UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

UNIVERSITE NANCY 2

FACULTE DE DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES ET GESTION

LA VOLONTE DANS LA FORMATION DE L'ACTE JURIDIQUE EN DROIT DU TRAVAIL

THESE
En vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT PRIVE
Spécialité Droit du travail
(Nouveau régime)

présentée et soutenue publiquement
le 2 juillet 2001 par

Nicolas DAMAS

DIRECTRICE DE RECHERCHES

Mme Catherine MARRAUD, *Professeur à l'Université Nancy 2*

MEMBRES DU JURY

M. Bernard BOSSU, *Professeur à l'Université de Lille 2*
M. Bernard GAURIAU, *Professeur à l'Université d'Angers*
M. Jean MOULY, *Professeur à l'Université de Limoges*
M. Christophe RADE, *Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV*

LE CORPS ENSEIGNANT

Année Universitaire 2000-2001

DOYEN	**M. Etienne CRIQUI**
DOYENS HONORAIRES	MM. TALLON, BENTZ, GROSS, JAQUET,
PROFESSEURS EMERITES	M. VITU, Professeur de Droit Pénal M. GENDARME, Professeur d'Economie M. CHARPENTIER, Professeur de Droit Public M. JAQUET, Professeur de Droit Public M. COUDERT, Professeur d'Histoire du Droit Mme GAY, Professeur d'Histoire du Droit M. BORELLA, Professeur de Droit Public M. BIHR, Professeur de Droit Privé

PROFESSEURS

MM. GROSS Bernard	Professeur de Droit Privé
GOUBEAUX Gilles	Professeur de Droit Privé
RAY Jean-Claude	Professeur de Sciences Economiques
WEBER Yves	Professeur de Droit Public
SEUROT François	Professeur de Sciences Economiques
DUGAS DE LA BOISSONNY Christian	Professeur d'Histoire du Droit
SEUVIC Jean-François	Professeur de Droit Privé
MOUTON Jean-Denis	Professeur de Droit Public
BUZELAY Alain	Professeur de Sciences Economiques
JACQUOT François	Professeur de Droit Privé
ARNOULD Daniel	Professeur de Sciences Economiques
CRIQUI Etienne	Professeur de Science Politique
Mme MARRAUD Catherine	Professeur de Droit Privé
MM. BILLORET Jean-Louis	Professeur de Sciences Economiques
PIERRÉ-CAPS Stéphane	Professeur de Droit Public
LEGENDRE François	Professeur de Sciences Economiques
PRUM André	Professeur de Droit Privé
GOSSEREZ Christian	Professeur de Droit Public
GARTNER Fabrice	Professeur de Droit Public
RICHARD Hugues	Professeur d'Histoire du Droit
ÉBOUÉ Chicot	Professeur de Sciences Economiques
DEFFAINS Bruno	Professeur de Sciences Economiques
BOIRON Stéphane	Professeur d'Histoire du Droit
MAZIAU Nicolas	Professeur de Droit Public
Mme CLAUDEL Emmanuelle	Professeur de Droit Privé
MM. DEREU Yves	Professeur de Droit Privé
RITLENG Dominique	Professeur de Droit Public
Mme SAUSSIER Stéphanie	Professeur de Sciences Economiques
M. GRY Yves	Professeur associé de Droit Public

MAÎTRES DE CONFERENCES

MM. DUCROS Jean-Claude	Maître de Conférences de Droit Public
BOURGAUX Claude	Maître de Conférences de Droit Privé
BEAUFORT Jean-Louis	Maître de Conférences de Droit Privé
PELLISSIER Dominique	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme JAEGER Mireille	Maître de Conférences de Sciences Economiques
CHARDIN France	Maître de Conférences de Droit Privé
MM. GERMAIN Eric	Maître de Conférences de Droit Public
LUISIN Bernard	Maître de Conférences de Droit Public
Mme MANSUY Francine	Maître de Conférences de Droit Privé
MM. VENANDET Guy	Maître de Conférences de Droit Privé
LAMBERT Thierry	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme TILLEMENT Geneviève	Maître de Conférences de Droit Privé
M. HENRY Xavier	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme GANZER Annette	Maître de Conférences de Droit Privé
MM. OLIVIER Laurent	Maître de Conférences de Science Politique
DIELLER Bernard	Maître de Conférences de Sciences Economiques
GUIGOU Jean-Daniel	Maître de Conférences de Sciences Economiques
GASSER Jean-Michel	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme JANKELIOWITCH-LAVAL Eliane	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. AIMAR Thierry	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme KUHN Nicole	Maître de Conférences de Droit Public
Mme BALESTRIERO Véronique	Maître de Conférences de Droit Privé
ETIENNOT Pascale	Maître de Conférences de Droit Privé
DANTONEL-COR Nadine	Maître de Conférences de Droit Public
M. ORY Jean-Noël	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme BARBIER Madeleine	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
MM. STASIAK Frédéric	Maître de Conférences de Droit Privé
FOURNOENT François	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle BARBOU des PLACES Ségolène	Maître de Conférences de Droit Public
M. ANDOLFATTO Dominique	Maître de Conférences de Science Politique
Mme DEFFAINS Nathalie	Maître de Conférences de Droit Public
Mme SIERPINSKI Batyah	Maître de Conférences de Droit Public
M. MOINE André	Maître de Conférences de Droit Public
Mlle LEBEL Christine	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle LE GUELLAFF Florence	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
MM. PY Bruno	Maître de Conférences de Droit Privé
BERNI Daniel	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
EVRARD Sébastien	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
FENOGLIO Philippe	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme BOURREAU DUBOIS Cécile	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle GARDIN Alexia	Maître de Conférences de Droit Privé
M. KLOTGEN	Maître de Conférences de Droit Privé
M. BIEAU Alain	Maître de Conférences associé de Sciences Economiques
Mme BOULANGER Corinne	Maître de Conférences associé de Droit Privé
MM. BOURE Alain	Maître de Conférences associé de Droit Privé
MACREZ Roland	Maître de Conférences associé de Droit Privé
LUCAZEAU Gilles	Maître de Conférences associé de Droit Privé

