

PERMANENCE ET TRANSFORMATIONS DU CONTRAT DE TRAVAIL UNE LEÇON DE DARWINISME JURIDIQUE ?

I – L'émancipation du contrat de travail

Droit commun des contrats et contrat de travail, 100 ans après

par Charlotte GOLDIE-GENICON, Professeur à l'Université de Nantes,
Directrice du Master 2 Droit notarial et du DSN

PLAN

- I. Le passé : une émancipation sélective
 - II. L'avenir : une allégerance de façade au droit commun des contrats ?
- Traiter de l'articulation entre contrat de travail et droit commun des contrats pourrait sembler, au premier abord, ranimer un débat poussiéreux. Le thème a, en effet, déjà été exploré, et fort bien, au siècle dernier notamment, par les auteurs les mieux établis, et ne mériterait pas qu'on l'exhume de nouveau (1). Il n'en est rien, en réalité, car la question est aujourd'hui revivifiée sous l'action de deux facteurs : d'un côté, le développement du mouvement de contractualisation qui, après avoir touché d'autres matières, gagne le droit du travail : que l'on songe à la réglementation de la rupture conventionnelle du contrat de travail ou à l'accroissement du rôle des conventions et accords collectifs. Or, l'amplification de la place du contrat en droit du travail va mécaniquement accroître les frottements entre droit du travail et droit des contrats et fertiliser les interrogations sur leur articulation réciproque. De l'autre côté, la naissance d'un nouveau droit des contrats, issu de l'ordonnance du 10 février 2016 (2), retouchée par la récente loi de ratification du 20 avril 2018 (3). La rénovation du droit commun pourrait inverser les rôles : le droit du travail ne pourrait plus se placer dans la posture du jeune trublion frondeur, en butte à l'ostracisme d'un droit commun vieilli et dépassé. Face à un droit commun fraîchement remodelé, rajeuni, qui se donne, qui plus est, l'ambition d'accroître les instruments de défense de la partie faible, le droit du travail s'autoriserait-il les mêmes libertés qu'auparavant ? Se placera-t-il davantage dans le sillage du droit commun ?

Pour tenter d'y répondre, il paraît d'abord nécessaire de regarder vers le passé et de dresser un bref état des lieux des relations entre contrat de travail et droit commun des contrats (I), avant de se tourner vers l'avenir pour se demander si ce diagnostic perdurera sous l'effet de l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats (II).

I. Le passé : une émancipation sélective

La question de l'articulation entre droit du travail et droit commun des contrats s'est rapidement

centrée sur celle de l'autonomie (4) : le droit du travail est-il autonome par rapport au droit civil, et plus

(1) V. not. P. Durand, « Le particularisme du droit du travail », *Dr. Soc.* 1945, 298 ; G.-H. Camerlynck, « L'autonomie du droit du travail (la prescription abrégée de la créance de salaires) », *D.* 1956, chron. 23 ; G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail (première approche) », *RTD civ.* 1974, 230 s. ; en réponse, G. Couturier, « Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'une humeur à partir de quelques idées reçues », *D.* 1975, chron. 151 ; P.-Y. Gautier, « Les interactions du droit civil et du droit du travail », in B. Teyssié (dir.), *Les sources du droit du travail*, PUF 1999, 129 s.

(2) Ord. n°2016-131, 10 fév. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

(3) Sur les interrogations que suscite l'articulation du nouveau droit commun des contrats et du droit du travail, v. not. Y. Pagnere,

« Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. Soc.* 2016, 727 ; G. Loiseau, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, *JCP soc.*, 22 déc. 2015, 1468 ; L. Bento de Carvalho, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou statu quo ? », *Rev. de droit du travail* 2016, 258 ; S. Tournaud, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », *Dr. Soc.* 2017, 688 ; J.-Y. Frouin, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », *Dr. Soc.* 2017, 696 ; C. Radé, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », *Lexbase éd. sociale*, 25 fév. 2016.

(4) Pour un développement de la question, v. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009.

particulièrement au droit commun des contrats ? Les tenants de l'autonomie ont dénoncé le « *vice civiliste originel* » (5) dont serait entaché le droit commun, vice qui irait à l'encontre des idées progressistes du droit du travail, et en particulier de la protection du salarié en situation de faiblesse. Cette autonomie justifierait l'éviction du droit commun.

Mais le droit du travail est-il vraiment autonome ? Tout dépend de la signification que l'on donne au terme d'autonomie. Est autonome celui qui se donne sa propre loi, mais il est deux manières de se donner sa propre loi.

