *JCP E* 2015, 1207.

LACHIEZE, Christophe, note sous Cass. civ. 1^{re} 9 juillet 2002, *JCP E* 2003, n°16, 629 ; note sous Cass. civ. 1^{re} 28 octobre 2003, *JCP* 2004, II, 10108.

LAMAZEROLLES, Eddy, obs. sous Cass. com. 26 novembre 2003, *D.* 2004, somm. p. 2922.

LAMOUREUX, Marie, note sous CA Nancy 26 septembre 2007, *JCP* 2007, II, 10092.

LAROUMET, Christian, note sous Cass. civ. 1^{re} 4 février 1975, *JCP* 1975, II, 18100.

LE CANNU, Paul, note sous Cass. soc. 12 décembre 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 843 ; note sous Cass. soc. 18 novembre 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 101.

LEVENEUR, Arnaud, note sous Cass. civ. 1^{re} 3 janvier 1996 et 30 janvier 1996, *JCP* 1996, II, 22654.

LEVENEUR, Laurent, obs. sous Cass. civ. 3^e 7 mai 2008, *RCC* 2008, p. 13.

LIBCHABER, Rémy, obs. sous Cass. civ. 1^{re} 10 octobre 1995, *D.* 1995, somm., p. 120 ; obs. sous Cass. civ. 2^e 11 février 1998, *D.* 1999, somm., p. 109 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 28 octobre 2003, *Defrénois* 2004, p. 378.

LOUSSOUARN, Yves, obs. sous Cass. com. 11 octobre 1978, *RTD civ.* 1980, p. 364.

LUCAS, François-Xavier, obs. sous Cass. com. 10 mai 2006, *RDC* 2006, p. 1186.

LYON-CAEN, Antoine, obs. sous Cass. soc. 21 avril 1988 et 26 novembre 1987, *D.* 1988, somm., p. 319 ; obs. sous Cass. soc. 4 et 5 février 1988, *D.* 1988, somm., p. 320 ; obs. sous Cass. soc. 25 février 1992, *D.* 1992, somm., p. 294 ; obs. sous Cass. Soc. 18 juillet 1996, *D.* 1998, somm., p. 253

MALAURIE, Philippe, obs. sous Cass. com. 27 février 1996, *D.* 1996, p. 518.

MASQUEFA, Christine note sous Cass. civ. 1^{re} 19 mars 2002, *JCP E* 2003, n°15, p. 658.

MATHEY, Nicolas, note sous Cass. com. 22 octobre 2013, *JCP E* 2013, 1693 ; note sous Cass. com. 24 mai 2011, *CCC* 2011, n°7, p. 161 ; note sous Cass. com. 3 mai 2012, *JCP E*

2012, 1642 ; note sous Cass. com 20 novembre 2012, *JCP E* 2013, 1092 ; note sous Cass. com. 20 mai 2014, *JCP E* 2014, 1381.

MAZEAUD, Antoine, obs. sous Cass. soc. 18 novembre 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 190 ; note sous Cass. soc. 8 avril 2009, *Dr. soc.* 2009, p. 813

MAZEAUD, Denis, obs. sous Cass. com. 18 octobre 1994, *Defrénois* 1995, p. 332 ; obs. sous Cass. com. 10 mai 1994, *Defrénois* 1995, p. 347 ; obs. sous Cass. com. 22 octobre 1996, *Defrénois* 1997, p. 333 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 3 janvier 1996, *Defrénois* 1996, p. 766 ; obs. sous CA Toulouse 14 février 1996, *D.* 1997, somm., p. 168 ; obs. sous Cass. civ. 3^e 10 décembre 1997, *Defrénois* 1998, p. 336 ; obs. sous Cass. com. 3 juin 1997, *D.* 1998, p. 113 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 13 octobre 1998, *Defrénois* 1999, p. 374 ; obs. sous Cass. civ. 2^e 11 février 1998, *Defrénois* 1998, p. 1044 ; note sous Ch. mixte 6 septembre 2002, *D.* 2002, p. 2963 ; obs. sous Cass. com. 15 janvier 2002 et 6 mai 2002, *D.* 2002, p. 2841 ; obs. sous Cass. com. 9 juillet 2002, *D.* 2003, p. 457 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 11 mars 2003, *RDC* 2003, p. 39 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 28 octobre 2003, *RDC* 2004, p. 273 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 24 mai 2005, *RDC* 2005, p. 1007 ; obs. sous Cass. com. 29 mars 2006, *RDC* 2006, p. 107 ; obs. sous CA Nancy 26 septembre 2007, *RDC* 2008, p. 738 ; obs. sous Cass. com. 18 novembre 2008, *Defrénois* 2009, p. 484 ; note sous Cass. com. 29 juin 2010, *D.* p. 2481.

MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, obs. sous Cons. const. 7 novembre 1997, *D.* 1999, somm. p. 235.

MESTRE, Jacques, obs. sous Cass. civ. 1^{re} 5 février 1985, *RTD civ.* 1990, p. 105 ; obs. sous Cass. com. 16 juillet 1985, *RTD civ.* 1985, p. 110 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 5 mai 1986, *RTD civ.* 1987, p. 102 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 16 décembre 1986, *RTD civ.* 1987, p. 750 ; obs. sous Cass. soc. 12 décembre 1990, *RTD civ.* 1992, p. 392 ; obs. sous Cass. com. 3 novembre 1992, *RTD civ.* 1992, p. 124 ; obs. sous Cass. com. 3 novembre 1992, *RTD civ.* 1993, p. 124 ; obs. sous CA Douai 1^{re} ch. 10 février 1993, *RTD civ.* 1995, p. 886 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 1994, *RTD civ.* 1995, p. 358 ; obs. sous Cass. com. 27 février 1996, *RTD civ.* 1997, p. 114 ; obs. sous Cass. com. 22 octobre 1996, *RTD civ.* 1997, p. 123 ; obs. sous Cass. com. 25 novembre 1998, *RTD civ.* 1999, p. 98 ; obs. sous Ass. plén. 25 février 2000, *RTD civ.* 2000, p. 582 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 10 juillet 2001, *RTD civ.* 2001, p. 873 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 11 mars 2003, *RTD civ.* 2003, p. 287 ; obs. sous Cass. com. 26 novembre 2003, *RTD civ.* 2004, p. 80.