La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LISTE DES ABREVIATIONS

a.	Autres
AJDA	Actualité juridique droit administratif
Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
Arch. Phil. dr.	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Ass. plén.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Bibl. dr. entrep.	Bibliothèque de droit de l'entreprise
Bibl. dr. priv.	Bibliothèque de droit privé
Bibl. dr. pub.	Bibliothèque de droit public
Bull. soc. Fr. Lef.	Bulletin social Francis Lefebvre
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin criminel de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. cons.	Code de la consommation
C. pén.	Code pénal
C. séc. soc.	Code de la sécurité sociale
C. s. publ.	Code de la santé publique
C. trav.	Code du travail
CA	Arrêt de la Cour d'appel
Cah. prud'h.	Cahiers prud'homaux
Cass. ass. plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
CCN	Convention collective nationale
CE	Arrêt du Conseil d'Etat
C.E.R.I.T.	Centre d'étude et de recherche de l'Institut régional du travail
Cf.	Confer
Ch. mixte	Arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
Circ. min.	Circulaire ministérielle
CJCE	Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes
coll.	Collection
comm.	Commentaires
concl.	Conclusions
Cons. const.	Arrêt du Conseil constitutionnel
CSBP	Cahiers sociaux du barreau de Paris
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DH	Dalloz Hebdomadaire
dir.	Direction
Doc. franç.	La Documentation française
Doctr.	Doctrine

DP	Dalloz Périodique
Dr. ouv.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
Dr. trav. séc. soc.	Droit du travail et de la sécurité sociale
éd.	Edition(s)
Encycl. Dalloz	Encyclopédie Dalloz
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
i. e.	Id est
ibid.	ibidem
in	Dans
infra	Ci-dessous
IR	Informations rapides
J.-Cl. civ.	Juris-classeur civil
J.-Cl. Dr. internat.	Juris-classeur droit international privé
J.-Cl. notarial	Juris-classeur notarial
J.-Cl. trav.	Juris-classeur travail
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
- éd. G, E, CI	édition générale, entreprise, commerce et industrie
JD	Juris-Data
JO	Journal officiel (lois et décrets)
JO Sénat CR	Journal officiel (débats parlementaires et réponses ministérielles à question orales)
JO Ass. Nat. Q	Journal officiel (réponses ministérielles à questions écrites)
JO Sénat Q	Journal officiel (réponses ministérielles à questions écrites)
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
Jurisp.	Jurisprudence
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
Jurisp. soc. UIMM	Jurisprudence sociale UIMM
Légis.	Législation
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Liais. soc.	Liaisons sociales
n.	Note
n°	Numéro
p.	Page
obs.	Observations
p.	Page
pan.	Panorama
Petites Aff.	Les Petites affiches
préc.	Précité
Préf.	Préface
PU	Presse universitaire
PUAM	Presse universitaire d'Aix Marseille
PUF	Presse universitaire de France
PUG	Presse universitaire de Grenoble
PUS	Presse universitaire de Strasbourg
RD san. soc.	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil des décisions de la Cour de justice des communautés européennes
Rép. Civ.	Répertoire civil

Rép. Min.	Réponse ministérielle
Rép. Trav.	Répertoire travail
Rép. Not.	Répertoire notarial
Rev. crit. de législ. et de jurisp.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. dr. trav.	Revue de droit du travail
Rev. int. trav.	Revue internationale du travail
Rev. rech. jur.	Revue de recherche juridique
RFD Const.	Revue française de droit constitutionnel
RJCom.	Revue de jurisprudence commerciale
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RPDS	Revue pratique de droit social
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Et suivants
Sem. soc. Lamy	Semaine sociale Lamy
somm.	Sommaires
Somm. dr. trav.	Sommaires de droit du travail
Sp.	Page d'un numéro spécial (Droit social)
spéc.	Spécialement
supra	Ci-dessus
TGI	Jugement d'un tribunal de grande instance
Th.	Thèse
TPS	Travail et protection sociale
Trib. Civ.	Jugement d'un tribunal civil
Trib. com.	Jugement d'un tribunal de commerce
Trib. correct.	Jugement d'un tribunal correctionnel
V.	Voir
V°	Verbo
Vol.	Volume
§	Paragraphe

SOMMAIRE

PARTIE I - INFLECHISSEMENT DU ROLE DE LA VOLONTE DANS LA FORMATION DE L'ACTE JURIDIQUE 47

TITRE I - LA NEGATION DU ROLE D'UN ACCORD DE VOLONTES DANS LE CADRE DE LA FORMATION D'UN ACTE COLLECTIF PAR DESTINATION 53

Chapitre I - L'objectif : assurer la destination collective de la volonté exprimée 58

Chapitre II - La conséquence : la négation du rôle d'un accord de volontés 101

TITRE II - LA NEGATION DU ROLE DE LA VOLONTE INDIVIDUELLE DANS LE CADRE DE LA RECHERCHE D'EFFICACITE DE LA NORME 130

Chapitre I - Négation du rôle de la volonté de l'employeur et efficacité du droit du licenciement 133

Chapitre II - Négation du rôle de la volonté du salarié et efficacité du droit d'obtenir un emploi 172

PARTIE II - INFLECHISSEMENT DU REGIME DE LA VOLONTE DANS LA FORMATION DE L'ACTE JURIDIQUE 195

TITRE I - L'ABSORPTION DE NOTIONS REGISSANT LA VOLONTE 200

Chapitre I - L'adaptation de leurs conditions d'application 202

Chapitre II - L'adaptation de leur champ d'application matériel 312

TITRE II - L'AUTEUR DE LA VOLONTE - CRITERE DE L'UTILISATION DE NOTIONS REGISSANT LA VOLONTE 396

Chapitre I - Une utilisation opposée 400

Chapitre II - Une utilisation exclusive 454

INTRODUCTION

1. - « *Dans le contrat civil, la volonté s'engage ; dans le contrat de travail, elle se soumet. L'engagement manifeste la liberté, la soumission la nie* »[1]. La volonté est ainsi placée au cœur de la combinaison réalisée par le droit du travail entre les deux dimensions régissant le rapport d'emploi[2], à savoir d'une part la dimension contractuelle — l'employeur[3] et le salarié sont deux cocontractants —, et d'autre part la dimension institutionnelle — le salarié est membre du personnel de l'entreprise et par conséquent titulaire de certains droits mais aussi soumis aux pouvoirs que l'ordre juridique reconnaît à cet employeur[4], sous la subordination duquel il est placé[5].

