

# L'exception d'inexécution entre les mains du salarié<sup>(1)</sup>

par Nicolas COLLET-THIRY,  
Avocat au Barreau de Paris, Docteur en Droit

## PLAN

### I. L'exception d'inexécution exercée collectivement

- A. Un usage particulier du droit de grève
- B. Le maintien éventuel du salaire

### II. L'exception d'inexécution exercée individuellement

- A. Le droit de retrait, cas légal d'exception d'inexécution
- B. Le recours à l'exception d'inexécution de droit commun

**La faculté du salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles, dans le cadre d'une « prise d'acte », est désormais solidement ancrée dans le droit positif. Une jurisprudence abondante définit les conditions et le régime de ce mode de rupture, et consolide l'idée essentielle selon laquelle le salarié confronté à une faute patronale peut en tirer unilatéralement des conséquences juridiques.**

**L'avènement de la prise d'acte ne doit pas, cependant, occulter la prérogative que détient également le salarié de suspendre l'exécution du contrat de travail en cas de manquement patronal, autrement dit, d'user de l'exception d'inexécution. L'exception d'inexécution est, en effet, complémentaire à la prise d'acte ; confronté à une faute de l'employeur, le salarié ne souhaite pas forcément en tirer des conséquences définitives en termes de rupture du contrat. Il peut préférer, pour des raisons qui lui sont propres, obtenir l'exécution des engagements contractuels méconnus. L'exception d'inexécution présente l'intérêt de permettre la poursuite de cet objectif sans avoir à recourir au juge. Elle peut être exercée soit individuellement (II), soit collectivement (I).**

## I. L'exception d'inexécution exercée collectivement

C'est dans le cadre d'un usage particulier du droit de grève (A), pouvant donner lieu à maintien de salaire (B), que peut survenir l'exercice collectif de l'exception d'inexécution.

### A. Un usage particulier du droit de grève

La grève est définie par la jurisprudence comme un arrêt de travail collectif et concerté en vue de faire aboutir des revendications professionnelles (2). Elle peut être déclenchée par les salariés en vue d'obtenir des avantages nouveaux (par exemple une amélioration des conditions de travail ou une augmentation de salaire) ou pour s'opposer à une décision de l'employeur licite, mais défavorable pour les salariés ou considérée comme telle par eux (réorganisation...).

Mais il arrive également que la cessation collective du travail survienne en réaction à un manquement de l'employeur, afin de le contraindre à mettre fin à son comportement fautif et à respecter ses obligations ; les salariés ne revendiquent alors rien de nouveau,

mais exigent le respect de leurs droits par l'employeur, par exemple en matière de paiement des salaires ou de respect des règles de sécurité.

En un tel cas, la cessation collective du travail s'apparente au mécanisme de l'exception d'inexécution. C'est parce que l'employeur n'exécute pas ses obligations à leur égard que les salariés suspendent l'exécution de leurs propres obligations nées du contrat de travail. Ils refusent de poursuivre l'accomplissement de leur prestation tant que l'employeur ne se conforme pas à ses obligations. En ce sens, Monsieur le Professeur Savatier considère que, lorsqu'elle a pour but le respect de ses obligations par l'employeur, « la cessation du travail ne correspond pas seulement à l'exercice du droit de grève en vue d'appuyer des revendications professionnelles, mais à l'utilisation, par une partie à un contrat synallagmatique, de son droit de suspendre l'exécution de ses obligations lorsque l'autre n'exécute pas les siennes. Les grévistes usent de l'exception d'inexécution du droit civil en s'abstenant de fournir leur prestation à un

(1) Cet article trouve sa source dans une thèse soutenue le 17 mars 2012 : *L'encadrement contractuel de la subordination*, dir. B. Teyssié, Paris 2, consultable librement sur le site [www.these.fr](http://www.these.fr).

(2) Voir notamment : Cass. Soc. 29 mars 1995, n° 93-41863, Bull. Civ. V, n° 111.

*employeur qui ne respecte pas ses obligations contractuelles* » (3).

La licéité d'une telle cessation collective du travail est reconnue par la jurisprudence sur le fondement du droit de grève (4). L'opposition au manquement contractuel de l'employeur est une revendication professionnelle et le recours collectif à l'exception d'inexécution caractérise l'usage du droit de grève. En réalité, les deux mécanismes se cumulent ; les salariés recourent à l'exception d'inexécution et à la grève. Le droit commun des contrats aurait suffi à justifier la licéité du mouvement, mais c'est la qualification de grève qui est retenue par la jurisprudence, ce qui permet aux salariés de bénéficier de la protection qui s'y attache.

Est ainsi reconnue aux salariés la faculté de se soustraire à l'autorité de l'employeur et de tenter de le contraindre eux-mêmes (sans recours au juge) à exécuter ses obligations à leur égard, à user de son pouvoir dans des conditions conformes aux prévisions contractuelles. C'est donc d'une « riposte » (5), d'une « réaction nécessaire » (6) des salariés qu'il s'agit. L'exception d'inexécution fait figure, à titre collectif comme à titre individuel, d'instrument de « justice privée » permettant à un (ou plusieurs) contractant d'obtenir de l'autre partie l'exécution de ses obligations. Le mécanisme est remarquable, car il permet au salarié de prendre une initiative non judiciaire en vue d'obtenir le respect de ses droits et tend ainsi, sinon à rétablir l'égalité entre les contractants, du moins à atténuer leur inégalité.

## B. Le maintien éventuel du salaire

Par ailleurs, la jurisprudence a fixé le principe selon lequel la grève-exception d'inexécution peut ne pas donner lieu à retenue sur salaire. On sait que la grève suspend le contrat de travail, de sorte qu'en principe,

l'employeur est libéré de l'obligation de verser le salaire pendant la période au cours de laquelle le salarié ne fournit pas sa prestation de travail, l'obligation de verser le salaire ne reprenant qu'avec la reprise du travail.

Mais, par exception, la jurisprudence a institué la règle selon laquelle, dès lors que « *les salariés se sont trouvés dans une situation contraignante telle qu'ils ont été obligés de cesser le travail pour faire respecter leurs droits essentiels, directement lésés par suite d'un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations* » (7), l'employeur doit maintenir le salaire pendant la période de cessation de travail. À défaut, les salariés grévistes peuvent solliciter sa condamnation au versement d'une indemnité compensatrice de salaires et, le cas échéant, de dommages et intérêts.