Dans sa conception la plus stricte, est autonome celui qui vit en autarcie, puisant dans ses seules ressources pour se développer, sans appel aux règles extérieures. Cette autonomie-autarcie ne peut être raisonnablement défendue et ne l'a d'ailleurs jamais été, même par les partisans de l'autonomie du droit du travail. Les termes du professeur Lyon-Caen sont particulièrement frappants en ce sens : « *un affranchissement complet [du droit civil] ferait sombrer le droit du travail dans le dénuement et la misère* » (6). La jurisprudence est d'ailleurs là pour attester de ce que le droit du travail n'a jamais fait sécession avec le droit commun : appel à l'ancien article 1134 du Code civil pour limiter les pouvoirs de l'employeur de modifier unilatéralement le contrat de travail ; jeu des vices du consentement (7) ou, plus récemment, reprise du régime de l'offre.

Un séparatisme absolu des deux droits ne serait donc pas viable et l'on trouve, dans le Code du travail lui-même, à l'article L. 1221-1, l'aveu de cette dépendance : « *Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* ». L'article est, certes, aujourd'hui inséré dans une subdivision qui traite de la seule formation du contrat. Mais il faut se garder d'en déduire que seules les dispositions communes relatives à la formation du contrat seraient applicables. Le droit commun des contrats conserve, en effet, une vocation résiduelle à s'appliquer à tout contrat, dès lors qu'il n'existe pas de règle spéciale dérogatoire, et cette vocation résiduelle, autrefois exprimée à l'article 1107 du Code civil, est

aujourd'hui clairement reprise au nouvel article 1105 : « *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre [...]. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». C'est donc à une coexistence, une complémentarité des règles communes et générales qu'invite l'article 1105 (8), et on ne voit guère pour quelle raison le contrat de travail s'en affranchirait. La jurisprudence atteste d'ailleurs de l'emprunt de nombreuses règles relatives à l'exécution ou à la rupture du contrat : résolution judiciaire demandée par le salarié, rupture conventionnelle avant sa réglementation dans le Code du travail... (9).

Mais il est une autre manière de concevoir l'autonomie, plus souple : l'autonomie relative, c'est-à-dire sélective. Elle consisterait à choisir parmi les règles du droit commun celles qui sont opportunes et méritent d'être appliquées à la relation de travail. Car choisir les règles qu'on accepte d'importer, c'est encore se donner sa propre loi. C'est précisément cette conception relative de l'autonomie qui a été défendue, notamment par le professeur Durand, sous le terme de particularisme (10), et c'est assurément celle qui reflète le mieux l'état des relations entre droit commun des contrats et contrat de travail. L'autonomie, dans cette acception, emporte un filtrage des règles extérieures, et notamment des règles communes, le droit du travail élisant parmi les règles communes celles qui méritent d'être accueillies, refoulées ou même déformées. Le droit commun devient une pâte malléable de normes à modeler, un vivier dans lequel il est possible de puiser sans que cela s'impose. L'application du droit commun ne s'impose plus, sa seule autorité devenant celle de l'opportunité. De droit commun, il se mue en simple fonds commun de règles dont le juge pourra se saisir à sa guise. Le juge est alors le principal instrument de cette application sélective, la boussole de cette application à éclipse du droit commun étant la protection du salarié.

La jurisprudence atteste clairement de cette réception opportuniste du droit commun. Les contorsions jurisprudentielles relative à l'admission de la

(5) A. Touffait, Dr. Soc. 1974, 454 et s., concl. sous Cass. ch. mixte, 21 juin 1974, arrêts *Perrier*.

(6) G. Lyon-Caen,

(7) Pour des exemples récents : Cass. Soc. 29 sept. 2014, n° 13-13.661, qui admet la réticence dolosive du salarié (médecin-conseil ayant dissimulé une mise en examen pour escroquerie à la Sécurité sociale), mais pour justifier un licenciement, ce qui est déjà une forme de torsion du droit commun ; Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-21.521, qui reconnaît aussi la réticence dolosive du salarié (présence faussement alléguée dans une autre entreprise) pour justifier un licenciement.

(8) Sur cette question, v. C. Goldie-Genicon, « *Specialia generalibus derogant* », Dictionnaire du contrat, D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (dir.), LGDJ, 2018.

(9) Sur ces exemples, v. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op. cit.

(10) P. Durand, « Le particularisme du droit du travail », Dr. Soc. 1945, 298.

résolution judiciaire du contrat de travail en sont une des illustrations les plus marquantes (11) : d'abord accueillie, la résolution judiciaire a été déformée pour lui donner les effets d'un licenciement, puis partiellement refoulée. Cette éviction sélective ne touche, en effet, que la résolution judiciaire demandée par l'employeur aux torts du salarié, mais la résolution judiciaire demeure ouverte à la demande du salarié aux torts de l'employeur. Et même lorsqu'elle est accueillie ou refoulée, la règle commune est déformée : l'irrecevabilité de la demande en

résolution judiciaire formée par l'employeur se traduit par l'application du régime du licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors qu'elle devrait aboutir au maintien du contrat, tandis que l'accueil de la résolution judiciaire aux torts de l'employeur produit aussi les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et non d'une résolution.