2. - Ces deux dimensions transcrivent les conceptions d'inspiration romaniste et germanique du rapport de travail. La conception d'inspiration romaniste, reprise par POTHIER et consacrée par le Code civil français de 1804, puise son inspiration dans l'idéologie individualiste et libérale en

---

[1] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 123. Voir, du même auteur, *Le juge et le droit du travail*, th. Bordeaux I 1979, p. 127.

[2] Par convention, nous utiliserons les expressions *rapport d'emploi* et *rapport de travail* comme synonymes (voir en ce sens A. JEAMMAUD, *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail, - A propos de l'arrêt Labbane*, Dr. soc. 2001, p. 227) et dans leur sens le plus large, englobant à la fois les relations individuelles et collectives de travail. Pour une distinction entre *rapport d'emploi*, dans un sens plus restrictif, et *relations professionnelles*, voir A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, chron. p. 359, spéc. n° 6, p. 360.

[3] En toute rigueur, il faudrait distinguer l'employeur du chef d'entreprise, notamment lorsqu'a été mise en oeuvre une structure sociétaire (B. TEYSSIE, *L'interlocuteur des salariés*, Dr. soc. 1982, p. 41 - N. CATALA, *L'entreprise*, in *Traité de droit du travail*, Dir. G.-H. CAMERLYNCK, t. 4, Dalloz 1980, n° 54, p. 51). En effet, le terme « *employeur* » est à double dimension, désignant à la fois un contractant, personne physique et morale, et une personne physique responsable de l'entité collective qu'est l'entreprise (I. VACARIE, *L'employeur*, *Préf. de G. Lyon-Caen*, Sirey 1979, p. 2 - F. GAUDU, *Le contrôle de l'exécution du plan social*, Dr. soc. 1994, p. 492, spéc. p. 493, note 13 - S. JEAN, *L'acte unilatéral de l'employeur*, th. Paris I, 1999, p. 12). Par commodité cependant, nous emploierons le terme employeur dans son sens générique.

[4] A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, chron. p. 359, spéc. n° 13, p. 362.

[5] T. AUBERT-MONTPEYSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, th. Toulouse, éd. CNRS 1988.

s'opposant à toute organisation corporative du travail : la liberté individuelle du travailleur est alors assurée par l'analyse contractuelle du rapport d'emploi[6]. C'est de la négociation entre ces deux interlocuteurs que naissent les droits et obligations de chacun.

La conception germanique est radicalement différente, car elle traduit une idéologie communautaire : membre d'une communauté, l'entreprise, le salarié se trouve alors dans une position statutaire et non pas contractuelle, ce statut lui conférant un ensemble de droits et d'obligations[7]. Quant à l'employeur, à la tête de cette communauté, il dispose d'un pouvoir, c'est-à-dire « *une prérogative conférée à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien* »[8], en l'occurrence celui de l'entreprise. Ce courant de pensée a été repris en France, notamment par P. DURAND qui a développé la *théorie institutionnelle*[9]. Dans cette optique, l'entreprise est une collectivité hiérarchisée, dont les membres doivent se plier aux exigences imposées par une fin qui leur est commune. Chaque membre de cette communauté est ainsi uni par une certaine solidarité[10].

3. - Le droit du travail français opère la synthèse de ces deux conceptions. D'une part, il n'est guère contesté que le rapport de travail salarié n'est régulièrement formé qu'à partir d'un accord de volontés initial,

---

[6] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 14. L'entreprise apparaît alors comme la somme des contrats de travail (J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, LGDJ, 6° éd. 1998, n° 139, p. 192).

[7] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 18 - P. HUNOUT, *Droit du travail et culture sociale, l'exemple allemand*, L'Harmattan 1999, p. 17 s. - H. THUILLIER, *Contribution à la théorie des sources en droit du travail*, JCP 1974, I, 2649.

[8] E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Préface de G. Cornu, Economica 1985, n° 214, p. 137.

[9] P. DURAND, *Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail*, JCP 1944, I, 387 - P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. II, Dalloz 1950, n° 119 - P. DURAND, *La notion juridique de l'entreprise*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 3 1947, p. 45.
Voir également A. BRUN, *Le lien d'entreprise*, JCP 1962, I, 1719 – A. LEGAL, J. BRETHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey 1938.

[10] Cette théorie a néanmoins été critiquée. Les droits que détiennent respectivement les parties en présence sont trop hétérogènes, trop profondément inégaux pour qu'un même organe en assure la représentation. Les intérêts en présence ne peuvent être que partiellement convergents. C'est pourquoi l'entreprise a été présentée par d'autres auteurs comme une *organisation* : si l'entreprise forme organiquement un ensemble, la cellule sociale est dépendante de la cellule économique. Voir en particulier N. CATALA, *L'entreprise*, in *Traité de droit du travail*, Dir. G.-H. CAMERLYNCK, t. 4, Dalloz 1980, spéc. n° 117 s., p. 124 s.
Mais ce débat porte essentiellement sur la nature de l'entreprise, et les deux analyses présentées, institutionnelle et organisationnelle, se situent en tout état de cause à l'opposé d'une conception purement contractuelle du rapport d'emploi. C'est dans cette optique que nous évoquerons de manière générale la dimension institutionnelle du rapport d'emploi.

donc d'un contrat. Le contrat de travail est ainsi un authentique contrat[11] et la théorie de l'appartenance de fait à l'entreprise doit être rejetée. D'autre part, de nombreux aspects de la conception germanique, ou institutionnelle, se sont développés, à travers notamment la reconnaissance de la dimension personnelle et statutaire de l'engagement du salarié, source de droits et de devoirs qui vont irriguer le contenu du contrat de travail, mais aussi source de soumission au pouvoir de l'employeur.