Le critère jurisprudentiel du maintien de salaire fait référence à plusieurs conditions. Il est d'abord mis en avant la notion de contrainte. Les fautes de l'employeur doivent être réputées placer les salariés dans l'obligation de réagir. Le mécanisme repose sur l'idée que l'exécution du contrat de travail n'est pas possible compte tenu des fautes de l'employeur. C'est « l'état de nécessité » qui justifie l'initiative des salariés de suspendre leurs contrats (8). Il est ensuite souligné que le manquement de l'employeur à ses obligations doit être « grave » (sans que le degré de gravité soit précisément défini sur le plan théorique) mais aussi « délibéré » (en d'autres termes, une faute volontaire de l'employeur est exigée (9)). Enfin, les manquements commis par l'employeur doivent, pour justifier le maintien du salaire, « *léser les salariés dans leurs droits essentiels* ». Cette dernière exigence semble cependant recouper celle de gravité du manquement de l'employeur, puisque la gravité de la faute est à la mesure du degré de protection reconnu au droit auquel il a été porté atteinte (10). L'incidence pratique

(3) J. Savatier, Dr. Soc. 1991, p.322 ; dans le même sens, A. Cristeau écrit que « *le recours à la grève correspond au jeu de l'exception d'inexécution* » (A. Cristeau, *Grève et contrats*, Thèse, 1999, Paris 1). Voir également, en ce sens, P. Waquet, « L'indemnisation des grévistes contraints de recourir à la grève par suite d'un manquement de l'employeur à ses obligations », Dr. Soc. 1991, p.315.

(4) Voir notamment, parmi une jurisprudence abondante, Cass. Soc. 12 mars 1959, Dr. Soc. 1959, p.413 ; Cass. Soc. 3 mai 2007, n°054-4776, Bull. Civ. V, n°65 ; JCP S 2007, 1546, n. D. Asquinazi-Bailleux ; Cass. Soc. 4 décembre 2007, n°06-42463 ; Cass. Soc. 16 décembre 2009, n°07-41768.

(5) A. Cristeau, préc.

(6) P. Waquet, préc.

(7) Cass. Soc. 20 février 1991, n°89-41148, Dr. Soc. 1991, p.318, n. J. Savatier (l'arrêt énonce le principe, mais en écarte l'application en l'espèce) ; Cass. Soc. 2 mars 1994, n°92-41134, Bull. Civ. V, n°75 ; RJS 1994 n°453 ; Cass. Soc. 21 mai 1997, n°95-42542, Bull. Civ. V n°183 ; RJS 1997, n°854 ; TPS 1997, comm. 211 ; Cass. Soc. 28 octobre 1997, n°96-41776, RJS 1997, n°1416 ; Cass. Soc. 5 janvier 2005, n°03-40075.

(8) Certains arrêts ayant admis l'indemnisation des grévistes dont le mouvement était motivé par le non-paiement de leurs salaires ont d'ailleurs insisté sur le « *caractère alimentaire* » des salaires dus par l'employeur (Cf. Cass. Soc. 14 mars 1979, n°76-41143 ; Cass. Soc. 28 octobre 1997, n°88-45790).

(9) Il a ainsi pu être jugé que le non-paiement des salaires, s'il constitue un manquement grave, ne permet pas de caractériser un manquement délibéré, dès lors qu'il s'explique par les « *difficultés financières de l'entreprise, placée sous le régime du redressement judiciaire* » Cass. Soc. 28 octobre 1997, n°96-41776 ; Cass. Soc. 26 janvier 2000 n°98-44177. À l'inverse, si le redressement judiciaire a débouché sur un plan de continuation, « *qui met fin à la période d'observation et fait recouvrir au débiteur la totalité de ses droits* », le retard dans le paiement des salaires caractérise un manquement grave et délibéré : Cass. Soc. 7 juin 2006, n°04-46664, Bull. Civ. V, n°205 ; RJS 2006, n°989 ; JCP S 2006, 1648, n. R. Vatinet.

(10) Un arrêt fait d'ailleurs référence à la fois aux « *droits essentiels* » des salariés et aux « *obligations essentielles de l'employeur* » : Cass. Soc. 26 février 1992, n°90-40760.

de cette condition supplémentaire, d'ailleurs parfois éludée (11), semble donc inexistante.

Sur la base de ces critères, nombre de fautes patronales sont susceptibles d'être considérées comme justifiant la grève-exception d'inexécution avec maintien de salaire. Si l'on se réfère à la jurisprudence, tel peut, notamment, être le cas du défaut ou retard de paiement des salaires (12) (y compris des heures supplémentaires (13) ou d'un accessoire de salaire tels que les jours de RTT (14)), du défaut de fourniture de travail (15), de la modification unilatérale des contrats de travail, notamment s'agissant de la durée du travail et du salaire corrélatif (16), ou encore du non-respect de règles de sécurité (17), sous réserve que la faute soit jugée suffisamment grave et délibérée.

Ce dernier contrôle est essentiel. Toute grève-exception d'inexécution ne donne pas automatiquement lieu au maintien du salaire, même si le manquement patronal est réel et démontré : les critères énoncés par la Cour de cassation, qui traduisent l'exigence d'un manquement patronal *d'une certaine gravité*, doivent être remplis. Lorsque tel est le cas, l'usage du droit de grève est à tel point légitime qu'il n'emporte « *aucun préjudice financier au détriment de ceux qui y recourent* » (18). Puisque la suspension du contrat est imputable à la faute de l'employeur, c'est à celui-ci d'en supporter le coût, non aux salariés (19). L'efficacité du mécanisme de l'exception d'inexécution en est renforcée, puisque

les salariés n'en subissent pas les conséquences pécuniaires, qui auraient pu être dissuasives.

À l'inverse, un manquement patronal réel, mais jugé non suffisamment grave (ou non délibéré), ne permet pas aux salariés grévistes d'obtenir le paiement des jours de grève. Pour autant, la non-réunion des critères de maintien des salaires n'a pas pour effet de disqualifier le mouvement collectif, qui est bien un mouvement de grève ayant les traits d'une exception d'inexécution, ni de désavouer l'initiative des salariés ; leur mouvement est licite et légitime, mais le manquement patronal qu'il s'agit de combattre ne fait pas partie de ceux justifiant le maintien des salaires, qui n'est qu'exceptionnel. Il se peut donc que l'invocation collective de l'exception d'inexécution soit couronnée de succès, en ce sens qu'elle aboutit à la cessation du comportement fautif de l'employeur, mais au prix d'une perte de salaire correspondant aux journées de grève suivies pour l'obtenir, la situation des salariés n'étant pas jugée « *contraignante* ». Il est procédé à une hiérarchisation des fautes de l'employeur, toutes n'entraînant pas les mêmes conséquences, de sorte que les salariés ne peuvent parfois obtenir le respect de leurs droits « *qu'à leurs frais* ».

(11) Voir notamment Cass. Soc. 24 avril 2003, n°02-41308 ; Cass. Soc. 18 mai 2005, n°02-42993, RJS 2005, n°1108 ; Cass. Soc. 3 mai 2007, n°05-44776, JCP S 2007, 1546, n. D. Asquinazi-Bailleux ; RDT 2007, p. 538, n. O. Leclerc ; Cass. Soc. 16 décembre 2009, n°07-41768.