La réforme du droit des contrats marque-t-elle la fin de cette réception sélective et évolutive du droit commun ?

II. L'avenir : une allégeance de façade au droit commun des contrats ?

L'avènement d'un droit commun des contrats renoué, qui se donne pour ambition de protéger la partie faible, va-t-il modifier les interactions entre droit commun et contrat de travail ? Comme il a déjà été relevé, il sera peut-être plus difficile de plaider le conservatisme du droit commun pour l'écarter, face à un droit commun fraîchement remodelé. Certes, la réforme n'a fait, pour beaucoup, que recueillir dans les textes des solutions déjà éprouvées en jurisprudence. Mais précisément cette réception légale pourrait doter les règles communes d'une autorité nouvelle : on peut s'autoriser plus de libertés à l'égard d'une règle jurisprudentielle qu'à l'égard d'un texte nouvellement adopté.

Les premiers signes envoyés par la jurisprudence semblent bien attester d'une volonté affichée par la Chambre sociale de se placer dans le sillage du nouveau droit commun. En témoigne, à première vue, le revirement de jurisprudence relatif à la promesse d'embauche, porté par les arrêts du 21 septembre 2017 (12). On sait qu'avant ces arrêts, notamment dans un arrêt du 15 décembre 2010 (13), la Chambre

sociale analysait comme une promesse d'embauche valant contrat de travail le simple écrit, émanant de l'employeur, précisant l'emploi, le salaire et la date d'entrée en fonction, et ce avant même que cet écrit ne soit accepté par le salarié. En d'autres termes, ce qui n'était qu'une offre de contracter valait contrat. Cette évidente « hérésie » (14) contractuelle du contrat sans acceptation ayant essuyé la critique doctrinale, la Chambre sociale est revenue, en 2017, dans le droit chemin, en en appelant à l'ordonnance de 2016 – qui n'était pourtant pas applicable à la cause – pour décider que la proposition de contracter adressée à un joueur de rugby constituait une offre et non un contrat (15). L'appel au droit commun dans l'arrêt est marqué, martelé même, et certains y ont vu le signe de la restauration du « rôle matriciel du droit commun » (16). Pourtant, s'il faut se réjouir de cet arrêt, qui dissipe la confusion originelle entretenue entre offre, promesse unilatérale et contrat de travail (17), il faut se garder d'y voir le signe d'une soumission nouvelle au droit commun. Le droit commun antérieur à la réforme condamnait déjà l'ancienne solution

(11) Sur le détail de la question, v. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op. cit.

(12) Cass. Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.103 et 16-20.104 ; D. Mazeaud, « Droit des obligations et application de la loi nouvelle aux contrats en cours : deux leçons de la Chambre sociale », D. 2017, 2007 ; N. Molfessis, « Promesses d'embauche : la Chambre sociale retrouve la voie du droit civil mais s'égare dans la motivation enrichie », JCP G 2017, doct. 1238 ; G. Loiseau, « Le rôle matriciel du droit commun des contrats en droit du travail », JCP S 2017, 1356 ; R. Vatinet, « Offre et promesse de contrat de travail : le coup du chapeau », Dr. Soc. 2018, 170 ; L. Leveueur, « Offre ou promesse unilatérale de contrat ? Telle est la question... », Cont. conc. consom., 2017, comm. 238 ; C.-E. Bucher, « L'influence de la réforme du droit des contrats sur le droit spécial antérieur », AJ contrat, 2017, 480 ; M. Latina, « Application de la réforme du droit des contrats dans le temps : vers le convergence des contrats », Gaz. Pal., 10 oct. 2017, 13.

(13) Cass. Soc. 15 déc. 2010, n° 08-42.951, Rev. des contrats 2011/3, 804, T. Genicon.

(14) T. Genicon, Rev. des contrats 2011/3, 804.

(15) Avec pour conséquence que sa rétractation ne s'analysait pas comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais entraînait des dommages-intérêts.

(16) G. Loiseau, « Le rôle matriciel du droit commun des contrats en droit du travail », JCP S 2017, 1356.

(17) Encore que l'arrêt prenne un soin étrange à distinguer l'offre de contrat de la promesse unilatérale de contrat, alors qu'il n'avait jamais été question, dans la jurisprudence antérieure, d'analyser la promesse d'embauche comme une promesse unilatérale, mais comme un contrat. On peut aussi observer que, si la différence se conçoit aisément en pratique entre offre (manifestation unilatérale de volonté) et promesse de contrat (contrat qui suppose une acceptation de son bénéficiaire), elle sera beaucoup plus délicate en pratique : l'acceptation peut être tacite et le silence peut même valoir acceptation si l'offre a été faite dans l'intérêt exclusif du salarié. Ce ne sera certes pas le cas d'un contrat de travail, qui impose des obligations au salarié, mais *quid* d'une promesse unilatérale de contrat de travail sans indemnité d'immobilisation à la charge du salarié ?

adoptée par la Chambre sociale (18). La simple offre de contrat sans acceptation n'a jamais été analysée comme un contrat et, de ce point de vue, la réforme du droit des contrats n'a rien apporté (19). L'allégerance affichée au droit commun n'est, en réalité, que de façade : la Chambre sociale semble plutôt avoir pris prétexte de la réforme pour abandonner une jurisprudence justement critiquée (20). Plutôt qu'à un retour dans la matrice du droit commun, on assisterait donc, encore une fois, à une réception opportuniste du droit commun, accueilli parce que la Chambre sociale y a vu l'instrument d'un revirement qui lui paraissait souhaitable (21).