Le contrat de travail apparaît ainsi ambivalent et revêt une double nature[12]. En premier lieu, résultant d'un accord de volontés[13], il confère d'emblée une dimension contractuelle au rapport d'emploi. Une certaine place est ainsi laissée à l'individualisation des liens entre le salarié et l'employeur. La relation de travail permet le développement d'une *sphère contractuelle*. En second lieu, le contrat de travail joue également le rôle d'un acte-condition[14] qui déclenche, indépendamment de la volonté des parties à ce contrat[15], l'application d'un ensemble systématique de normes, définies comme les « *modèles abstraits de relations revêtant un caractère général et permanent par leur vocation à modeler un nombre potentiellement illimité de situations concrètes* »[16].

---

11 A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, chron. p. 359, spéc. n° 13, p. 362.

12 C'est la thèse du dualisme des fonctions du contrat de travail, voir A. JEAMMAUD, *Les polyvalences du contrat de travail*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 299 s. Voir également J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF 1986, p. 41, spéc. p. 56.

13 G. LYON-CAEN, *Défense et illustration du contrat de travail*, Arch. de Philosophie du Droit, t. 13, Sirey 1968, p. 59, spéc. p. 69 : à l'origine du rapport de travail, « *il doit nécessairement y avoir un consentement* ».

14 G. SCELLE, *Le droit ouvrier, Tableau de la législation française actuelle*, A. Colin, 2° éd. 1928, p. 108 s.

15 J.-M. VERDIER, *Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques (à propos de deux arrêts de la Cour de Cassation en matière de protection des représentants du personnel)*, JCP 1971, I, 1422, spéc. n° 14 s. Voir déjà R. BOILEAU, *Des restrictions à la liberté des contractants dans le contrat de travail*, th. Paris 1908.

16 M. VERICEL, *Sur le pouvoir normateur de l'employeur*, Dr. soc. 1991, p. 120 - A. JEAMMAUD, *La règle de droit comme modèle*, D. 1990, chron. p. 199 - A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 229 s.

En ce sens, la norme est assimilée à la règle. Voir P. AMSELEK, *Norme et loi*, in *La loi*, Arch. phil. dr., t. 25, 1980, p. 89 : « *les deux termes sont à nos yeux de purs synonymes interchangeables* » - G. LHUILIER, *Essai sur l'acte juridique normatif d'entreprise*, th. Paris X 1993.

Pour certains auteurs, la norme recouvre la règle et la décision (P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Préf. H. Battifol, Dalloz 1973, n° 48 s., p. 36, qui propose une « *classification des normes en règles et décisions* », la règle étant une norme générale, abstraite et à caractère hypothétique, une décision étant une norme concrète, catégorique et non-permanente). C'est donc dans un sens plus restrictif que nous entendrons la notion de norme. Voir R. DE QUENAUDON, *Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise*, in *Le droit collectif du*

Le critère principal de distinction entre ces deux dimensions réside alors dans la possibilité pour les acteurs du rapport d'emploi de créer et d'orienter, par leur volonté, cette relation.

4. - La volonté apparaît ainsi au centre des débats relatifs à la nature du rapport d'emploi. Elle se trouve en effet écartelée par ce conflit de logiques[17]. Schématiquement, la théorie contractuelle laisse une grande place à la volonté[18], notamment pour individualiser le rapport d'emploi, alors que la théorie institutionnelle, ou statutaire[19], n'éprouve guère le besoin de s'y référer, puisque le statut se définit comme une condition juridique fixée par la loi sans faculté d'aménagement[20]. Comme le droit du travail synthétise ces deux théories, l'on est inévitablement amené à déterminer le sort de la volonté dans l'acte juridique.

5. - Afin de déterminer les rapports entre la volonté et l'acte juridique, il faut tout d'abord préciser ces deux notions.

Il n'existe pas de définition précise du concept de volonté en matière juridique. Les auteurs analysent plus particulièrement le consentement[21], qui est seulement la manifestation de la volonté[22]. Nous adopterons la

---

travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay, Peter Lang 1994, p. 265.

[17] Sur cette expression, voir J.-C. JAVILLIER, *Une illustration du conflit des logiques (droit à la santé et droit des obligations) : le contrôle médical patronal des absences en cas de maladie du salarié*, Dr. soc. 1976, p. 215 - J.-C. JAVILLIER, *Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : normalisation du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise*, in *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes G.-H. Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 101 - M. BUY, *Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise : un conflit de logiques*, in *Les droits fondamentaux du salarié face aux intérêts de l'entreprise*, PUAM 1994, p. 9.

[18] Elle est proche de la théorie de l'autonomie de la volonté. Sur ce thème, voir E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit civil, Etude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon 1912 - V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Travaux et Recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, PUF 1980 - G. ROUHETTE, *La force obligatoire du contrat, rapport français, observations critiques*, in *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, D. Tallon, D. Harris (Dir.), LGDJ 1987, Bibl. dr. priv., t. 196, p. 27.

[19] Nous emploierons comme synonymes ces deux termes, sachant que la dimension institutionnelle du rapport d'emploi se transcrit inévitablement par l'édiction de droits et obligations composant le statut de l'employeur et du salarié.

[20] A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, chron. p. 359, spéc. n° 13, p. 362.

[21] N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Préf. de J.-L. Aubert, LGDJ 1988, Bibl. dr. priv., t. 199, n° 61, p. 52. Voir tout de même F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, Sirey 1924, n° 19, p. 199.