(12) Cass. Soc. 7 juin 2006, prec. (cassation de l'arrêt par lequel une Cour d'appel avait rejeté la demande de salariés tendant au paiement des jours de grève motivée par « *le retard répété de paiement des salaires* ») ; voir également dans le même sens Cass. Soc. 14 mars 1979, n°76-41143, Cass. Soc. 27 novembre 1990, n°88-45790 (« *Les salariés de l'entreprise avaient été contraints à la grève pour obtenir le paiement régulier de rémunérations ayant pour eux un caractère alimentaire* ») ; Cass. Soc. 18 mai 2005, n°02-42993 (« *La Cour d'appel, qui a constaté que les salariés du chantier avaient été contraints de cesser le travail pour obtenir le paiement de leur salaire qui ne leur était plus versé régulièrement, a pu en déduire que la grève était la conséquence d'un manquement de l'employeur à ses obligations et, par voie de conséquence, que ce dernier devait payer les jours de grève* »)

(13) Cass. Soc. 3 mai 2007, prec. Pour la Cour de cassation, le « *non-paiement des heures supplémentaires* » caractérise « *à l'évidence un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations* ».

(14) Cass. Soc. 16 décembre 2009, n°07-41768 (cassation de l'arrêt ayant rejeté la demande de paiement des salaires pendant la grève déclenchée pour obtenir l'attribution des jours de RTT dus en application d'un accord d'entreprise).

(15) Cass. Soc. 26 février 1992, n°90-40760, Bull. Civ. V, n°124 (indemnisation des jours de grève justifiée par le manquement grave de l'employeur qui avait « *enlevé les moyens permettant à l'établissement de fonctionner normalement* » et qui s'était ainsi « *dérobé à ses obligations essentielles en privant ses salariés des moyens d'accomplir leur prestation de travail* »)

(16) Cass. Soc. 4 octobre 2005, RJS 2005, n°1757. Il s'agissait en l'espèce d'une « *réduction unilatérale du temps de travail d'une partie des salariés, ce qui avait pour résultat une réduction de leur rémunération* ». Cf. également Cass. Soc. 24 avril 2003, n°02-41308 : cassation de l'arrêt d'une Cour d'appel ayant débouté les salariés de leur demande de rappels de salaire au titre des jours de grève « *sans rechercher, comme elle y était invitée, si la réduction unilatérale du temps de travail et de la rémunération de neuf salariés, fût-ce au titre d'un test (...), ne constituait pas un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations, plaçant les salariés dans une situation contraignante qui les obligeait à cesser le travail pour faire respecter leurs droits, directement lésés par cette mesure, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

(17) Cass. Soc. 11 décembre 1985, n°83-45566, Bull. Civ. V, n°601 ; Cass. Soc. 21 mai 1997, n°95-42542, Bull. Civ. V, n°183 ; TPS 1997, comm. 211 (maintien d'une prime au rendement illicite dans le secteur des transports routiers).

(18) B. Teyssié, Jurisclasseur Travail, Traité, fasc. 70-20.

(19) Cf. En ce sens, J. Savatier (art. préc.) : « *La suspension du contrat est imputable à l'employeur, comme l'aurait été sa rupture. C'est donc l'employeur qui doit en supporter la charge* ». Dans le même sens, A. Cristeau (prec.) explique que « *l'employeur contraint les salariés à recourir à la grève. La suspension du contrat de travail lui est donc imputable. Effectuer une retenue sur salaire reviendrait à accentuer le préjudice que subissent les grévistes. Indemniser les salariés du temps non travaillé, c'est rétablir un équilibre entre les manquements réciproques (...). Si le recours à la grève est justifié par l'exception d'inexécution, son indemnisation repose bien sur l'existence d'un préjudice qu'il convient de réparer* ».

## II. L'exception d'inexécution exercée individuellement

Au-delà de son utilisation collective, l'exception d'inexécution peut être invoquée par le salarié à titre individuel. Entre ses mains, elle est une prérogative d'application générale ; il peut y être recouru en réaction à tout type de manquement contractuel de l'employeur. Mais, en marge de ce pouvoir d'initiative d'application générale, issu du droit commun des contrats (B), le législateur a reconnu au salarié la faculté, nommée « droit de retrait », de suspendre l'exécution de ses obligations dans un cas particulier, celui d'une situation dangereuse pour sa santé ou sa sécurité (A).

### A. Le droit de retrait, cas légal d'exception d'inexécution

Le « droit de retrait », dont le mécanisme a été défini légalement (1°), est avant tout conçu comme un droit individuel de protection, mais ses conditions et ses effets en font une forme d'exception d'inexécution de droit commun (2°).

#### 1. Le mécanisme légal du droit de retrait

Le droit de retrait s'entend du droit pour le salarié de se retirer d'une « *situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé* » (20), sans que cette initiative constitue une faute susceptible de sanction disciplinaire, ni une inexécution justifiant une retenue sur salaire (21). Confronté à des tâches présentant un tel danger, en elles-mêmes (tâches intrinsèquement dangereuses) ou compte tenu des circonstances dans lesquelles elles doivent être accomplies (équipements défectueux, conditions climatiques particulières...), le salarié peut légitimement refuser d'exécuter sa prestation de travail, du moins en ses aspects dangereux.

En cas de contentieux portant sur le bien-fondé du recours au droit de retrait (dans le cadre d'une demande du salarié en rappel de salaire, après que l'employeur aura refusé de rémunérer les heures

non travaillées, ou dans celui d'une demande en annulation d'une sanction disciplinaire ou d'un licenciement (22) réprimant l'initiative prise par le salarié), il revient au juge d'apprécier si le salarié avait un « *motif raisonnable* » de se penser exposé à un « *danger grave et imminent* ». C'est donc la réalité et la légitimité d'une croyance du salarié qui doit être recherchée, ce dont il résulte que le juge ne peut se contenter de relever l'absence de danger pour dire illégitime le recours au droit de retrait ; il doit analyser la perception qu'a eue le salarié de la situation.

Comme le relève Madame Gardin (23), le raisonnement compte deux étapes. La discussion porte, d'abord, sur l'existence même du danger grave et imminent à l'origine de l'initiative du salarié ; s'il est établi, le débat est clos, puisque ce constat objectif emporte démonstration de ce que le salarié a agi sur la base d'un « *motif raisonnable* », sa crainte étant non seulement sincère, mais de surcroît bien fondée (le salarié savait ou pressentait qu'il était exposé à un danger et tel était bien le cas) ; la preuve du danger emporte preuve du motif raisonnable ; le recours au droit de retrait était légitime (24).

Si, en revanche, le juge écarte l'existence d'un danger grave et imminent, c'est que le salarié n'a pas usé de son droit de retrait à juste titre, et il faut déterminer si cette initiative mal fondée est excusable ou non ; c'est l'objet de la seconde étape de la discussion, qui consiste à identifier les « *raisons d'agir* » du salarié (25). À ce titre, il faut d'abord opérer un « *contrôle de sincérité* », c'est-à-dire déterminer si l'usage du droit de retrait, malgré l'absence de danger finalement établie, relève d'une erreur (le salarié était persuadé, à tort, qu'il était exposé à un danger), d'une prise de précaution (le salarié le craignait sans en être persuadé) ou d'une mauvaise foi (le salarié avait parfaitement conscience de ne courir aucun danger). Si la mauvaise foi est retenue, l'usage du droit de retrait est illégitime (26) et la discussion s'achève.