On pourrait aussi être tenté de voir, dans un autre arrêt du 23 janvier 2019 (22), le signe de la volonté de la Chambre sociale de se placer dans le sillage du droit commun. Aux juges du fond qui avaient admis la nullité de la rupture conventionnelle, acceptée par un salarié victime de harcèlement moral, sur le fondement de l'article L.1152-3 du Code du travail, la Cour de cassation réplique qu'« en l'absence de vice du consentement, l'existence de faits de harcèlement moral n'affecte pas en elle-même la validité de convention de rupture ». La solution se place dans la lignée du droit commun, la seule faiblesse d'un contractant n'ayant jamais constitué un cas de nullité, sans preuve d'un vice du consentement. Mais faut-il vraiment y voir le signe d'une allégerance au droit commun ? La Chambre sociale ne s'y réfère nullement et il faut sans doute plutôt y voir le reflet d'une volonté d'assurer la sécurité de la rupture conventionnelle (23). Il y a là, en d'autres termes, une convergence occasionnelle des deux droits, qui ne s'imposait nullement à la Chambre sociale.

Il ne faut guère se faire d'illusions, en effet : il y a fort à parier que la Chambre sociale n'hésitera pas, en d'autres hypothèses, à s'affranchir de règles communes jugées inopportunes. La résurrection de

la résolution judiciaire demandée par l'employeur paraît, par exemple, hautement improbable. Certes, le rapport au Président de la République analysant l'article 1105 du Code civil (24) semble suggérer une analyse stricte de la règle portée à l'alinéa 3 (« Les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières »), l'éviction du droit commun supposant une antinomie, c'est-à-dire une impossibilité d'appliquer simultanément règle commune et règle spéciale, la préférence étant donnée à une cohabitation de principe des deux corps de règles. Mais il est probable que la Chambre sociale ne se sentira pas liée par cette analyse – qui plus est non expressément inscrite dans les textes – et poursuivra son œuvre de réception sélective et de remodelage du droit commun. C'est donc avec un œil très prudent qu'il faut observer les apports éventuels de la réforme du droit des contrats en droit du travail, rien n'assurant de la réception qu'en fera la Chambre sociale.

Il a notamment été beaucoup glosé sur le nouvel article 1143 du Code civil, qui consacre la violence dite économique – qui ne le sera pas toujours. Elle présenterait, pour le salarié, l'intérêt de lui permettre de mettre à bas certains avenants au contrat de travail qui lui auraient été extorqués par l'employeur (modification de la rémunération, du lieu ou de la durée de travail, par exemple), certaines ruptures conventionnelles ou encore certaines cessions de droits (droits d'auteur notamment), obtenues sous la pression de l'employeur. L'apport de l'article 1143 risque, en réalité, d'être décevant tant les conditions en sont sévères, le nouveau vice de violence s'avérant, à bien des égards, plus restrictif que le vice de violence traditionnel (25). Si l'état de dépendance résultera sans difficulté du contrat de travail (dépendance à la fois juridique et économique du salarié (26)), la condition de l'abus risque d'être plus délicate à caractériser. Cette dernière ne se confond pas, en effet, avec le seul

(18) En ce sens, N. Molfessis, comm. préc., JCP G 2017, doct. 1238, n° 7 et s.

(19) La réforme n'a modifié que la sanction de la rétractation unilatérale de la promesse unilatérale, qui n'était pas en cause ici, puisqu'il était seulement question de l'analyse de la manifestation unilatérale de volonté.

(20) Outre l'hérésie contractuelle sur laquelle elle reposait, la jurisprudence de la Chambre sociale était source de nombreuses incohérences : création spontanée de plusieurs contrats de travail si le salarié avait reçu plusieurs offres ; effet d'aubaine pour un salarié n'ayant jamais eu l'intention de s'engager ; il aurait fallu aussi en déduire que le contrat s'imposait au salarié, ce que n'a jamais admis la Chambre sociale (le contrat n'existait que si le salarié en réclamait le bénéfice).

(21) En ce sens, N. Molfessis, comm. préc., JCP G 2017, doct. 1238, n° 11.