[22] Sur la différence entre consentement et volonté, *cf. infra* n° 18 s.

définition proposée par M. WICKER[23]. Selon cet auteur, « *cette volonté n'est pas n'importe quel acte volontaire ; n'a, en effet, de valeur juridique que l'acte de volonté du sujet par lequel il entend mettre en œuvre les prérogatives relatives à ses droits subjectifs. La volonté doit par conséquent être caractérisée par son intentionnalité juridique* ». Ce n'est donc que si la volonté atteint ce seuil minimal de qualité, de densité, qu'elle sera prise en compte par le droit objectif[24].

6. - Aucun texte, et notamment pas le Code civil, ne définit l'acte juridique[25]. L'idée de doter le Code civil d'une partie, préliminaire ou non, concernant la théorie générale de l'acte juridique, fut examinée par la Commission de réforme du Code civil, mais cette réforme n'a pas vu le jour[26].

Cette théorie générale de l'acte juridique, que certains ont appelé le *fonds commun du droit*[27], a dès lors été établie par la doctrine à partir d'éléments de droit positif[28]. Il n'est par conséquent pas possible de lui conférer une quelconque positivité car elle ne constitue qu'une construction de l'esprit, un assemblage théorique. Ce mythe de la positivité de la théorie générale a été magistralement dénoncé par M. SAVAUX à propos du contrat[29]. La théorie générale de l'acte juridique, élaborée en grande partie à

---

[23] G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 42, p. 52.

[24] Sur ces critères de *densité* et de *qualité* du vouloir, voir A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215, spéc. n° 31, p. 224.

[25] J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Préf. de P. Raynaud, LGDJ 1971, Bibl. dr. priv. t. 117, n° 25 s., p. 31 s.

[26] Une telle théorie existe en droit allemand, voir P. COSTE-FLORET, *Le Code civil et les codifications étrangères*, Travaux de la commission de réforme du Code civil, Années 1945-1946, p. 59.

[27] J. COMBACAU, Droits/7, *L'acte juridique*, PUF 1988, p. 7.

[28] Ce processus caractérise la science du droit et constitue évidemment une des tâches principales de la doctrine (G. COUTURIER, *(Pour) la doctrine*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 221 - G. LYON-CAEN, *Les principes généraux du droit du travail*, in *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 35, spéc. p. 45 - P. DURAND, *La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé*, D. 1956, chron. XV).
Voir également, sur les liens entre le droit positif et la recherche fondamentale, M.-T. CALAIS-AULOY, *De la recherche en droit (spécialement en ce qui concerne la légitimité du droit positif)*, D. 1999, Dernière Actualité, n° 13 - C. ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, PUAM 1991, spéc. p. 38 s. sur le « *savoir juridique fondamental* ».

[29] E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité?*, Préf. J.-L. Aubert, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 264. Selon cet auteur, la théorie générale ne serait qu'une construction intellectuelle élaborée par la doctrine et qui serait faussement assimilée avec le droit positif.
Pour une critique de cette position, voir J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation, le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th. Paris I 1999, spéc. n° 12, p. 12-13.

partir de la théorie générale du contrat, n'est elle-même qu'une oeuvre de la doctrine dépourvue de toute positivité[30].

7. - La théorie générale de l'acte juridique est parfois conceptualisée dans le cadre du seul droit privé, sans référence au droit public. Celui-ci serait en effet, selon un auteur, d'un apport bien moindre à propos de l'acte juridique : « *certaines applications que le droit public fait de la notion (loi et actes de gouvernement en particulier) sont trop profondément marquées du particularisme de leur discipline d'appartenance pour qu'un corps de préceptes et de règles unitaire et cohérent puisse être mis à jour en embrassant un si large objet* »[31]. Par ailleurs, à la différence des civilistes, les publicistes n'ont pas toujours placé la volonté au premier rang de leur observation[32].

Mais, outre le fait que ces arguments n'apparaissent guère convaincants, cette méthode serait dépourvue de rigueur : l'acte juridique a été conceptualisé tant en droit public[33] qu'en droit privé[34]. Au surplus, le droit du travail emprunte à la fois au droit privé et au droit public, et ne peut être rangé de manière décisive dans l'une ou l'autre de ces disciplines[35]. C'est pourquoi il nous semble plus rigoureux et plus pertinent, en droit du travail, d'utiliser également les apports du droit public quant à la théorie générale de l'acte juridique[36].

---

[30] G. ROUHETTE, *La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents*, in Droits-7, 1988, *L'acte juridique*, p. 29 : « *l'acte juridique est affaire de construction théorique, non de simple observation du droit positif* » - C. GRZEGORCZYK, *L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit*, in Droits-7, 1988, *L'acte juridique*, p. 47 : « *la vision que la doctrine du droit se fait de l'acte juridique n'est pas seulement fonction de l'état du droit positif du moment, mais aussi et surtout des conceptions philosophiques globales admises plus ou moins consciemment par les auteurs, relativement à la structure de l'action humaine, à la nature de la juridicité, etc.* ».
De manière générale, sur la positivité du droit, voir H. BATIFFOL, *La positivité du droit*, in *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ 1979, p. 11 - H. BATIFFOL, *Sur la positivité du droit*, in *Choix d'articles*, LGDJ 1976, p. 369.

[31] C. BRENNER, Rép. civ. Dalloz, *Acte*, oct. 1999, n° 8, p. 3.

[32] P. PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, Préf. G. Péquignot, LGDJ 1976, Bibl. dr. publ. t. 124, p. 37.

[33] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Boccard 3° éd. 1927, §30 s.

[34] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, LGDJ 11° éd. 1928, n° 264 s. Sur la querelle de l'unité ou de la dualité de la théorie de l'acte juridique, voir J. BONNECASE, *Supplément au traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. 2, Sirey 1925, n° 257 s.

[35] *Cf. infra* n° 31.