MOULY, Jean, note sous CE 4 mars 1960, *Dr. soc.* 1960, p. 274 ; note sous Cass. soc. 4 décembre 2001, *D.* 2002, p. 2361 ; note sous Cass. soc. 16 mai 2012, *Dr. soc.* 2012, p. 744.

MOURALIS, Jean-Louis, note sous Cass. civ. 1^{re} 28 mars 1995 et Cass. civ. 2^e 28 juin 1995, *D.* 1996, p. 180.

OMARJEE, Ismaël, obs. sous Cass. soc. 25 novembre 2003, *D.* 2004, p. 2395.

PAISANT, Gilles, note sous Cass. civ. 1^{re} 24 janvier 1995, *D.* 1995, p. 327 ; note sous Cass. civ. 1^{re} 3 janvier 1996 et 30 janvier 1996, *D.* 1996, p. 228.

PANSIER, Frédéric-Jérôme, obs. sous Cass. soc. 23 mai 2001, *CSBP* 2001, p. 345.

PETIT, Bruno, note sous CA Versailles 15 décembre 1994, *RTD com.* 1995, p. 436.

PETIT, Franck, note sous Cass. soc. 10 juillet 2002, *JCP* 2002, II, 10162.

PELLISSIER, Jean, obs. sous Cass. soc. 4 mars 1981 (3 arrêts), *D.* 1982, IR 82

PERES-DOURDOU, Cécile, obs. sous Cass civ. 1^{re} 24 mai 2005, *JCP* 2005, I, 194.

PICA, George, SAURET, Alain, note sous Cass. soc., 18 septembre 2002, *LPA* 2002, n°220, p. 5.

PIGNARRE, Geneviève, note sous Cass. civ. 1^{re} 10 octobre 1995, *D.* 1997, p. 155.

PIZZIO-DELAPORTE, Corinne, note sous Cass. soc. 9 mai 2006, *JCP S* 2006, n°36, p. 24.

PRETOT, Xavier, note sous CE 8 juillet 1994, *RJS* 1994, p. 819.

PUIGELIER, Catherine, note sous Cass. soc., 18 mai 1999, *JCP E* 2000, p. 40.

RADÉ, Christophe, note sous Cass. soc. 26 octobre 1999, *Dr. soc.* 2000, p. 381 ; obs. sous Cass. soc. 13 novembre 2002, *Dr. soc.* 2003, p. 228 ; obs. sous Cass. soc. 2 juillet 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 998 ; obs. sous Cass. soc. 7 janvier 2003, *RDC* 2003, p. 145 ; obs. sous Cass. soc. 17 décembre 2004, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2004, n°148 ; obs. sous Cass. soc. 7 décembre 2005, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2005, n°194 ; note sous Cons. const. 7 août 2008, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 2008, n°318.

RAY, Jean-Emmanuel, obs. sous Cass. soc. 18 novembre 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 97.

ROCHFELD, Judith, obs. sous Cass. com. 9 juillet 2002, *JCP* 2002, I, 184 ; obs. sous Cass. civ. 1^{re} 11 mars 2003, *JCP* 2003, I, 142.

RONDEY, Cécile, obs. sous Cass civ. 1^{re} 10 juillet 2001, *D.* 2001, p. 2828.

RZEPECKI, Nathalie, note sous Cass. civ. 1^{re} 13 octobre 1998, *JCP* 1999, n°29, II, 10133.

SAVATIER, Jean, note sous Cass. soc. 25 septembre 1991, *Dr. soc.* 1992, p. 25 ; obs. sous Cass. soc. 25 février 1992, *JCP E* 1992, II, 360 ; obs. sous Cass. soc. 11 octobre 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 1042 ; note sous Cass. soc. 8 juin 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 852 ; obs. sous Cass. soc. 1^{er} avril 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 770 ; obs. sous Cass. soc. 3 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 884 ; note sous Cass. soc. 21 mai 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 902 ; obs. sous Cass. soc. 16 novembre 2005, *Dr. soc.* 2006, p. 233 ; obs. sous Cass. soc. 7 décembre 2005, *Dr. soc.* 2006, p. 232.

SAVAUX, Éric, obs. sous Cass. civ. 2^e 26 octobre 2000, *Defrénois* 2001, p. 693 ; note sous Cass. soc. 30 janvier 2013, *RDC* 2013, p. 879 ; note sous Cass. com. 11 mars 2014, *RDC* 2014, p. 342.

SEILLER, Bertrand, note sous CE Ass. 16 juillet 2007, Sté Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, p. 33.

SERINET, Yves-Marie, obs. sous Cass. civ. 3^e 31 mars 2005, *JCP* 2005, I, 194, n°6 ; note sous Cass. com. 27 mars 2007, *JCP* 2007, II, 10119.

SERRA, Yves, note sous Cass. soc. 10 juillet 2002, *D.* 2002, p. 2491.

SORTAIS, Jean-Pierre, note sous Cass. com. 8 janvier 2013, *Bull. Joly Entr. Diff.* 2013, p. 166.

STOFFEL-MUNCK, Philippe, obs. sous Cass. com. 18 mars 2014, *Dr. et patr.* 2015, n°243, p. 63.

TISSANDIER, Hélène, obs. sous Cass. soc. 19 mars 2008, *RDT* 2008, p. 400.

TOURNAUX, Sébastien, note sous Cass. soc. 8 avril 2009, *Lexbase Hebdo - Éd. soc.* 2009, n°349 ; note sous Cass. soc. 16 mai 2012, *RDT* 2012, p. 420.

VATINET, Raymonde, note sous Cass. soc. 4 décembre 2002, *Dr. soc.* 2003, p. 291 ; note sous Cass. soc. 10 juillet 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 949 ; note sous Cass. soc. 9 mai 2006, n°03-47564, *JCP S.* 2006, n°27, 1539.