(20) C. trav. art. L. 4131-1.

(21) C. trav. art. L. 4131-3.

(22) Depuis un arrêt du 28 janvier 2009, la Cour de cassation sanctionne de nullité le licenciement motivé par l'exercice légitime du droit de retrait (Cass. Soc. 28 janvier 2009, n° 07-44556, Dr. Ouv. 2009, p. 286, n. M. Estevez, JCP S 2009, 1226, n. P.-Y. Verkindt).

(23) A. Gardin, « Le droit de retrait du travailleur : retour sur quelques évolutions marquantes », RJS 2009, p. 599.

(24) Voir par exemple Cass. Soc. 1<sup>er</sup> mars 1995, n° 91-43406, CSBP 1995, B 76 (le « défaut persistant de conformité des installations de l'entreprise avec les normes de sécurité » étant établi, les salariés « étaient fondés à se prévaloir d'une situation dangereuse ») ; voir également Cass. Soc. 22 octobre 2008, n° 07-43740 (les agresseurs d'un salarié, contrôleur de la SNCF, n'ayant pas été arrêtés, « présentaient un danger pouvant laisser craindre pour la sécurité des agents en service »).

(25) L'omission de cette seconde recherche expose la décision à la cassation (Cass. Soc. 11 juillet 1989 n° 86-43497, RJS 1989, n° 687, Dr. Ouv. 1989, p. 492 ; Cass. Soc. 30 octobre 2001, n° 99-43094 ; Cass. Soc. 23 mars 2005 n° 03-42412 ; Cass. Soc. 5 juillet 2011, n° 10-23319).

(26) Cf. en ce sens J. Grinsnir, qui vise « *l'abus manifeste* » (J. Grinsnir, « Sécurité et conditions de travail : le point sur les questions en évolution », Dr. Ouv. 1989, p. 335), P. Chaumette, qui fait référence à « *l'erreur consciente du salarié, son intention malicieuse* » (P. Chaumette, « Le comité d'hygiène, de sécurité, et des conditions de travail et le droit de retrait du salarié », Dr. Soc. 1983, p. 425), M. Bonnechère, qui estime que « *la théorie de l'abus de droit, qui impliquerait sans doute ici la mauvaise foi ou l'erreur grossière du salarié* », doit être utilisée (M. Bonnechère, « Le corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail », Dr. Ouv. 1994, p. 173).

Si, au contraire, c'est d'erreur ou de précaution qu'il s'agit, il faut vérifier son caractère raisonnable à partir de la recherche d'une « *apparence de danger* » (27) ; dans le cas d'une erreur, c'est un « *contrôle de l'erreur raisonnable d'appréciation* » qu'il convient opérer pour identifier quelle apparence a pu tromper le salarié en le convainquant de l'existence d'un danger, en réalité inexistant, et déterminer si l'erreur n'est pas excessivement grossière (28), sans perdre de vue sur ce point, d'une part, que le salarié n'est pas un expert en matière de sécurité et, d'autre part, que l'analyse doit être opérée *in concreto*, c'est-à-dire en tenant compte, notamment, de sa personnalité, de ses antécédents médicaux (29), de son expérience. Dans le cas d'une prise de précaution, il faut s'assurer que l'apparence de danger était suffisante pour emporter un doute raisonnable en matière de sécurité et justifier que le danger soit présumé jusqu'à preuve du contraire. Si, au terme de ces contrôles, il apparaît que l'usage du droit de retrait relevait d'une erreur compréhensible (30) du salarié ou d'une précaution justifiée (31), son exercice est légitime, peu important qu'en réalité aucun danger n'ait jamais menacé l'intéressé.

## 2. Le droit de retrait, forme d'exception d'inexécution

Le droit de retrait est, avant tout, un instrument de protection individuelle, un outil de prévention des risques professionnels « *fondé sur le concept simple du «sauve-qui-peut»* » (32) ou, autrement dit, un mécanisme de « *préservation de la santé du travailleur* » (33). Il est le prolongement du droit fondamental à la santé. En ce sens, comme le souligne Monsieur le Professeur Verkindt, il peut être qualifié

de « *véritable droit de la personne humaine* » (34). Il est une matérialisation du droit de chacun à la préservation de sa santé.

Mais, plus qu'un « simple » droit individuel du salarié, le droit de retrait est une véritable prérogative opposable à l'employeur (35). Il constitue un moyen de pression du premier envers le second, destiné à obtenir de ce dernier le respect de son obligation de sécurité. En refusant d'exécuter un travail dangereux, le salarié contraint l'employeur passif à agir pour faire cesser le danger, peu important, d'ailleurs, que la situation dangereuse soit apparue du fait de l'employeur (non-respect d'une norme de sécurité, consigne dangereuse, matériel défectueux...) ou qu'elle ait une source extérieure (circonstance climatique, environnementale...). Tout le sens du droit de retrait est de permettre de dépasser l'inertie de l'employeur pour le contraindre, sans recours au juge, à user de son pouvoir dans un sens conforme aux exigences de sécurité, afin de « *le mettre devant ses responsabilités* » (36). Le droit de retrait a pour objet, non seulement de permettre une « mise à l'abri » du salarié (c'est la préoccupation première), mais également d'aboutir à une mise en conformité des conditions de travail avec les règles de sécurité (37) (préoccupation seconde). Cette nature de moyen de pression apparaît clairement dans un arrêt par lequel la Cour de cassation a approuvé un Conseil de prud'hommes d'avoir dit légitime l'usage du droit de retrait par plusieurs salariés, « *fondés à se prévaloir d'une situation dangereuse pour leur vie ou leur santé pour cesser leur travail* », après avoir constaté que cette cessation était motivée par le « *défaut persistant de conformité des installations de l'entreprise avec les*

(27) A. Gardin, « Le droit de retrait du travailleur : retour sur quelques évolutions marquantes », préc.

(28) En ce sens, J. Grinsnir (art. préc.) considère que « *la notion de motif raisonnable vise uniquement à écarter les paniques irraisonnées et les abus manifestes* ». Par exemple, la présence de « *courants d'air* » ne peut constituer un motif raisonnable de craindre un danger grave et imminent (Cass. Soc. 17 octobre 1989, n° 86-43272).

(29) Il a été confirmé par la Cour de cassation que le danger grave et imminent n'est pas nécessairement « *extérieur* » à la personne du salarié ; le danger peut n'être constitué qu'en raison d'une pathologie du salarié, par exemple des difficultés respiratoires interdisant le travail au contact d'animaux et produits chimiques (Cass. Soc. 20 mars 1996, n° 93-40111, RJS 1996, n° 554 et concl. Y. Chauvy, p. 319 ; JCP E, II, 850, n. G. Lachaise ; Dr. Ouv. 1996, p. 505, n. M. Bonnechère ; Dr. Soc. 1996, p. 684, n. J. Savatier).