[36] J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Préf. de P. Raynaud, LGDJ 1971, Bibl. dr. priv. t. 117, n° 176, p. 311 : l'acte juridique « *est une notion « mère » du droit en général* » et constitue « *un lien contenu et solide entre droit privé et droit public en supprimant des frontières dont la perméabilité apparaît chaque jour* ».

8. - Sa définition est aujourd'hui encore discutée[37]. Il est classiquement défini comme une manifestation de volonté en vue de produire des effets de droit[38]. Mais cette définition a suscité un reproche majeur : la notion d'acte juridique apparaît fluctuante, hypertrophiée car sa qualification ne dépendrait que de la volonté, de l'intention de l'agent[39]. En réaction, une conception plus objective du lien unissant la volonté aux effets de droit a été proposée, notamment par E. GOUNOT[40], selon laquelle l'acte juridique s'entend de celui dont les effets ont été non seulement voulus mais encore aménagés par son auteur. L'inconvénient est alors de réduire à l'extrême la catégorie des actes juridiques.

C'est pourquoi la doctrine contemporaine semble avoir adopté une position médiane, plus nuancée, selon laquelle « *il y a acte juridique en présence d'une manifestation de volonté tendue vers un effet de droit et nécessaire à sa production* »[41].

Si cette position médiane a notre préférence, il n'est cependant pas de l'objet de cette thèse de trancher un tel débat doctrinal. Au demeurant, le choix entre ces différentes conceptions n'est pas décisif pour notre propos car nous nous proposons de réaliser l'analyse de la volonté dans la *formation* de l'acte juridique en droit du travail. Or, ces différentes conceptions ont précisément comme point commun d'exiger, au stade de la formation de l'acte juridique, une manifestation de volonté[42].

9. - Il apparaît donc nécessaire de bien distinguer les liens entre la volonté et les *effets* de l'acte juridique, d'une part, et les liens entre la volonté et la *formation* de l'acte juridique, d'autre part. Dans le premier cas,

---

37 Droits/7, *L'acte juridique*, PUF 1988.

38 A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, Dalloz 1957, par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, n° 66.

39 Sur l'exposé de cette conception, voir J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse, 1949, n° 14.

40 E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit civil, Etude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon 1912, p. 247.

41 C. BRENNER, Rép. civ. Dalloz, *Acte*, oct. 1999, n° 24, p. 5 - J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse, 1949, n° 17 - M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Préf. D. Huet-Weiller, LGDJ, Bibl. dr. priv. 1982, t. 172, n° 33, p. 34. Voir déjà M. DURMA, *La notification de la volonté, Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, th. Paris, Sirey 1930, n° 9.

42 G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 44, p. 53 - C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Préf. P. Catala, LGDJ 1999, Bibl. dr. priv. t. 323, n° 70, p. 50 - C. BRENNER, Rép. civ. Dalloz, *Acte*, oct. 1999, n° 11, p. 4 - P. ROUBIER, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, in *Le rôle de la volonté dans le droit*, Arch. phil. dr. 1957, p. 1, spéc. p. 14 s.

il s'agit d'examiner si les effets de tel ou tel acte ont bien été voulus par son auteur, s'il était licite de les stipuler et dans quelle mesure les éléments objectifs, les normes, interagissent avec la volonté dans la détermination et l'interprétation de ces effets. Dans le second cas, il s'agit de se placer en amont pour vérifier si la volonté de l'auteur d'un acte juridique, sous réserve du respect de certaines conditions, est indispensable (même si elle n'est pas forcément suffisante) à la formation de cet acte, et sous quelles conditions (notamment d'intégrité et d'extériorisation) cette volonté peut être prise en compte par le droit positif.

10. – Il faut tout d'abord justifier de la pertinence de cette distinction dans le cadre de la théorie générale de l'acte juridique, avant de l'expliciter plus particulièrement en droit du travail.

Il est établi, dans le cadre de la théorie générale de l'acte juridique, qu'une manifestation de volonté est indispensable à la formation d'un acte juridique[43]. Mais les effets produits par cet acte juridique ne résultent pas obligatoirement de la volonté de son auteur. Il en résulte une nécessaire distinction entre l'analyse de la volonté dans la formation de l'acte juridique et l'analyse de la volonté dans les effets de l'acte juridique. C'est ainsi qu'A. RIEG, dans sa thèse sur *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, a distingué dans sa première partie la volonté et la genèse de l'acte juridique et dans la seconde partie la volonté et la portée de l'acte juridique, analysant alors l'interprétation des actes juridiques et l'efficacité juridique de la volonté[44]. Cette idée n'est pas nouvelle. Déjà, H. KELSEN avait dénoncé la confusion trop souvent opérée entre la procédure de formation du contrat, reposant sur un accord de volontés, et les normes produites par cet accord de volontés[45].

---

[43] A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 2, p. 15 : « *cette volonté constitue la condition de base sans laquelle aucun acte juridique ne saurait naître* » - N. COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique (étude critique de la conception classique)*, Sirey 1931.

[44] A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961. Voir également T.R. IONASCO, *De la volonté dans la formation des contrats*, in *Rec. d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. 2, Sirey 1934, p. 368 - P. DURAND, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, Rev. trim. dr. civ. 1944, p. 73.

[45] H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, Arch. phil. dr. 1940, p. 33, spéc. n° 3 : « *Il faut donc distinguer soigneusement : 1° l'acte ou la procédure de la convention ; 2° la norme ou l'ordre conventionnel, créés par la convention en tant qu'acte ou procédure* ».
Voir également J. HERON, *Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé*, Droits/7, *L'acte juridique*, PUF 1988, p. 85.

11. - Cette distinction est donc nécessaire. Elle apparaît d'ailleurs clairement lors de l'étude (schématique ici) des deux théories, objectiviste et subjectiviste, qui s'opposent quant au rôle de la volonté dans l'acte juridique[46].