VINEY, Geneviève, obs. sous Cass.com. 18 octobre 1994, *JCP* 1995, I, 3853, p. 265 ; obs. sous Cass. com. 16 décembre 2008, *RDC* 2009, p. 1048.

VIRASSAMY, Georges, note sous Cass. com. 3 novembre 1992, *JCP* 1993, n°46-47, II, 22164. note sous Cass. com. 4 janvier 1994, *D.* 1995, p. 335

VIANDIER, Alain, CAUSSAIN, Jean-Jacques, obs. sous Cass. soc. 12 décembre 1990, *JCP* 1991, I, 284.

VOIRIN, Pierre, note sous Req. 29 mars 1938, *D.* p. 5.

INDEX

(les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abus, 88.

- abus de droit, 144 et s., 427 et s., 688, 717, 781, 832, 887.
- abus de fixation du prix, 436 et s.
- abus objectif, 148, 153 et s., 435, 443.
- abus subjectif, 148, 149 et s.

Accord de maintien de l'emploi, 597.

Acte juridique, 9, 109 et s.

- à effets collectifs, 480 et s.
- patrimonialisation, 510, 511.
- théorie synthétique, 97 et s.
- unilatéral, 310, 349 et s., 482 et s., 509 et s.

Apport, 17 et s.

- analogie, 27.
- concurrence, 33 et s.
- contamination, 30 et s.
- des droits spéciaux, 3, 13.
- entre droit spéciaux, 14.
- incorporation, 29.
- influence, 19.
- prospectif, 21, 26.
- rétrospectif, 21 et s.

Autonomie de la volonté, 58, 107, 122 et

- s.**
- **hétéronomie de la volonté, 99 et s.**

B

Besoin, 64, 69, 77 et s., 91 et s., 196, 208.

Bonne foi, 223, 231, 294 et s., 362, 380, 460.

- notion, 561 et s.
- obligation d'adaptation, 554 et s.

C

Cadre commun de référence, 59, 61, 335, 569.

Caducité, 635, 914 et s.

- disparition de la cause, 551 et s., 917 et s.
- économie du contrat, 929 et s.
- licenciement, 924 et s.

Cause, 51, 422 et s., 644

- absence partielle, 165, 426, 543.
- de l'acte juridique unilatéral, 830 et s.
- disparition, 546 et s., 829 et s.
- du contrat de travail, 844 et s.
- fausse cause, 542 et s.
- théorie de la cause, 824 et s.

Clauses de variation, 369 et s.

- clause de fixation unilatérale du prix, 369, 378, 436 et s.
- clause de mobilité, 369, 371 et s., 443
- clause de renégociation, 593

- clause de modulation du temps de travail, 371 et s.

- clause tarif

V. clause de fixation unilatérale du prix

Clauses de sujétion, 364 et s., 416 et s.

- clause d'approvisionnement exclusif, 366.

- clause d'assortiment minimum, 419.

- clause de confidentialité, 422.

- clause de dédit, 424 et s., 450.

- clause d'exclusivité, 365 et s., 403, 422, 439.

- clause de garantie de passif, 361.

- clause de non-concurrence, 266, 365, 403, 420 et s.

- clause de non-réinstallation, 419, 425.

- clause de résidence, 422, 867, 872.

Concurrence pure et parfaite (modèle de), 203 et s.

Contradictoire (principe du), 414, 752 et s., 766 et s.

- droits de la défense, 765.

- entretien préalable, 716, 755 et s., 765 et s.

- exclusion d'un adhérent, 767, 819.

- exclusion d'un associé, 768 et s.

- révocation d'un dirigeant social, 768 et s.

- rupture du contrat, 765 et s.

Contrat,

- contenu obligationnel, 121, 125 et s., 233 et s., 270 et s.

- force obligatoire, 121, 122 et s., 488

Contrat d'adhésion, 125 et s., 367, 384, 389 et s., 530 et s.

Contrats de dépendance, 68, 69 et s.

- contrat de concession, 73, 87, 303, 432, 446, 619, 786, 810, 819, 821, 890, 948.

- contrat de collaboration libérale, 73, 619, 890.

- contrat de distribution, 57, 75, 93, 218 et s., 294, 379, 439, 775, 895.

- contrat de fourniture, 4, 75, 93, 194 et s., 437 et s., 789, 807 et s.

- contrat de franchise, 4, 73, 76, 87, 366, 420 et s., 619, 775, 778, 890.

- contrat de sous-traitance, 798, 810, 890, 895.

- contrat de travail, 64 et s.

- contrat d'intégration, 15, 75, 87, 775, 789, 810 et s., 889, 895.

Convention collective, 15, 469, 473, 479 et s.

- autorégulation, 467 et s.

- contrat à effets collectifs, 480 et s., 484 et s.

- convention collective de travail, 469, 479 et s.

- négociation légiférante, 472 et s.

- norme négociée, 465 et s.

D

Dépendance économique, 58 et s., 69 et s.

- absence d'alternative satisfaisante, 88 et s.
- abus de, 180 et s., 217 et s., 901.
- contrainte économique, 62, 141 et s.,
- dépendance d'assortiment, 87, 218, 900.
- état de nécessité, 181 et s.

Déséquilibre significatif, 155, 222 et s., 390 et s.

Division du travail, 81 et s., 166.

Dol, 178 et s., 207.

Droit civil, 13.

- droit commun du contrat, 4, 12,
- droit privé, 13.

Droit de la concurrence, 5, 154, 210 et s.

- abus de dépendance économique, 217 et s.
- abus de position dominante, 212 et s.
- déséquilibre significatif (loi de modernisation de l'économie), 222 et s.
- pratiques restrictives de concurrence, 222.

Droit de la consommation, 130, 192 et s.

- consommateur, 193 et s.
- formalisme, 593
- professionnel, 193 et s.
- protection préventive, 202 et s.

Droits spéciaux, 12, 14.

E

Economie du contrat, 226, 294, 535, 572, 576, 605, 751, 929 et s.

Engagement unilatéral, 311 et s.