(30) Par exemple, la crainte erronée d'un danger lié à la conviction du salarié d'un manque de sécurisation d'un échafaudage peut constituer un motif raisonnable (Cass. Soc. 23 juin 2004, n° 02-45401) ; le déclenchement d'une alarme censée réagir à une dose anormale de radioactivité peut également caractériser un motif raisonnable de crainte, peu important qu'en fin de compte, il s'avère que l'alarme s'était déclenchée à tort (CA Nancy, 28 octobre 2008, signalé par A. Gardin, art. préc.).

(31) Ainsi, le salarié confronté à un « *dégagement de poussières par une machine plus important qu'à l'ordinaire* », a un motif légitime de craindre un danger grave et imminent, et de se retirer de son poste de travail jusqu'à l'avis de la commission

de sécurité sollicitée ; le doute était suffisant pour qu'un avis éclairé soit requis ; il l'était également pour justifier l'usage du droit de retrait à titre de précaution dans l'attente de cet avis (Cass. Soc. 26 novembre 1987, n° 85-43600) ; de même, l'absence de vérification par le service compétent de la qualité des réparations (relatives au système de freinage) qu'il avait lui-même ordonnées sur un camion justifie que le salarié refuse de prendre le risque de conduire le véhicule (Cass. Soc. 5 juillet 2000, n° 98-43481).

(32) J.-M. Gasser, « Le droit de retrait dans le secteur privé », RJS 6/2006, p. 463.

(33) A. Bousiges, « Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique », Dr. Soc. 1991, p. 279.

(34) P.-Y. Verkindt, « Avoir raison en matière de droit de retrait n'est pas sans risque, mais la Cour de cassation veille », JCP S 2009, 1226.

(35) Pour T. Lahalle, « *le «droit» de retrait est une prérogative individuelle* » (T. Lahalle, « À propos du devoir d'abstention d'un membre d'équipage d'un avion », JCP S 2010, 1256) ; pour A. Gardin (art. préc.), « *l'affirmation [par l'art L. 4131-1] d'une prérogative au bénéfice du travailleur ne fait pas de doute* ».

(36) G. Lachaise, « Le droit de retrait des salariés de leur poste de travail », JCP E 1991, p. 451.

(37) Cf. A. Bousiges (art. préc.), qui écrit : « *Ne peut-on considérer que le retrait vise à faire en sorte que l'employeur remédie à la situation dangereuse ? En ce sens, ce serait aussi un moyen de pression* » ; il s'agirait, toutefois, d'un moyen « *indirect* », car « *en premier lieu le salarié veut protéger sa santé* ».

normes de sécurité », sans pour autant relever, ainsi que le soulignait le pourvoi de l'employeur, la gravité et l'imminence du danger (38). Le droit de retrait avait été légitimement invoqué pour obliger l'employeur à mettre fin à une situation dangereuse qu'il tardait à faire cesser.

Si le droit de retrait peut ainsi être qualifié de prérogative, de moyen de pression, c'est parce qu'il adopte les traits caractéristiques et le régime de l'exception d'inexécution. Il en est une forme (39) en ce qu'il emporte suspension non du contrat, mais de l'obligation du débiteur, en l'occurrence l'obligation du salarié d'exécuter les tâches mises à sa charge par l'employeur (des tâches de remplacement pouvant lui être confiées en lieu et place des tâches dangereuses (40)), en raison de l'inexécution par son cocontractant de ses propres obligations ou de l'une d'elles, en l'occurrence l'obligation de sécurité.

La mise en œuvre du droit de retrait emporte donc inexécution, à titre d'exception, de l'obligation d'effectuer la ou les tâche(s) dangereuse(s), mais également inexécution (partielle) de l'obligation de subordination, puisqu'une désobéissance du salarié se trouve légitimée. En cela, le droit de retrait constitue un pouvoir d'initiative du salarié, qui lui permet d'aller à l'encontre des ordres de l'employeur, de dépasser (d'inexécuter) sa situation de subordination pour assurer – et faire assurer – sa sécurité à laquelle il n'a évidemment pas renoncé en contractant. Le droit de retrait marque une opposition au pouvoir patronal. Il implique un refus d'obéir qui « apparaît comme un cas d'insubordination », une « dérogation au devoir d'obéissance » (41). Il heurte frontalement le pouvoir de l'employeur, dont il justifie la « mise sous contrôle » (42), et caractérise ainsi une « altération de l'autorité de l'employeur » (43), à double titre puisqu'au refus d'obéir, s'ajoute la volonté de guider l'usage du pouvoir patronal. Si l'on se réfère au contentieux qu'il suscite, c'est d'ailleurs bien ainsi que le droit de retrait est perçu par certains employeurs ;

des licenciements de salariés ayant usé de leur droit de retrait ont été motivés par leur « insubordination » (44), par un « refus d'exécuter un ordre, de se soumettre aux instructions » (45), par un « refus d'obéissance » (46), ou même par la « remise en cause du pouvoir de l'employeur » (47).

Si la loi rappelle le pouvoir du salarié de recourir au mécanisme de l'exception d'inexécution pour faire respecter son droit à la sécurité, au-delà de ce rappel ponctuel, ce pouvoir existe afin de faire respecter chacun des droits nés du contrat de travail, sur le fondement du contrat et indépendamment de toute disposition légale spécifique.

## B. Le recours à l'exception d'inexécution de droit commun

Si la faculté du salarié de recourir à l'exception d'inexécution de droit commun et sa reconnaissance par la jurisprudence ne font pas de doute (1°), en revanche, des incertitudes demeurent quant au degré de gravité requis de la faute patronale (2°), et l'efficacité du mécanisme est variable (3°).

### 1. Faculté du salarié de recourir à l'exception d'inexécution

Évoquer la faculté du salarié de recourir à l'exception d'inexécution de droit commun peut, de prime abord, sembler étonnant (48). Pourtant, il n'existe aucune incompatibilité entre cette technique et le contrat de travail. Celui-ci est ouvert au jeu de l'exception d'inexécution, en tant que contrat synallagmatique soumis aux règles de droit commun (49). D'ailleurs, la faculté d'user de l'exception d'inexécution dans le cadre du contrat de travail est communément reconnue à l'employeur. En cas d'absence sans motif légitime du salarié (qui n'exécute pas sa prestation de travail), le salaire afférent aux heures ou aux journées non travaillées pourra ne pas être payé. Il est admis que cette retenue sur salaire ne constitue pas une sanction pécuniaire, mais n'est que la « conséquence du caractère synallagmatique du contrat de

(38) Cass. Soc. 1<sup>er</sup> mars 1995, n°91-43406, CSBP 1995, B 76 ; comme le relève Monsieur Miara à propos de cet arrêt, « le danger peut résulter d'une situation durable non combattue ou inefficacement combattue jusqu'ici » (S. Miara, Jurisclasseur fasc. 20-10).

(39) Cf. en ce sens, C. Chabas, qui considère que le droit de retrait est « un cas d'exception d'inexécution » (C. Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, Thèse LGDJ, Coll Bibliothèque de Droit privé n° 380, 2001, p. 334).