Selon la théorie objectiviste, la volonté n'est pas en elle-même créatrice de droits. C'est la norme qui est la source véritable des effets produits[47], ce qui explique que l'élément légal puisse entrer en concurrence avec la volonté de l'agent lors de la formation de l'acte. Celui-ci formé, l'analyse justifie également que le contenu de l'acte ne soit pas obligatoirement ni exclusivement conditionné par la volonté initiale[48].

Selon la théorie subjectiviste en revanche, c'est de la volonté que l'acte tire sa force obligatoire : elle seule a le pouvoir de lui donner naissance et de lui faire produire des conséquences juridiques. En application de la théorie individualiste et de la doctrine économique libérale, l'individu ne peut être engagé que s'il l'a librement voulu. En d'autres termes, il ne peut être contraint qu'aux obligations auxquelles il a volontairement souscrit[49].

Il en ressort que la première théorie n'envisage l'acte juridique qu'en tant qu'élément de l'ordre juridique alors que la seconde ne le considère que du seul point de vue de l'individu.

---

[46] J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Préf. de P. Raynaud, LGDJ 1971, Bibl. dr. priv. t. 117 - P. HEBRAUD, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, in *Mélanges Maury*, t. 2, 1960, p. 419, spéc. p. 450 : « *lorsqu'on passe à l'exécution du contrat, ou plus largement de l'acte juridique, la part des éléments subjectifs et objectifs ne semble pas aussi aisément saisissable qu'au stade de sa formation, où la volonté s'élabore et s'exprime* ».

[47] C'est l'un des apports déterminant de l'analyse Kelsenienne que d'avoir démontré que la volonté n'a pas par elle-même le pouvoir d'obliger (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMAN, Dalloz 1962, p. 170-194 - H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, Arch. phil. dr. 1940, p. 33). Pour le fondateur de l'école normativiste, l'idée de droits subjectifs ayant leur source dans la volonté conçue comme une puissance originaire est absolument incompatible avec sa conception du droit comme un ordonnancement de normes objectives qui, par degrés, s'engendrent les unes les autres.
Voir O. CAYLA, *La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste*, Droits/7, PUF 1988, *L'acte juridique*, p. 59.

[48] G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 12, p. 24.

[49] E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit civil, Etude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon 1912, p. 136 : « *Je ne suis obligé par un acte juridique que si je le veux, au moment où je le veux et dans la mesure où je le veux* ».
V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Travaux et Recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, PUF 1980 - M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, Arch. phil. dr. 1957, p. 87.

12. - Mais ces deux théories divergent, en réalité, essentiellement à propos des liens entre les effets de droit et la manifestation initiale de volonté. Elles ont effectivement pour but principal d'établir le fondement de la *force obligatoire* de l'acte juridique. En revanche, l'exigence de cette manifestation initiale de volonté est dans les deux cas nécessaire pour que soit retenue la *qualification* d'acte juridique[50]. La volonté joue même « *le rôle de la* conditio sine qua non *de la réalisation de l'acte juridique* »[51]. La théorie générale de l'acte juridique, telle qu'elle s'est peu à peu élaborée, érige dans tous les cas la volonté comme une condition indispensable à la formation de l'acte juridique. Par conséquent, l'analyse de la volonté dans la formation de l'acte juridique consistera à vérifier qu'une volonté s'est manifestée, dans le respect de certaines conditions, pour qu'un acte juridique puisse être caractérisé. Peu importe en réalité à cet égard que l'auteur de l'acte intervienne ou non dans la détermination de son contenu.

Ainsi, les enjeux, mais aussi les problèmes posés sont différents selon que l'on s'attache à la volonté dans la formation de l'acte juridique ou à la volonté dans ses effets.

13. - La nécessité de la volonté pour former un acte juridique, posée par la théorie générale de l'acte juridique, apparaît ainsi indéniable. Elle n'est pas remise en cause par le recours à des fictions juridiques. La caractérisation de la volonté se heurte en effet, parfois, à des situations discordantes, lorsqu'une volonté n'est pas réellement constatée à la base d'un acte juridique, ou lorsque son intentionnalité juridique est douteuse. Il a été démontré que dans ce cas, le fait de qualifier d'acte juridique une telle

---

[50] G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 44, p. 53 - C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Préf. P. Catala, LGDJ 1999, Bibl. dr. priv. t. 323, n° 70, p. 50 – C. BRENNER, Rép. civ. Dalloz, *Acte*, oct. 1999, n° 11, p. 4 - P. ROUBIER, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, in *Le rôle de la volonté dans le droit*, Arch. phil. dr. 1957, p. 1, spéc. p. 14 s.
A propos de cet acte particulier qu'est l'engagement unilatéral, voir M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Préface de J. Mestre, PUAM 1995, n° 240, p. 168 : « *l'engagement unilatéral n'est, pas plus que l'engagement contractuel, isolé de la réalité objective, mais il repose toujours sur une manifestation de volonté du sujet* ».
Voir également M.-T. CALAIS-AULOY, *L'importance de la volonté en droit*, Petites Aff. 7 décembre 1999, n° 243, p. 14 : la part de la volonté des individus, « *parce qu'irréductible, est qualitativement la plus importante* ».

[51] C. GRZEGORCZYK, *L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit*, Droits/7, PUF 1988, p. 47, spéc. p. 48. Voir aussi A. JEAMMAUD, *Les polyvalences du contrat de travail*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 299, spéc. p. 305 : « *l'objectivisme qui paraît faire problème ne méconnaît en rien la volonté des intéressés!* » - H. THUILLIER, *Contribution à la théorie des sources en droit du travail*, JCP 1974, I, 2649.

situation consistait à établir une véritable fiction juridique, définie comme « *l'altération d'une ou plusieurs conceptions juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application* »[52]. L'existence de telles fictions est certaine, mais on ne peut en déduire la remise en cause de la nécessité de la volonté dans la formation de l'acte juridique. En effet, les principales manifestations de fiction juridique présentées par M. WICKER, en cette matière, ont pour origine la nécessaire extériorisation de la volonté. Il ne suffit pas de vouloir, encore faut-il que cette volonté soit intelligible pour les tiers[53]. Or, un comportement n'acquiert de signification juridique que par la voie d'un code, d'un langage juridique. Il y a alors recours à un mécanisme d'interprétation, parfois de présomption de volonté. Ainsi en est-il par exemple, lorsqu'il est décidé que telle attitude vaut acceptation tacite d'une offre.