- chartes éthiques, 336.
- codes de bonne conduite, 336.
- dénonciation, 342 et s.
- engagement d'apport en société, 336.
- engagement d'un gérant de société, 336.
- espérances légitimes, 316 et s., 323, 335 et s.
- force obligatoire, 313 et s.
- lotteries par correspondance, 320 et s.
- maintien de l'offre, 326, 337 et s.
- obligation naturelle, 326, 343
- objectivation de la volonté, 312 et s.
- transmission, 341.

Essai, 515 et s.

- suspension du contrat, 648.

Etat de nécessité, 181 et s., 728, 743.

F

Fait juridique, 9.

Forçage du contrat, 279 et s.

Force majeure, 546, 569,

- droit commun, 612.
- droit du travail, 615 et s.
- force majeure temporaire, 612 et s.

Formalisme, 137, 209, 514, 678.

G

Groupement privé, 358, 407, 409, 452.

I

Imprévision, 521 et s.

- adaptation du contrat, 593 et s.

- adaptation du salarié à l'évolution de son emploi, 554 et s. 583
- appréciation du déséquilibre, 576 et s.
- bonne foi, 553 et s.
- caducité, 546 et s., 605.
- cause, 541 et s.
- clause de *hardship*,
 V. renégociation
- clause *rebus sic stantibus*, 526 et s.
- droit comparé, 534 et s.
- fait générateur, 568 et s., 573 et s.
- fondements, 523 et s.
- lésion, 542 et s.
- Principes Unidroit, 538, 569 et s., 576, 580.
- renégociation, 531, 537, 583 et s.
- révision, 585 et s.

Inaptitude, 558, 593, 876.

Inexécution,

- exception d'inexécution, 607 et s., 649, 741.
- licenciement pour motif personnel, 840, 845, 848 et s.
- résiliation judiciaire, 727, 745,
- résolution, 881 et s., 904 et s.
- suspension,
 V. ce mot

I

Innommé, 13, 42, 286.

Intérêt de l'entreprise, 360, 445, 778

- cause du contrat de travail, 844 et s.

- cause réelle et sérieuse, 848 et s.
- intérêt du salarié, 865 et s.
- notion, 841 et s.
- standard, 862 et s.

J

Jurisprudence,

- modulation dans le temps des revirements, 262 et s.
- pouvoir créateur, 240 et s.
- sécurité juridique, 258 et s.

Justification de la rupture (obligation de)

- cause réelle et sérieuse, 838
- motivation, 796 et s., 822,
- rupture des contrats de dépendance, 888 et s.

L

Lésion, 542 et s.

Liberté contractuelle, 58 et s.

- contenu obligationnel, 125 et s.
- décision de s'engager, 100 et s.
- liberté de ne pas contracter, 128 et s.

Licenciement,

- caducité, 924 et s.
- cause réelle et sérieuse, 594.
- motif économique, 559, 665, 834, 851 et s.
- motif personnel, 840, 845, 848 et s.
- nullité, 168 et s., 837 et s.

M

Mandat d'intérêt commun, 785 et s.

Microéconomie, 79 et s.

Modification, 644 et s.

- changement des conditions de travail, 666 et s.
- clause informative, 676 et s.
- modification du contrat de travail, 666 et s.

Motivation de la rupture (obligation de), 778 et s.

- allègement de la charge de la preuve, 795 et s.
- contrat à durée indéterminée, 791 et s.
- contrats de dépendance, 787 et s.
- office du juge, 797 et s.

N

Novation, 691 et s.

Norme négociée, 464 et s.

V. aussi Convention collective

Nullité,

- licenciement, 168 et s., 837 et s.
- nullité partielle, 165.
- violence économique, 163 et s.

O

Offre, 326, 337 et s.

Ordre public, 235 et s.

- ordre public absolu, 456.
- ordre public dérogatoire, 456.
- ordre public pluraliste, 455 et s.

- ordre public prétorien, 236 et s.

- ordre public social, 461 et s.

P

Partie faible, 38, 166, 198 et s.

- protection catégorielle, 284 et s.
- protection promotionnelle, 286 et s.

Pérennité, 508 et s.

Pouvoir, 345 et s.

- factuel, 386 et s.
- juridique, 348 et s.

Préavis, 800 et s.

- brusque rupture d'une relation commerciale établie, 717,806 et s.
- dispense de préavis, 812 et s.

Prérogative contractuelle, 361 et s.

- clauses de sujétion, 364 et s.
- clauses de variation, 369 et s.

Principes contractuels communs,

V. Cadre commun de référence

Principes du droit européen des contrats, 292, 538, 569, 585, 604.

Principes Unidroit, 538, 568, 569 et s., 733, 749, 798, 804, 908.

Prise d'acte, 746 et s.

Prix, 436 et s.

Proportionnalité,

- annulation, 417 et s.
- clause de variation, 435, 446.
- notion, 399 et s.
- réfaction, 424 et s.
- règlement intérieur, 407 et s.

- sanction disciplinaire, 412 et s.

Q

Quasi-contrat, 331 et s.

R

Reclassement (obligation de), 559, 573, 593 et s., 878.

Réforme du droit des obligations,

- Avant-projet Catala, 231, 338, 537, 610, 826, 915.
- projet d'ordonnance de la Chancellerie du 25 février 2015, 29, 38, 61, 132, 144, 146, 331, 338, 418, 446, 577, 583, 587, 610, 657, 729, 746, 784, 816, 824, 919, 966.
- groupe de travail de la Cour de cassation, 536.
- Rapport Terré, 418, 537, 569, 610.

Rémunération, 234, 375 et s.

Représentativité, 474, 485 et s.

Requalification sanction, 513 et s.

Résiliation judiciaire

V. inexécution

Résolution judiciaire

V. inexécution

Résolution unilatérale, 717 et s.

- appréciation du manquement, 722 et s.
- rétroactivité, 747 et s.
- urgence, 727 et s.

Responsabilité délictuelle, 173 et s.

- dol, 177 et s.

- maintien de l'acte vicié, 174 et s.