(40) Cf. sur ce point Y. Duguet, « Danger grave et retrait du travail », RPDs 1992 p. 223 ; S. Miara, Jurisclasseur fasc 20-10.

(41) A. Bousigues, art. préc. Cf. également en ce sens J. Rivero et J. Savatier (*Droit du travail*, PUF, Thémis, 13<sup>e</sup> éd., 1993) qui relèvent que « la situation dangereuse apparaît comme un fait justificatif d'une désobéissance du salarié ».

(42) P.-Y. Verkindt, préc.

(43) A. Bousigues, préc.

(44) Cass. Soc. 23 mars 2005, n° 03-42412.

(45) Cass. Soc. 9 mai 2000, n°97-44234, Bull. Civ. V, n°175 ; RJS 2000, n° 683 ; TPS 2000, comm. 222 ; Dr. Ouv. 2001, p. 30, n. A. de Senga ; CSBP, n° 123, p. 684, n. C. Charbonneau ; Dr. Soc. 2000, p. 778, n. G. Couturier.

(46) Cass. Soc. 20 janvier 1993, n°91-42028, Bull. Civ. V, n°22 ; RJS 1993 n°285 ; JCP E, II 494.

(47) Cass. Soc. 28 janvier 2009, n°07-44556, Dr. Ouv. 2009, p. 286, n. M. Estevez ; JCP S 2009, 1226, n. P.-Y. Verkindt.

(48) La question est d'ailleurs peu étudiée. Il semble que seule Madame Pochet a abordé la question de « l'abandon de poste résultant d'un manquement de l'employeur [qui] constitue une simple exception d'inexécution » (P. Pochet, « Initiatives atypiques du salarié en matière de rupture du contrat de travail », JCP S 2005, n° 1435).

(49) Puisque le mécanisme « sanctionne l'inexécution de tout contrat, voire de tout rapport synallagmatique », C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, Thèse, LGDJ, Coll Bibliothèque de Droit privé, T. 321, 1999, p. 2.

travail » (50). Confronté à l'inexécution par le salarié de son obligation d'exécuter sa prestation de travail, l'employeur s'abstient d'exécuter son obligation réciproque de paiement du salaire (51).

De la même manière, confronté à l'inexécution de ses obligations par l'employeur, le salarié peut, outre saisir le juge prud'homal, agir sur le terrain contractuel, non seulement en prenant acte de la rupture (ce qui implique qu'il renonce à son emploi), ou en usant du droit de grève (ce qui implique que plusieurs salariés soient confrontés au même manquement et soient prêts à agir), mais également en suspendant individuellement l'exécution de ses obligations. La qualité de salarié n'est nullement incompatible avec l'exception d'inexécution. Aucun motif légitime ne permettrait de refuser au salarié, partie au contrat synallagmatique de travail, l'usage de cette prérogative contractuelle. Certes, le recours à l'exception d'inexécution va à l'encontre du lien de subordination, du pouvoir de l'employeur. Mais la subordination n'est qu'une obligation contractuelle du salarié, susceptible, comme toute obligation, d'être suspendue par le jeu de l'exception d'inexécution en cas de manquement de l'employeur, notamment si celui-ci n'use pas de son pouvoir, qui n'est qu'une prérogative contractuelle, dans le respect des règles dont il est assorti. L'exception d'inexécution déploie, dans le cadre du contrat de travail, ses effets habituels qui conduisent, s'agissant d'un usage par un contractant subordonné, non seulement à un inaccomplissement de la prestation de travail, mais également à un rejet temporaire — de l'état de subordination.

La Cour de cassation a d'ailleurs admis l'invo- cation de l'exception d'inexécution par le salarié. Un arrêt du 22 juin 2004 avait laissé entrevoir le principe. Un salarié invoquait l'absence de cause réelle et sérieuse de son licenciement, notifié pour « *abandon de poste* », en affirmant « *qu'il était en droit de considérer que l'employeur ne respectait pas ses engagements, ce qui l'autorisait dans cette situation conflictuelle à ne pas reprendre son travail tant qu'elle n'avait pas été réglée* », de sorte qu'il n'avait pas commis la faute grave retenue à son encontre par l'employeur et les juges du fond. À cela, la Cour de cassation avait

répondu qu'il « *revient au juge d'apprécier la réalité et la gravité de la faute reprochée au salarié* » (52), c'est-à-dire l'abandon de poste. Or, comme l'a relevé Madame Pochet (53), « *sa réalité et sa gravité dépendent essentiellement de la raison de l'attitude du salarié, ce qui renvoie au grief imputé à l'employeur* », ce qui pouvait conduire à admettre qu'en présence de manquements patronaux établis et suffisamment graves, « l'abandon de poste » du salarié devrait être requalifié en exception d'inexécution, dépourvue de caractère fautif, et que le licenciement se trouverait privé de cause réelle et sérieuse. Il n'était, cependant, pas évident que telles aient été les intentions de la Cour de cassation, d'autant qu'en l'espèce, les griefs du salarié ont été jugés infondés (la prime de productivité réclamée n'était pas due), de sorte que le licenciement a été dit justifié par une faute grave.

Les doutes qui pouvaient subsister ont, depuis, été levés par un arrêt du 23 juin 2009 (54). Un salarié ayant fait l'objet d'une mise à pied disciplinaire, qu'il estimait injustifiée, avait « *refusé de reprendre le travail tant qu'il ne serait pas payé des salaires correspondant* », et l'employeur l'avait licencié pour « *refus de reprendre le travail* ». Saisie par l'employeur, la Cour de cassation a constaté que la Cour d'appel avait jugé que « *la mise à pied disciplinaire était injustifiée* » et l'a approuvée d'en avoir « *justement déduit que le refus du salarié de reprendre le travail tant qu'il ne serait pas payé des salaires dont il avait été privé pendant cette période n'était pas fautif* », la Cour de cassation ajoutant que « *le refus par un salarié de reprendre le travail peut être légitimé par un manquement de l'employeur à ses obligations* ».

Le salarié peut valablement refuser d'exécuter ses obligations contractuelles en cas d'inexécution réciproque de l'employeur. Le principe se trouve, désormais, clairement énoncé ; il est d'autant mieux assis qu'une jurisprudence antérieure en avait fait, avant même son énoncé explicite, une application relativement abondante. Il a ainsi été jugé, à plusieurs reprises, que n'était pas fautif, et ne justifiait donc pas le licenciement, le refus du salarié d'exécuter sa prestation de travail en raison d'un non-paiement du salaire (55), y compris des heures supplémentaires (56), ou compte tenu d'une modification

(50) J.-F. Césaro, « Les conséquences d'un refus légitime de travailler sur la rémunération », JCP S 2008, 1466. L'auteur évoque « une déclinaison travailliste de l'exception d'inexécution ».

(51) Et « *la retenue sur salaire doit correspondre au temps exact de la cessation de travail* » (Cass. Soc. 26 janvier 2011, n° 08-45204, JCP S 2011, 1166, n. C. Puigelier).