(22) Cass. Soc. 23 janv. 2019, n° 17-21.550.

(23) On voit d'ailleurs que la protection du salarié recule devant de nouveaux impératifs (sécurité de la rupture conventionnelle)

et que l'application à écluse du droit commun permet à la Chambre sociale de se plier à ces nouveaux impératifs.

(24) Rapport présenté au Président de la République concernant l'ordonnance du 10 fév. 2016, JO n° 0035, 11 fév. 2016 ; le terme d'antinomie n'y apparaît certes pas, mais le rapport prend soin d'indiquer : « Ainsi, les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels le Code de commerce ou le Code de la consommation ». Sur cette question, v. C. Goldie-Genicon, « Specialia generalibus derogant », Dictionnaire du contrat, D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (dir.), LGDJ, 2018.

(25) V. sur la question les analyses pénétrantes de O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Lexisnexis, 2018, art. 1143, pp. 252 et s.

(26) Sauf à observer que cette dépendance résulte du contrat de travail et ne lui préexiste pas : il ne sera donc pas possible d'annuler, sur ce fondement, le contrat de travail lui-même.

état de dépendance, ni avec le seul fait de tirer de la dépendance un avantage manifestement excessif. C'est une condition autonome (27) – ce qu'attestent à la fois la rédaction du texte (abus, contrainte) et le choix de rattacher ce cas de nullité aux vices du consentement et non à une forme de lésion qualifiée – qui supposent une pression illégitime, une menace entravant la liberté du salarié (menace de licenciement, de sanctions disciplinaires, de l'usage d'une clause de mobilité...), menace qui sera loin d'être toujours caractérisée. La pression devra, de surcroît, avoir été déterminante du consentement du salarié. En d'autres termes, un lien de causalité devra être caractérisé par le salarié entre les faits reprochés et le contrat obtenu. Enfin, un avantage manifestement excessif devra résulter de cette exploitation, peu en important la nature : avantage économique (rémunération trop faible), mais aussi imposition de clauses draconiennes par l'employeur (extorsion d'une clause de mobilité très large, par exemple). Cette condition pourrait singulièrement limiter le recours à l'article 1143 pour ce qui concerne la rupture conventionnelle : les conditions de la rupture sont l'objet d'un strict encadrement légal avec fixation d'une indemnité minimale et l'existence d'une homologation devrait restreindre les cas d'avantages excessifs (28). Quant au principe même de la rupture, on ne voit guère en quoi il entraînerait un avantage manifestement excessif pour l'employeur, dès lors que les effets en sont encadrés pour ne pas léser le salarié par rapport à un licenciement. Les nullités des ruptures conventionnelles sur ce fondement devraient donc être rares – reste la nullité des avenants au contrat de travail – et le salarié aurait plus à gagner à explorer d'autres vices du consentement moins novateurs comme la réticence dolosive ou l'erreur sur les conséquences de la rupture (erreur sur le montant des allocations-chômage, sur leur différé de paiement...). C'est plutôt sur ce terrain que la réforme pourrait présenter une utilité pour le salarié et pousser la Chambre sociale à revoir sa position, le nouvel article 1139 du Code civil décidant clairement que l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable.

De manière générale, les ressources issues de la réforme du droit des contrats devraient être assez faibles et ne pas apporter de profonds bouleversements en droit du travail, ne serait-ce que, encore une fois, parce que la Chambre sociale en fera ce qu'elle voudra (29). Tout au plus, l'intérêt de la réforme sera d'accroître le vivier des règles dans lequel elle peut puiser sans contrainte et d'offrir, parfois, le fondement conceptuel qui lui manquait pour justifier *a posteriori* des règles déjà dégagées en jurisprudence. Ainsi en sera-t-il, sans doute, de la consécration de la cession conventionnelle de contrat prévue aux articles 1216 et suivants du Code civil (30). La jurisprudence sociale est allée, on le sait, au-delà de la cession légale du contrat de travail au cessionnaire de l'entreprise de l'article L.1224-1 du Code du travail et a admis des cessions conventionnelles de contrats de travail, notamment au sein des groupes de sociétés. Elle s'est hasardée, par le passé, pour justifier la solution, à quelques qualifications hasardeuses, comme la novation (31) sans *animus novandi* et avec reprise de l'ancienneté (32), donc sans effet novatoire. Des craintes avaient été exprimées que la jurisprudence n'impose à la rupture du contrat avec le premier employeur les conditions de la rupture conventionnelle du contrat de travail, craintes apaisées par un arrêt en date du 8 juin 2016 (33) : « *les dispositions de l'art. L. 1237-11 du Code du travail relatives à la rupture conventionnelle (...) ne sont pas applicables à une convention tripartite conclue entre un salarié et deux employeurs successifs ayant pour objet d'organiser, non pas la rupture, mais la poursuite du contrat de travail* ». Les articles 1216 et suivants permettraient, à l'avenir, de fournir une assise textuelle opportune pour justifier la solution (34), faisant du droit commun un instrument de légitimation *a posteriori* d'une solution déjà bien ancrée. La seule difficulté pourrait venir de l'article 1216 du Code civil, qui admet la possibilité d'un accord anticipé du cédé à la cession. Cela irait à l'encontre de la jurisprudence sociale, qui prohibe jusqu'ici les clauses de mobilité intra-groupe par lesquelles le salarié consent à l'avance à la cession de son contrat de travail à une autre société du même groupe (35). Le nouvel article 1216 remettra-

(27) En ce sens, O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, pp.259 et s.