- perte de chance, 188 et s.

- violence économique, 180 et s.

S

Sanction disciplinaire, 412 et s.

Stabilité, 428, 509 et s.

Standard juridique, 290 et s.

Subordination, 57, 84, 632 et s., 844 et s.

- dépendance économique, 75 et s.
- para-subordination, 75 et s.

Suspension, 606 et s.

- conflit d'intérêt, 641.
- contenu obligationnel, 643 et s.
- cumul de contrat de travail et de mandat social, 632 et s.
- durée du contrat, 648 et s.
- exception d'inexécution, 607 et s., 649
- force majeure temporaire, 612 et s.
- libertés et droits fondamentaux, 626 et s.
- grève, 627.
- situation contraignante, 621 et s.

T

Théorie générale, 8 et s.

Transaction, 713 et s.

U

Unilatéralisme, 310 et s.

Utilité, 824 et s.

- cause, 855 et s.

- utilité convenue, 857 et s.
- utilité objective, 857 et s., 902 et s.
- utilité subjective, 857 et .

V

Vices du consentement, 101 et s., 137.

Violence économique, 139 et s.

- abus de situation, 148 et s.
- abus de dépendance économique, 147
- contrainte économique, 141 et s., 186
et s.

- état de nécessité, 141 et s., 181 et s.
- illégitimité, 145 et s.

Volonté, 98 et s.

- éléments objectifs, 109 et s.
- hétéronomie de la volonté, 99 et s.
- processus de volition, 103 et s.

Vulnérabilité,

- dépendance, 73 et s., 77 et s.
- ignorance, 208.
- inégalité, 206 et s.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIERE PARTIE : L'APPORT DU DROIT DU TRAVAIL AU TEMPS DE LA FORMATION DE L'ACTE JURIDIQUE50

TITRE 1: L'APPORT DU DROIT DU TRAVAIL A LA REPRESENTATION DU CONTEXTE DE FORMATION DE L'ACTE JURIDIQUE

CHAPITRE 1 : L’AFFIRMATION DE LA DEPENDANCE ECONOMIQUE COMME CONCEPT COMPLEMENTAIRE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE.....57

Section 1 : Le droit du travail comme modèle d’appréhension de la dépendance économique61

- I. La conception classique de la dépendance économique : l’importance de l’échange présent dans les ressources de l’individu64
 - A. Dépendance économique et coopération64
 - B. Dépendance économique et domination66
- II. La conception élargie de la dépendance économique : la nécessité de l’échange futur pour l’existence de l’individu.....70
 - A. Le poids du contexte socio-économique lors de la conclusion du contrat71
 - 1. Le recours à l’analyse microéconomique71
 - 2. La limitation de l’autonomie individuelle par la division du travail72
 - B. Le danger d’une absence d’alternative satisfaisante lors de la conclusion du contrat76
 - 1. Une conciliation entreprise par la référence à l’absence d’alternative satisfaisante77
 - 2. Une sélection opérée par la référence à l’absence d’alternative satisfaisante78

Section 2 : L’inscription de la dépendance économique dans la théorie synthétique de l’acte juridique82

- I. Une théorie réceptive aux conditions de formation de la volonté de s’engager83
 - A. L’admission d’une hétéronomie de la volonté83
 - 1. La pertinence de l’approche psychologique au service du décryptage de la volonté84
 - 2. La pénétration des éléments objectifs dans la formation de la volonté interne85
 - B. La double nature des éléments objectifs dans la formation de la volonté88
 - 1. L’influence de la règle de droit sur la formation de la volonté88
 - 2. L’intégration des données factuelles dans la formation de la volonté.....90
 - II. La négligence de la dépendance économique dans la liberté de ne pas contracter92
 - A. Le recul du pouvoir créateur de la volonté dans l’ossature de l’acte juridique93
 - 1. Le déclin de l’autonomie de la volonté dans la force obligatoire de l’acte juridique94
 - 2. Le déclin de la liberté contractuelle dans le contenu obligationnel de l’acte juridique.....95
 - B. L’omniprésence de la figure du libre arbitre dans la naissance de l’acte juridique....97
- CONCLUSION DU CHAPITRE101

Section 1 : Les lacunes du droit positif dans l'appréhension de la dépendance économique104

I. Les lacunes du recours au droit commun.....	105
A. Le cantonnement du domaine attribué à la violence économique.....	106
1. Une heureuse actualisation du vice de violence	106
a. L'extension des origines de la violence à l'état de nécessité et à la contrainte économique.....	106
b. L'inscription de la contrainte économique dans le giron de l'illégitimité	109
2. L'expansion du vice de violence économique entravée par une appréciation restrictive de l'abus de situation	111
a. Les limites de la conception subjective.....	112
b. Le ressort de la conception objective.....	114
B. L'insuffisance des sanctions attachées à la violence économique.....	117
1. L'inopportunité du choix de la nullité en matière de dépendance économique ...	119
a. Une méconnaissance de la dépendance à l'acte juridique.....	119
b. Une mobilisation parcimonieuse en droit du travail	123
2. Les illusions suscitées par la responsabilité délictuelle.....	125
a. L'admission théorique de dommages réparables en cas de maintien de l'acte vicié.....	126
b. La perspective incertaine d'une indemnisation synonyme de rééquilibrage ...	128
α. Violence et exploitation d'un état de nécessité	130
β. Violence et contrainte économique	132
II. Les limites du secours des droits spéciaux	134
A. Le manque d'ambition de l'analyse consumériste	135
1. Les écueils d'une définition étroite du consommateur	135
a. L'exigence d'une absence de rapport direct avec l'activité professionnelle....	135
b. Un ciblage restrictif de la partie faible.....	137
2. L'idéalisme de la démarche préventive	140
a. Une obligation d'information issue du modèle de concurrence pure et parfaite	141
b. Une regrettable confusion entre inégalité et dépendance.....	143
B. L'ambivalence du droit de la concurrence.....	146
1. Une condamnation des abus de domination affaiblie par la référence au marché	148
a. Les déconvenues de la lutte contre les abus de position dominante	148
b. L'atrophie de la sanction de l'abus de dépendance économique.....	151
2. Une élimination des pratiques restrictives de concurrence dynamisée par la sanction du « déséquilibre significatif »	154
a. La plasticité du cadre d'appréciation du déséquilibre significatif.....	155
b. L'heureux abandon de l'état de dépendance économique	157