(52) Cass. Soc. 22 juin 2004 n° 02-42392, RJS 2004, n° 1131.

(53) P. Pochet, art préc.

(54) Cass. Soc. 23 juin 2009, n° 07-44844, Bull. Civ. V, n° 158 ; JCP S 2009, 1419, n. F. Dumont

(55) Cass. Soc. 6 juin 2001, n° 99-43484 : (« *Le Conseil de prud'hommes, examinant les motifs de la rupture, a constaté que l'absence*

*du salarié le 3 février 1997 avait été provoquée par le défaut de paiement de son salaire ; qu'ayant ainsi fait ressortir que le comportement du salarié n'était pas fautif...* »).

(56) Cass. Soc. 7 décembre 1999, n° 97-42878, Bull. Civ. V, n° 473 : « *La Cour d'appel a constaté que l'employeur avait fait effectuer des heures supplémentaires qu'il n'avait pas rémunérées ; elle a, dès lors, décidé à bon droit que le salarié avait pu valablement, compte tenu de l'inexécution de ses obligations par l'employeur, refuser d'exécuter les heures de travail supplémentaires demandées* » ; Cf. également Cass. Soc. 6 novembre 2002, n° 00-41852, qui reproche à une Cour d'appel d'avoir dit justifié le licenciement motivé par un abandon de poste « *sans rechercher si le comportement de la salariée n'était pas la conséquence du différend entre les parties au sujet des heures supplémentaires* » (cassation).

imposée du contrat, notamment une modification de l'emploi (57), de la rémunération (58), ou des horaires de travail (59) ou encore, par suite de la tentative de l'employeur d'imposer le port d'une tenue de travail en contradiction avec les termes de la convention collective (60). De même, il a ensuite été jugé que le non-respect des préconisations émises par le médecin du travail justifie la suspension du contrat, sans qu'il soit nécessaire que le salarié se place sur le terrain du droit de retrait (61).

Le principe a également fait l'objet d'applications *a contrario* ; à plusieurs reprises, ce n'est qu'après avoir conclu au caractère infondé des griefs invoqués par le salarié que les juges ont estimé que l'inexécution de sa prestation de travail était fautive et qu'en conséquence, le licenciement était justifié, laissant ainsi entendre que le bien-fondé des griefs aurait retiré à « l'abandon de poste » son caractère fautif (62).

## 2. Quelle exigence de gravité des manquements patronaux ?

Contrairement aux règles applicables à la prise d'acte et à la grève-exception d'inexécution, en matière d'exception d'inexécution exercée individuellement, la jurisprudence n'énonce aucune condition expresse de « gravité » ou de « gravité suffisante ». Elle met l'accent sur la matérialité des fautes de l'employeur et non sur leur gravité. Ainsi, dans l'arrêt précité du 23 juin 2009, la Cour de cassation a énoncé le principe selon lequel « le refus par un

salarié de reprendre le travail peut être légitimé par un manquement de l'employeur à ses obligations » (63), sans autre précision relative à une exigence de gravité du manquement. Dans le même sens, par une décision plus ancienne, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé par un employeur contre l'arrêt ayant jugé non fautif le refus du salarié d'exécuter des heures supplémentaires en raison du défaut de paiement des heures précédemment effectuées, c'est-à-dire « compte tenu de l'inexécution de ses obligations par l'employeur » (64), là aussi sans référence au degré de gravité de la faute. De plus, l'étude de la jurisprudence révèle que, de façon quasi systématique, lorsque l'initiative du salarié a été dite injustifiée, c'est en raison de ce qu'aucun manquement n'était imputable à l'employeur, tandis que, de façon générale, lorsqu'une faute de l'employeur a été constatée, l'initiative du salarié a été approuvée.

Peut-on en déduire pour autant que tout manquement établi de l'employeur justifie l'initiative du salarié, peu important son degré de gravité ? Un arrêt relativement récent de la Cour de cassation exclut qu'une telle conclusion soit tirée. Dans cette affaire un salarié avait été licencié pour avoir refusé de reprendre son poste tant que l'employeur ne lui aurait pas réglé les compléments de salaire (au titre d'un arrêt maladie) dont il était redevable. La faute patronale était établie mais la Cour d'appel avait tout de même jugé que le licenciement était

(57) Cass. Soc. 18 janvier 2000, n°97-45144 : salarié engagé « en qualité de professeur de français chargé des classes de première et terminale », affecté à la prise en charge de « classes de 4<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> », ayant refusé d'assurer ses fonctions. La Cour de cassation censure l'arrêt, ayant dit justifié le licenciement notifié pour « abandon de poste et insubordination » au motif que « le refus du salarié de poursuivre l'exécution de son contrat de travail qui avait fait l'objet d'une modification imposée par l'employeur n'est pas fautif » ; Cass. Soc. 7 décembre 2004, n°01-46254 : « La Cour d'appel, qui a fait ressortir qu'à la date de l'abandon de poste reproché par l'employeur, la modification intervenue du contrat de travail [réduction des responsabilités] justifiait que le salarié ait refusé de poursuivre son exécution, en un exactement déduit que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse » ; Cf. également Cass. Soc. 9 mars 2011, n°09-66134, JCP S 2011, 1324 : l'employeur ayant modifié unilatéralement les fonctions du salarié, celui-ci « était en droit de refuser l'exécution du contrat de travail modifié sans son accord », de sorte que son « absence (...) n'était pas fautive ».

(58) Cass. Soc. 19 janvier 1994, n°90-45845 : « Le comportement du salarié [refus de reprendre le travail à l'issue des congés, présenté comme une « mesure de représailles contre l'employeur »] avait été provoqué par la modification substantielle de son contrat de travail [suppression d'un avantage en nature], imposée, sans justification, par l'employeur », de sorte que « le licenciement ne procédait pas d'une cause réelle et sérieuse ».

(59) Cass. Soc. 8 novembre 2011, n°10-19339 : rejet du pourvoi formé contre l'arrêt ayant jugé sans cause réelle et sérieuse le licenciement pour « absence injustifiée » d'une salariée ayant refusé de reprendre son poste en raison de la décision de l'employeur de la faire travailler le mercredi en lieu et place du samedi, ce changement étant incompatible avec ses obligations familiales.

(60) Cass. Soc. 3 juin 2009 n°08-40346, Bull. Civ. V, n°144 ; JCP S 2009, 1476, n. B. Bossu (« les salariés, qui refusaient de porter l'uniforme, ne se sont plus présentés sur leur poste de travail » et ont été licenciés pour faute grave. Ayant constaté que les conditions fixées par la convention collective n'étaient pas réunies, de sorte que le port d'un uniforme ne pouvait être imposé aux deux salariés en cause, « la Cour d'appel a pu décider que les licenciements ne procédaient pas d'une cause réelle et sérieuse »).