(28) Même si on souligne que l'autorité administrative n'a pas toujours le temps de contrôler. Au moins devrait-elle déceler les abus les plus criants.

(29) V. par ex. la conception peu orthodoxe que développe la Chambre sociale des effets de la nullité de la rupture conventionnelle : lorsque le contrat de travail est rompu en exécution d'une convention de rupture ensuite annulée, la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse » (Cass. Soc. 30 mai 2018), alors que, logiquement, l'annulation de la rupture devrait avoir pour effet de revivifier le contrat de travail et d'entraîner la réintégration du salarié, sauf acte de rupture postérieur.

(30) Sur la question, v. O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, pp.520 et s.

(31) Cass. Soc. 3 mars 2010, n°08-41.600.

(32) Cass. Soc. 21 juin 2005, n°02-45.918.

(33) Cass. Soc. 8 juin 2016, n°15-17.555, JCP S 2016, 1265, Loiseau.

(34) Si ce n'est que la cession de contrat des art. 1216 et s. n'est pas tripartite, le cédé n'intervenant que pour donner son autorisation à la cession.

(35) Cass. Soc. 23 sep. 2009, n°07-44.200 : « *un salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur* ».

t-il en cause cette solution ? Cela serait d'autant plus dangereux qu'un accord distinct sur la libération du cédant (premier employeur) pourrait lui aussi être donné de manière anticipée. L'article 1216 n'opère, certes, aucune distinction selon que le contrat est conclu ou non *intuitu personae*, mais on peut compter sur la liberté que prend la Chambre sociale à l'égard des règles communes pour apaiser toute crainte : elle importera l'instrument (la cession conventionnelle de contrat) en l'adaptant (en imposant, par exemple, la condition de connaître à l'avance l'identité du cessionnaire (36) ou une limitation dans le temps de la clause de mobilité). Elle pourrait aussi s'appuyer sur les ressources du nouvel article 1171 du Code civil, qui prohibe les clauses excessives dans les contrats d'adhésion, notamment lorsque la clause de mobilité ne sera pas suffisamment encadrée (37) ; mais le contrat de travail ne sera pas toujours un contrat d'adhésion. L'adaptation du droit commun par la Chambre sociale reste donc la voie la plus souple.

Une autre illustration des déceptions susceptibles d'être engendrées par le nouveau droit commun réside précisément dans le nouvel article 1171 du Code civil, qui répute non écrites, dans les contrats d'adhésion, les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (38). La suggestion a été faite d'exploiter les ressources de ce texte pour encadrer les clauses de variation unilatérale imposées par l'employeur au salarié : clause relatives à une variation des salaires, clause de mobilité ou encore clause instaurant une faculté unilatérale de renonciation anticipée à la clause de non-concurrence (39). Les obstacles à surmonter pour appliquer le texte sont cependant loin d'être négligeables.

D'abord, il existe déjà, à l'article L. 1121-1 du Code du travail un dispositif spécifique de protection contre les clauses qui portent une atteinte illégitime et disproportionnée aux droits et libertés du salarié. Mais ce dispositif spécial ne devrait pas interdire la mise en œuvre du dispositif général, une option devant être ouverte au salarié, si les conditions en sont réunies, entre les deux mécanismes. Il n'y a, en effet, ici, aucune antinomie entre les deux textes qui évoluent sur des terrains différents : il s'agit, pour l'un,

de mesurer les effets de la clause sur la personne du salarié et d'en restreindre l'efficacité ; pour l'autre, d'analyser l'équilibre objectif du contrat.