Section 2 : Le renfort d'un ordre public prétorien stimulé par le droit du travail162

I. Une fonction normative soulignée par le droit du travail	166
A. L'admission du pouvoir créateur de la jurisprudence	167
1. Une suspicion injustifiée dans la théorie générale de l'acte juridique.....	167
a. Le rejet de l'illégitimité de la norme jurisprudentielle.....	168
b. La récusation de l'infériorité technique de la norme jurisprudentielle	169

2. Une affirmation encouragée par le droit du travail.....	172
a. Des manifestations communes.....	173
b. Des justifications partagées.....	175
1. Une objectivation limitée par l'exigence de sécurité juridique.....	176
a. Les déclinaisons de l'exigence de sécurité juridique en droit positif.....	177
b. La modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence.....	179
2. Une limite relativisée par le droit du travail.....	183
a. La nuance des menaces prétorienne sur le contenu obligationnel de l'acte juridique.....	183
b. La critique du déséquilibre entériné par l'exigence de sécurité juridique.....	185
II. Une fonction normative opérationnelle en droit privé.....	187
A. L'activation prétorienne du standard juridique.....	187
1. Le forçage du contrat.....	189
2. La mise en oeuvre complémentaire d'une protection compensatoire.....	192
B. L'activation subsidiaire du standard juridique.....	195
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	199
CONCLUSION DU TITRE	

TITRE 2 : L'APPORT DU DROIT DU TRAVAIL A LA REPRESENTATION DES MANIFESTATIONS DE VOLONTE DANS LA FORMATION DE L'ACTE JURIDIQUE

CHAPITRE 1 : LA VOLONTE D'UN SEUL DANS L'ACTE JURIDIQUE.....207

Section 1 : La volonté d'un seul par l'engagement unilatéral.....208

I. L'engagement unilatéral, une objectivation des effets attachés à la manifestation de volonté initiale.....	208
A. Une objectivation latente de la force obligatoire de l'engagement unilatéral.....	209
1. Le subjectivisme par l'admission de la volonté isolée créatrice d'obligations.....	209
2. L'objectivation dans la caractérisation de la volonté isolée créatrice d'obligations.....	211
B. Une objectivation évidente du contenu obligationnel de l'engagement unilatéral.....	214
II. Le droit du travail vecteur d'un complètement de la typologie des engagements volontaires en droit des obligations.....	216
A. L'utilité avérée de l'engagement unilatéral.....	217
1. L'insuffisance du recours à la responsabilité délictuelle.....	218
2. L'hétérodoxe mobilisation du quasi-contrat.....	220
B. Le potentiel régulateur certain de l'engagement unilatéral.....	222
1. Une notion appropriée à la prise en compte des espérances légitimes.....	222
2. Un régime adapté à la naissance unilatérale de l'engagement.....	226

Section 2 : La volonté d'un seul dans l'engagement bilatéral.....230

Sous-section 1 : L'identification du pouvoir dans l'engagement bilatéral.....230

I. L'exercice d'un pouvoir juridique dans l'engagement bilatéral.....	231
A. Le pouvoir juridique par l'admission de l'acte unilatéral au sein de l'acte bilatéral.....	231
1. Une admission fondée sur la distinction entre la naissance d'un droit et sa mise en oeuvre.....	232
2. Une admission du pouvoir juridique encouragée par le droit du travail.....	235
B. Le pouvoir juridique par la stipulation de prérogatives contractuelles.....	238
1. Prérogatives contractuelles et clauses de sujétion.....	239

2. Prérogatives contractuelles et clauses de variation.....	241
a. Le cantonnement des clauses de variations en droit du travail	243
α. L'adoption de la qualification pour la clause de mobilité et la clause de modulation du temps de travail	244
β. Le rejet de la qualification pour la clause de rémunération variable	246
b. La clause de fixation unilatérale du prix dans les contrats commerciaux.....	248
II. L'existence d'un pouvoir factuel dans l'engagement bilatéral.....	250
A. La nécessaire reconnaissance du pouvoir factuel.....	250
B. L'expression du pouvoir factuel	252
1. Le pouvoir factuel révélé par l'absence de réciprocité dans l'unilatéralisme	252
2. L'expression du pouvoir factuel par le déséquilibre contractuel significatif	254
Sous-section 2 : L'apport du droit du travail au contrôle du pouvoir dans l'engagement bilatéral.....	258
I. La soumission du pouvoir à une exigence de proportionnalité	259
A. La signification de l'exigence de proportionnalité	260
B. La mise en application de l'exigence de proportionnalité	263
1. L'exigence de proportionnalité dans l'exercice du pouvoir disciplinaire	263
a. L'exigence de proportionnalité au service du contrôle de la légalité du règlement intérieur	264
b. L'exigence de proportionnalité au service du contrôle des sanctions disciplinaires	267
2. L'exigence de proportionnalité dans la validité des clauses de sujétion	269
a. Proportionnalité et annulation de la clause de sujétion	269
b. Proportionnalité et réfaction de la clause de sujétion	273
II. La soumission du pouvoir à l'absence d'abus	276
A. Le particularisme du régime des clauses introduisant une modulation du temps de travail.....	277
B. L'exemple du contrôle de l'abus dans l'activation des clauses de mobilité.....	279
1. L'instauration d'un contrôle objectif de l'abus dans l'application de la clause de mobilité en droit du travail	280
2. Une contribution au renforcement du contrôle de l'abus dans la détermination unilatérale du prix	282
a. L'acceptation du contrôle de l'abus dans la détermination unilatérale du prix.....	282
b. L'apport travailliste au renforcement du contrôle objectif de l'abus dans la détermination unilatérale du prix	284
CONCLUSION DU CHAPITRE :	290
 CHAPITRE 2 : LA VOLONTE D'UNE COLLECTIVITE DANS L'ACTE JURIDIQUE	 293
Section 1 : L'existence d'un ordre public pluraliste	295
I. La garantie d'une protection indérogeable par l'ordre public absolu	295
II. L'assurance d'une protection minimale dans l'ordre public social.....	297
 Section 2 : L'expérience d'une norme négociée	 300
I. L'autorégulation comme fin	300
A. Des vertus certaines.....	301
B. Des dangers limités.....	303
II. La convention collective comme moyen.....	308
A. La convention collective, modèle de contrat à effets collectifs.....	308