(61) Cass. Soc. 23 septembre 2009, n°08-42629, Bull. Civ. V, n°189 ; JCP S 2009, 1494, n. A. Martinon. Le « refus de la salariée de reprendre son travail sur un poste incompatible avec les préconisations du médecin du travail ne constituait pas une faute », sans qu'il soit nécessaire d'invoquer un « danger grave et imminent » au sens du droit de retrait

(62) Cass. Soc. 10 octobre 2001, n°99-45374 : « La Cour d'appel a constaté [que] le salarié avait abandonné son poste de travail sans que soit établie l'inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles ; qu'elle a pu décider qu'un tel comportement constituait une faute grave justifiant la rupture du contrat à durée déterminée » ; Cass. Soc. 28 juin 2006, n°04-48597 : « l'employeur était revenu sur sa décision de modifier les horaires de travail », de sorte que « l'abandon de poste constituait la faute grave visée dans la lettre de licenciement » ; Cass. Soc. 4 juin 2008, n°07-40588 : « cet abandon de poste, que le salarié ne pouvait justifier par le refus de l'employeur de satisfaire ses revendications salariales, rendait impossible la poursuite du contrat de travail et constituait une faute grave ».

(63) Cass. Soc. 23 juin 2009, n°07-44844, Bull. Civ. V n°158 ; JCP S 2009, 1419, n. F. Dumont.

(64) Cass. Soc. 7 décembre 1999, n°97-42878, Bull. Civ. V, n°473.

justifié. Rejetant le pourvoi du salarié, la Cour de cassation a énoncé le principe selon lequel « *les juges du fond apprécient souverainement si l'inexécution par l'employeur de ses obligations est de nature à dispenser le salarié de celle de fournir la prestation de travail* » (65). Le recours à l'exception d'inexécution n'est donc pas admis en réaction à tout manquement établi de l'employeur. Il revient au juge du fond d'apprécier si la faute patronale « est de nature » à le justifier, ce qui ne peut renvoyer qu'à un contrôle de gravité de cette faute.

Reste à déterminer le degré de gravité requis de la faute patronale. Faute de critère énoncé par la jurisprudence, celui-ci reste flou. On peut tout de même imaginer que l'exigence de gravité en matière d'exception d'inexécution est moindre qu'en matière de prise d'acte. L'atténuation du degré d'exigence se justifierait, compte tenu de la différence que présentent les deux initiatives sur le plan de leurs conséquences ; la suspension du contrat ne revêt pas le caractère définitif qui s'attache à sa rupture. Il semble donc logique de ne pas encadrer la première aussi strictement que la seconde. Cependant, si l'on raisonne par analogie avec les conditions restrictives requises en matière de grève-exception d'inexécution, il n'est pas certain que la jurisprudence s'engage dans le sens d'une exigence de gravité atténuée en matière d'exception d'inexécution individuelle.

### 3. Forces et faiblesses du mécanisme

Avec l'exception d'inexécution, il est reconnu au salarié le pouvoir de réagir aux manquements de l'employeur et d'user d'un moyen de contrainte pour tenter d'obtenir de lui le respect de ses obligations, sans avoir à saisir le juge prud'homal dans le cadre d'une action en exécution du contrat de travail. C'est un moyen de pression extrajudiciaire qui est reconnu au salarié en vue d'obtenir l'exécution du contrat. « *Arme défensive* » (66), « *sorte de légitime défense contractuelle* » (67), l'exception d'inexécution fait, de surcroît, figure de contre-pouvoir du salarié, lui permettant de dépasser son état de subordination pour s'opposer à l'employeur qui méconnaît le contrat de travail. Le salarié prend une initiative que

le contrat autorise et qui entraîne une opposition au pouvoir de l'employeur. En cela, l'exception d'inexécution apparaît comme une prérogative exercée par un contractant à l'encontre de l'autre, à laquelle le rapport de subordination est impuissant à faire obstacle et devant laquelle, au contraire, il cède.

Sur le plan pratique, les faiblesses de l'exception d'inexécution ne peuvent cependant pas être occultées. Le salarié agit seul (à la différence d'un recours à la grève), en invoquant un droit relativement méconnu et qui n'est pas rappelé, ni protégé par le Code du travail (au contraire du droit de retrait et du droit de grève), dans le cadre d'une relation de travail qui perdure (l'exception d'inexécution n'entraîne pas, contrairement à la prise d'acte, la rupture du contrat de travail). Son initiative a toute chance d'aboutir à son licenciement motivé, notamment, par un « *abandon de poste* », ce que tend à confirmer l'étude du contentieux (68). L'intérêt pratique d'un usage individuel de l'exception d'inexécution pour obtenir le respect par l'employeur de ses obligations contractuelles, en cours d'exécution du contrat de travail dont la rupture n'est pas souhaitée, est donc limité ; assorti d'un tel objectif, le mécanisme semble être une « *arme illusoire pour le salarié* » (69) et il ne peut être raisonnablement conseillé à celui qui souhaite conserver son emploi. Son utilisation semble devoir être cantonnée à la situation dans laquelle le salarié est prêt à prendre le risque d'une rupture à l'initiative de l'employeur et à engager la procédure prud'homale qui lui permettra d'obtenir réparation des préjudices subis du fait de l'inexécution du contrat, puis de sa rupture, l'exception d'inexécution ouvrant ainsi un débat indemnitaire *a posteriori*.

En toute hypothèse, si les griefs du salarié sont jugés justifiés, l'employeur devrait être condamné au paiement des salaires afférents à la période de suspension du contrat de travail, puisque c'est sa propre faute qui a contraint le salarié à ne plus exécuter sa prestation. Le régime de l'exception d'inexécution invoquée par le salarié à titre individuel serait ainsi aligné, sur ce point, sur celui du droit de retrait et sur celui de la grève-exception d'inexécution.

**Nicolas Collet-Thiry**

(65) Cass. Soc. 27 juin 2012, n° 10-16805. Dans le même sens, une Cour d'appel avait eu l'occasion de formuler une exigence implicite de gravité en rejetant les demandes de deux salariés ayant cessé le travail au motif que « *si les manquements de l'employeur à ses obligations sont établis par sa condamnation par le tribunal de police (...) pour diverses infractions à la législation du travail, ils n'autoriseraient pas pour autant les salariés à abandonner leur poste de travail* » (CA. Montpellier, Soc. 2 décembre 1998. L'arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation sur une autre question : Cass. Soc. 27 mars 2001, n°99-41276)

(66) C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, Thèse, LGDJ, Coll. Bibliothèque de Droit privé n° 321, 1999, p. 502.

(67) A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, Précis Domat, 12<sup>e</sup> édition, 2010.

(68) Le contentieux de l'exception d'inexécution est un contentieux du licenciement réprimant l'usage de l'exception d'inexécution ; cf. en ce sens P. Pochet, qui relève que l'initiative du salarié « *risque d'aboutir à un licenciement motivé par l'absence de fait de l'intéressé* » (P. Pochet, « Initiatives atypiques du salarié en matière de rupture du contrat de travail », JCP S 2005, 1435).

(69) A. Coeuret, dont les propos sont reproduits par C. Malecki (thèse préc.).