Ensuite, le contrat de travail ne pourra pas toujours être qualifié de contrat d'adhésion, alors même qu'il semble incarner l'archétype de la relation de dépendance. La première version de l'article 1171, qui faisait référence aux conditions générales, freinait son application au contrat de travail, qui comporte rarement de telles conditions. La loi de ratification a, certes, supprimé tout renvoi aux conditions générales, autorisant l'extension de la notion de contrat d'adhésion au-delà des contrats de masse standardisés. Mais elle a dressé un nouvel obstacle : le nouvel article 1110 du Code civil définit le contrat d'adhésion comme celui « *qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Cette référence à un ensemble de clauses pourrait restreindre la qualification de contrat d'adhésion : une seule clause non négociable, par exemple une clause de mobilité isolée, ou une clause unique instaurant une faculté de renonciation unilatérale à la clause de non-concurrence, ne suffira pas. Une partie de la doctrine interprète même le texte comme exigeant que le contrat, dans sa majorité, n'ait pas été négociable (40). Quelques clauses éparses non négociables seraient donc impuissantes à constituer un ensemble de clauses et à emporter la qualification de contrat d'adhésion, ce qui réduirait singulièrement la possibilité d'appliquer l'article 1171 au contrat de travail. Il faudrait vérifier, pour chaque contrat de travail, le degré de négociabilité du contrat, sachant que la charge de la preuve de la non-négociabilité pèserait sur le salarié qui prétend au bénéfice du texte. Le seul fait, en revanche, que le salarié ait négocié son salaire ne suffirait pas à écarter la qualification de contrat d'adhésion si le reste du contrat lui a été imposé sans négociation possible : l'essentiel des stipulations doit être non négociable, non les stipulations essentielles (41).

Enfin, une fois l'obstacle de la qualification de contrat d'adhésion surmonté, seules les clauses non négociables seraient susceptibles d'être écartées, à condition qu'elles créent un déséquilibre signifi-

(36) Sur cette condition, v. Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », art. préc., n° 16.

(37) Identité du cessionnaire inconnue, clause non limitée dans le temps. La Chambre sociale pourrait raisonner par analogie avec l'art. R. 212-2,5°, applicable dans les relations professionnels/consommateurs, qui présume abusive la clause autorisant à l'avance une cession du contrat si la cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du non-professionnel ou consommateur.

(38) Sur cet art., v. l'analyse très riche de O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de*

la preuve des obligations, op. cit., pp. 340 et s. ; adde, N. Blanc, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », Rev. des contrats 2018, 20.

(39) V. sur la question, G. Loiseau, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », JCP S 2015, 1468, n° 12

(40) En ce sens, O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, op. cit., pp. 83 et s.

(41) O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, op. cit., p. 86, renvoyant à F. Pillet, rapport du 24 janvier 2018 auprès de la Commission des lois du Sénat, en seconde lecture, p. 14.

catif entre les droits et obligations des parties. Les critères consuméristes se propageront sans doute, servant de source d'inspiration à la jurisprudence pour caractériser le déséquilibre, à savoir : le défaut de réciprocité (unilatéralisme) du pouvoir accordé, le défaut de contrepartie et le caractère trop flou du champ d'application du pouvoir (42). La Chambre sociale pourrait ainsi puiser – sans s'y référer directement – à l'article R. 212-1, 3° du Code de la consommation, qui condamne la clause réservant au professionnel le droit de modifier unilatéralement la durée ou le prix, pour évincer, sur le fondement de l'article 1171, les clauses de variation de la rémunération au pouvoir de l'employeur. De même, l'article R. 212-1, 8° du Code de la consommation, qui fustige l'unilatéralisme dans la faculté de dédit, pourrait servir de source d'inspiration pour remettre en cause la clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de renoncer unilatéralement et de manière anticipée à la clause de non-concurrence. Cette dernière, qui n'est autre qu'une clause de dédit unilatérale, parfaitement autorisée en droit commun des contrats – même gratuite – pourrait être qualifiée d'excessive dans un contrat d'adhésion. L'article 1171 pourrait, là encore, fournir un instrument conceptuel à une solution déjà adoptée par la Chambre sociale qui les prohibe (43). Quant aux clauses de mobilité sans rémunération, l'article 1171 ne les condamnerait pas systématiquement. Il faudrait vérifier, en analysant l'ensemble du contrat, que la clause ne trouve pas sa contrepartie dans d'autres avantages concédés par l'employeur, et analyser les contours de la clause (ampleur de la zone géographique fixée). L'article 1171 pourrait peut-être, en revanche, être l'instrument de remise en cause de la jurisprudence qui accepte les clauses trop lâches visant toute la France.

On s'est aussi interrogé sur les incidences du nouvel article 1226 du Code civil, qui introduit officiellement dans les textes la résolution unilatérale du contrat pour inexécution, sur le régime de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail (44). La prise d'acte semble bien n'être qu'une variété particulière de résolution unilatérale du contrat aux risques et périls du contractant. L'application du nouvel article 1105 du Code civil devrait donc conduire à l'extension à la prise d'acte de l'article 1226 du même code : il n'existe en effet aucune règle *légale* particulière propre au contrat de travail qui justifierait un régime