B. La convention collective, modèle pour les contrats à effets collectifs	310
CONCLUSION DU CHAPITRE :	314
CONCLUSION DU TITRE :	
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE :	320

SECONDE PARTIE : L'APPORT DU DROIT DU TRAVAIL AU TEMPS DE L'EXECUTION DE L'ACTE JURIDIQUE325

TITRE 1 : L'APPORT DU DROIT DU TRAVAIL A L'ADAPTATION DE L'ACTE JURIDIQUE

CHAPITRE 1 : L'APPORT DU DROIT DU TRAVAIL A LA PROMOTION DES ADAPTIONS SUPPLETIVES DE L'ACCORD DES PARTIES.....	335
---	-----

Section 1 : La révision du contrat pour imprévision336

I. Les fondements de la révision	338
A. Les fondements axiologiques	338
1. Une révision commandée par le maintien de l'équilibre initial des prestations ...	338
a. Le mirage de la clause <i>rebus sic stantibus</i>	339
b. Le dépassement de l'obstacle tenant à l'intangibilité du contrat	341
2. Une révision suggérée par le droit comparé	343
a. Le droit comparé interne	344
b. Le droit comparé externe	346
B. Les fondements juridiques	348
1. Une difficile mobilisation de la cause	348
a. La cause partielle entravée par le caractère exceptionnel de la lésion	349
b. La disparition de la cause enserrée dans la caducité du contrat.....	352
2. L'opportunité du recours à la bonne foi illustrée par le droit du travail.....	356
a. La constitution de l'obligation d'adaptation en droit du travail.....	356
b. La diffusion de l'obligation d'adaptation en droit privé	361
II. Les modalités de la révision	364
A. L'appréciation du déséquilibre	364
1. L'exigence d'un fait générateur indépendant de la volonté de la partie lésée.....	365
a. L'opportunité d'un critère déjà mobilisé par les Principes Unidroit.....	366
b. Les limites de l'analogie avec le droit du travail	369
2. L'identification d'une rupture fondamentale avec l'équilibre initial des prestations	370
B. Le traitement du déséquilibre	374
1. La tentative <i>rationae personae</i> d'un rétablissement de l'équilibre initial	374
a. L'incitation à la renégociation <i>inter partes</i>	375
b. La recherche d'une adaptation judiciaire subordonnée à l'échec de la renégociation.....	377
2. La tentative <i>rationae materiae</i> d'un rétablissement de l'équilibre initial	381
a. Un partage équitable de l'effort d'adaptation entre les parties	381
α. L'apport du droit du travail à l'identification de la nature de l'effort d'adaptation.....	382
β. L'apport fragmentaire du droit du travail à la détermination des conditions de partage de l'effort d'adaptation	383

b. Le sort du contrat en cas d'échec de l'adaptation conventionnelle.....	387
α. Le maintien du contrat en cas de révision judiciaire.....	387
β. La caducité du contrat en cas d'impossibilité d'adaptation	389
Section 2 : La suspension du contrat.....	390
I. Le domaine de la suspension du contrat	393
A. La suspension résultant d'une impossibilité momentanée d'exécuter le contrat.....	394
1. L'impossibilité tenant à un cas de force majeure temporaire admise en droit civil	394
2. Une appréciation extensive de l'impossibilité momentanée d'exécution en droit du travail	396
a. Une conception rigoureuse de la force majeure écartant la rupture.....	397
b. L'ajout de la notion de « situation contraignante » favorisant la suspension ..	400
B. La suspension consécutive au choix de ne pas exécuter momentanément le contrat	403
1. L'inexécution volontaire légitimée par l'exercice d'un droit protégé	404
2. La suspension du contrat de travail en cas de cumul illicite avec un mandat social	406
a. Une suspension motivée par la disparition du lien de subordination.....	406
b. Une justification délicate de la suspension en droit civil.....	409
II. Les effets de la suspension	412
A. L'hibernation du contenu obligationnel du contrat	412
B. Le maintien de la force obligatoire du contrat.....	415
1. Les effets de la suspension sur la durée du contrat.....	416
2. Les effets de la suspension sur la stabilité du contrat.....	418
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	420
CHAPITRE 2 : L'APPORT DU DROIT DU TRAVAIL AU CONTROLE DES ADAPTATIONS NÉES DE L'ACCORD DES PARTIES.....	424
Section 1 : L'apport indésirable du droit du travail à la modification du contrat	427
I. L'amputation du domaine de la modification : la distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail.....	428
II. Une amputation aux contours incertains	430
A. Les manifestations d'une distinction hasardeuse en droit du travail.....	430
1. Une délimitation fluctuante du bloc contractuel.....	430
2. Un recours contestable à la notion de clause informative	434
B. L'horizon d'une distinction périlleuse en droit privé	437
1. Un découpage notionnel source d'insécurité juridique	437
2. Une dualité de régimes préoccupante	439
Section 2 : L'apport invraisemblable du droit du travail à la novation de contrat.....	443
I. La confusion dans le recours à la novation par changement de partie	444
II. L'hésitation dans la distinction entre novation et modification du contrat de travail ..	447
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	449
CONCLUSION DU TITRE	
TITRE 2 : L'APPORT DU DROIT DU TRAVAIL A L'ENCADREMENT DES RUPTURES DE L'ACTE JURIDIQUE	455

CHAPITRE 1 : L'APPORT DU DROIT DU TRAVAIL A L'ENCADREMENT DES MODALITES DE LA RUPTURE DE L'ACTE JURIDIQUE	457
---	-----

Section 1 : L'encadrement de l'initiative de la rupture.....460

I. La régulation des ruptures unilatérales fondée sur la gravité du comportement d'un contractant.....	460
A. L'exemple travailliste au service d'une appréciation restrictive de la gravité du comportement.....	463
1. La permissivité de l'appréciation retenue par la première chambre civile.....	463
2. La suggestion d'une assimilation du comportement grave à la faute grave travailliste	464
a. La vérification de l'urgence de la rupture	465
b. La pertinence d'une conception plus restrictive du comportement grave	467
B. L'apport du droit du travail à la détermination des effets de la rupture unilatérale .	472
1. Une immédiateté de la rupture bienvenue	472
a. L'importance de la rupture pour le créancier	472
b. La coexistence de la rupture unilatérale avec la rupture judiciaire.....	474
2. Une rétroactivité de la rupture inappropriée	477
II. La soumission de la rupture au principe du contradictoire.....	480
A. L'instauration d'un entretien préalable à la rupture du contrat en droit du travail...	482
1. L'importance de l'entretien préalable.....	483
2. Les insuffisances de l'entretien préalable.....	484
B. La suggestion d'un entretien préalable à la rupture du contrat en droit privé	489
1. La soumission du pouvoir décisionnel au contradictoire dans les contrats-organisation.....	490
2. La soumission du pouvoir décisionnel au contradictoire dans les contrats de dépendance	496

Section 2 : L'encadrement de l'annonce de la rupture499

I. L'exigence d'une motivation de la rupture.....	499
A. Le dépassement des obstacles à une obligation de motiver la rupture	503
1. Une délimitation possible du domaine de l'obligation de motivation.....	503
a. Le constat d'un domaine étroit en droit positif	503
b. L'opportunité d'une extension aux contrats de dépendance.....	507
2. Une obligation compatible avec la liberté de résiliation des contrats à durée indéterminée	511
B. L'utilité d'une obligation de motiver la rupture	513
1. Un allègement de la charge de la preuve pour la victime de la rupture.....	513
2. Une facilitation du contrôle des motifs pour le juge de la rupture	515
II. L'exigence d'un préavis à la rupture	517
A. Une extension bienvenue du domaine du préavis à la rupture aux contrats de dépendance	517
1. L'importance du préavis pour la victime de la rupture.....	517
2. L'insuffisance du domaine du préavis en droit positif	519
B. Un cantonnement souhaitable des dispenses de préavis aux cas de comportements graves.....	524
1. Un rapprochement possible avec les situations justifiant la rupture unilatérale du contrat	524

2. Des dispenses limitées au comportement du contractant empêchant la poursuite du contrat	525
CONCLUSION DU CHAPITRE	527

CHAPITRE 2 : L'APPORT DU DROIT DU TRAVAIL AU CONTROLE DE LA LEGITIMITE DE LA RUPTURE DE L'ACTE JURIDIQUE.....	530
---	-----

Section 1 : L'affirmation d'une légitimité subordonnée à la disparition de la cause de l'engagement en droit du travail

I. La prise en compte de la cause de l'engagement au cours de son exécution	537
A. L'absence de prise en compte dans le contrôle de l'acte unilatéral de rupture	537
1. La croyance en un contrôle de l'acte unilatéral indexé sur la cause de l'engagement rompu	537
2. L'indifférence pour la cause de l'engagement rompu dans le contrôle de la cause de l'acte unilatéral.....	539
B. L'assurance d'une prise en compte par l'exigence d'une cause réelle et sérieuse au licenciement.....	543
1. L'importance de l'intérêt de l'entreprise dans la cause du contrat de travail	546
2. La vérification de la permanence de l'intérêt de l'entreprise à travers l'exigence d'une cause réelle et sérieuse.....	549
II. L'assimilation bienvenue de la cause à l'utilité objective de l'engagement	553
A. L'improbable réduction de l'utilité objective de l'engagement à l'intérêt de l'entreprise.....	556
1. La tentative d'un rattachement de l'intérêt de l'entreprise à une logique conciliatrice.....	557
2. Les obstacles au rattachement de l'intérêt de l'entreprise à une logique conciliatrice.....	559
B. La prise en compte de l'intérêt du salarié dans l'utilité objective de l'engagement de l'employeur.....	564

Section 2 : La proposition d'une légitimité conditionnée à la disparition de la cause de l'engagement en droit privé

I. L'extension souhaitable de la prise en compte de la cause de l'engagement au cours de son exécution.....	568
A. Les limites du recours à la résolution pour inexécution	568
1. L'admission d'une prise en compte de la cause dans la résolution pour inexécution	569
2. Le cantonnement de la résolution pour inexécution aux ruptures judiciaires	571
B. La justification de la rupture des contrats de dépendance par l'existence d'une cause réelle et sérieuse	573
1. Une obligation de justification opportune	573
2. Des réserves surmontables.....	575
a. Les réserves tenant à l'exercice du droit de rompre.....	575
b. Les réserves tenant au ciblage du débiteur de l'obligation de justification	576
II. L'assimilation possible de la cause à l'utilité objective de l'engagement.....	580
A. L'assimilation de la cause à l'utilité objective de l'engagement dans la résolution pour inexécution	581
B. L'assimilation de la cause à l'utilité objective de l'engagement dans la caducité du contrat.....	587

1. Le constat d'une acception restrictive de la cause dans la caducité du contrat	590
2. L'occasion d'une acception renouvelée de la cause dans la caducité du contrat .	593
a. Un renouvellement incité par l'exemple du licenciement pour motif économique	594
b. Un renouvellement plausible à travers la référence à l'économie du contrat ..	596
α. Les manifestations de la référence à l'économie du contrat	596
β. La pertinence de la référence à l'économie du contrat.....	602
CONCLUSION DU CHAPITRE	607
CONCLUSION DU TITRE	611
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	615
CONCLUSION GENERALE	618
BIBLIOGRAPHIE.....	620
INDEX	673
TABLE DES MATIÈRES	681