spécifique. Certains s'en inquiètent, compte tenu de l'exigence, formulée à l'article 1226, d'une mise en demeure préalable et d'une obligation de motivation de la rupture (sans compter une divergence de régime sur le terrain des effets de la rupture). Ces inquiétudes ne semblent pas justifiées : l'exigence de mise en demeure est écartée en cas d'urgence (45) ; dans les autres cas, il ne paraît pas illégitime d'offrir à l'employeur une dernière chance de s'exécuter (il n'est pas toujours conscient de l'inexécution). Il devrait aussi y avoir dispense de mise en demeure si l'inexécution est consommée de manière inéluctable (46). Mise en demeure et notification de la rupture pourraient, de surcroît, résulter du même document (notification de la rupture en cas de non-exécution à l'expiration du délai fixé), ce qui démontre que l'exigence n'est pas trop lourde. Quant à l'obligation de motivation, qui va à l'encontre de la jurisprudence actuelle, qui n'exige aucune motivation de la prise d'acte (47), elle ne semble pas non plus excessive : la soupape de l'urgence devrait, là encore, jouer pour les cas les plus graves, même si le texte ne le dit pas ; pour le reste, la motivation pourrait résulter de l'acte de mise en demeure lui-même, qui va nécessairement exposer les causes d'inexécution pour en exiger la correction. L'application de l'article 1226 à la prise d'acte présenterait même l'avantage, pour le salarié, de contrer la jurisprudence actuelle, très restrictive, qui exige que le manquement rende impossible le maintien du contrat de travail (ce qui ne ressort pas de l'article 1226, qui se contente d'une inexécution suffisamment grave). L'autre avantage de l'application de l'article 1226 serait de redresser les effets de la prise d'acte. Aujourd'hui, le salarié est enfermé dans le dytique démission/licenciement sans cause réelle et sérieuse : si le juge estime que les manquements reprochés à l'employeur ne justifient pas la rupture, la prise d'acte produit les effets d'une démission (48), sans que le salarié puisse exiger sa réintégration. La prise d'acte est donc un instrument risqué pour lui. Si l'article 1226 était applicable, et si le juge estimait que le manquement n'était pas suffisamment grave, le contrat serait maintenu et le salarié aurait la possibilité, s'il le souhaite, d'être réintégré. La seule notification ne vaudrait pas rupture. Quoi qu'il en soit, il est probable que la Chambre sociale fera œuvre d'adaptation de la règle commune et ne se sentira pas liée par l'article 1226.

(42) Sur ces critères, v. O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 350.

(43) Cass. Soc. 2 déc. 2015, n° 14-19.029.

(44) J. Mouly, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du Code civil ? », *Dr. Soc.* 2017, 1 ; G. Loiseau, « La prise d'acte civilisée », *JCP S* 2017, 1148.

(45) Notamment en cas de harcèlement moral. En ce sens Y. Pagnierre, *art. préc.*, n° 17.

(46) En ce sens, G. Loiseau, « La prise d'acte civilisée », *art. préc.*, n° 6.

(47) Cass. Soc. 29 juin 2005, n° 03-42.804.

(48) Cass. Soc. 8 juin 2011, n° 09-43.208.

Reste enfin à évoquer la question de la caducité de la clause de non-concurrence pour disparition de l'entreprise. La jurisprudence sociale refuse, pour des motifs souvent hasardeux, d'admettre que la cessation de l'entreprise qui en bénéficie puisse justifier la disparition de la clause de non-concurrence (49). Le nouvel article 1186 du Code civil, qui admet la caducité du contrat pour disparition d'un de ses éléments essentiels, va-t-il changer la donne ? Le texte est, en effet, très souple, pour ne pas dire flou – au point qu'on a pu douter de son caractère normatif (50). Il faudrait sans doute distinguer deux situations : si la disparition de l'entreprise s'accompagne d'une disparition du créancier de l'obligation de non-concurrence, la caducité s'impose, car qui, à défaut, pourrait réclamer l'exécution de la clause de non-concurrence ? Si tel n'est pas le cas, l'article 1186 du Code civil pourrait servir de refuge à l'ancienne

caducité pour disparition de la cause – même si le législateur a pris soin d'en éviter le mot. Il y a en effet, ici, disparition du motif déterminant de la clause, et ce motif a nécessairement été intégré dans le champ contractuel, car l'intérêt de l'entreprise fait partie des conditions de validité de la clause de non-concurrence. Les conséquences en seraient toutefois confuses : la caducité emporterait-elle disparition automatique de la clause ? Mais *quid* alors si le salarié a continué à s'obliger à ne pas concurrencer l'entreprise dans l'ignorance de sa disparition ? Devra-t-il rembourser en partie l'indemnité de non-concurrence perçue ? Mieux vaudrait, en pratique, régler la difficulté par l'insertion d'une clause résolutoire, au régime beaucoup plus sûr que cette caducité évanescence.

Charlotte Goldie-Genicon

(49) Cass. Soc. 10 déc. 1996, n° 94-43.015 ; C. Cass. Soc. 5 avr. 2005, n° 02-45.540 ; Cass. Soc. 21 janv. 2015, n° 13-26.374.

(50) V. not. O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 392.