Il s'agit certes d'un raisonnement déductif, dans lequel la volonté est plus ou moins fictive, mais il ne remet pas en cause la nécessité de caractériser cette volonté. Le cheminement vers cette caractérisation peut apparaître artificiel, mais le magistrat, ou le législateur, lorsqu'ils établissent une telle fiction, agissent toujours sous le couvert de la volonté : ils font *comme si*[54] la volonté était réellement présente[55]. C'est bien sûr un leurre, mais il révèle la nécessité de constater la volonté de l'auteur d'un acte juridique pour s'assurer de la formation de cet acte.

14. - L'analyse de la volonté dans l'acte juridique et ses enjeux sont donc en théorie différents selon que l'on s'attache à la formation ou aux effets de l'acte juridique. En va-t-il de même en droit du travail, où la conciliation permanente entre la théorie contractuelle et la théorie institutionnelle conduit inévitablement, on l'a vu, à s'interroger sur le sort de la volonté de l'auteur d'un acte juridique ?

---

[52] G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 2, p. 12.

[53] G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 76, p. 80.
Cf. infra n° 480 s.

[54] O. CAYLA, *Ouverture : le jeu de la fiction entre « comme si » et « comme ça »*, Droits 1995, n° 21, p. 3.

[55] Ce constat est vérifié même dans un des exemples les plus typiques où la volonté est fictive, les conventions d'assistance : *« lorsque l'offre était faite dans son intérêt exclusif, son destinataire est présumé l'avoir acceptée »*. (Cass. civ. 1°, 1 décembre 1969, JCP 1970, II, 16445, n. J.-L. AUBERT). Il est nécessaire, pour les magistrats, de caractériser même fictivement la volonté du destinataire.

Il faut tout d'abord préciser que la notion d'acte juridique est largement accueillie en droit du travail[56], que l'on se situe dans la sphère statutaire (par exemple, le pouvoir de l'employeur peut s'exprimer par des actes juridiques[57]) ou dans la sphère contractuelle[58]. Recouvrant à la fois le droit public et le droit privé, la théorie générale de l'acte juridique a bien *a priori* vocation à décrire l'acte juridique dans le droit des relations professionnelles.

En droit du travail, conformément à la théorie générale de l'acte juridique, le principe même de cette différenciation, entre la volonté dans les effets de l'acte juridique et la volonté dans sa formation, est relevé par de nombreux auteurs[59]. Il nous faut maintenant préciser comment s'opère cette distinction.

---

[56] Sur un plan général, voir C. GERMAIN, *Droit du travail et théorie générale de l'acte juridique*, th. Bordeaux IV 2000 - S. JEAN, *L'acte unilatéral de l'employeur*, th. Paris I, 1999 - G. LHUILIER, *Essai sur l'acte juridique normatif d'entreprise*, th. Paris X 1993 - P. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, Préf. T. Revet, Litec 1998.

[57] Voir, de manière globale, E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Préface de G. Cornu, Economica 1985, n° 224, p. 143 : « *le pouvoir, aptitude à décider pour autrui, s'exprime nécessairement par l'émission d'acte juridique* ». Voir également P. DURAND, R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. I, Dalloz 1947, p. 430 : « *le chef d'entreprise exerce son autorité par des ordres ou instructions de services, écrits ou verbaux, généraux ou individuels. Toutes ces manifestations de volonté sont unilatérales et constituent des actes juridiques, car elles ont pour objet la production d'effets juridiques* ». Cette position est cependant contestable dans la mesure où toute décision de l'employeur n'est pas un acte juridique. Ainsi, le fait pour l'employeur de changer une condition de travail du salarié est une décision prise en exécution du contrat de travail, et non pas un acte juridique destiné à créer des effets de droit autonomes (voir S. JEAN, *L'acte unilatéral de l'employeur*, th. Paris I, 1999, p. 58-59).

Voir par exemple, sur le licenciement et les sanctions disciplinaires, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préf. d'A. Lyon-Caen, LGDJ 1996, Bibl. dr. privé, t. 254, n° 66 s., p. 77. Voir aussi B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris II, 1973 : dans sa première partie, intitulée « *La notion de rupture unilatérale* », cette rupture est analysée d'abord comme un acte juridique, puis comme un acte unilatéral - P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. II, Dalloz 1950, n° 446, p. 840 : « *la résiliation s'exerce par un acte juridique, qui porte la dénomination générale de congé, et celle de licenciement, lorsqu'elle émane de l'employeur, et parfois de démission si elle provient du salarié* ». Sur la nullité des licenciements, sanction attachée à un acte juridique, voir B. GAURIAU, *La nullité du licenciement*, th. Paris I 1992.

Voir également, sur les actes normatifs de l'employeur, d'un point de vue général, G. LHUILIER, *Essai sur l'acte juridique normatif d'entreprise*, th. Paris X 1993 - P. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, Préf. T. Revet, Litec 1998, et sous l'angle particulier du plan social F. GEA, *Le plan social, un acte normateur*, D. 2000, chron. p. 550.

[58] Le contrat de travail et sa modification, la transaction, par la rencontre des volontés qui les caractérise, en sont les illustrations les plus topiques. Elles reflètent en effet dans une certaine mesure la liberté contractuelle de ces deux interlocuteurs.

[59] Voir par exemple G. LYON-CAEN, *Défense et illustration du contrat de travail*, Arch. de Philosophie du Droit, t. 13, Sirey 1968, p. 59, spéc. p. 69 : l'auteur distingue le rôle génétique du contrat, donc de la volonté, qui fait naître la relation de travail, de son rôle normatif, qui consiste en la fixation des conditions de leurs relations - G. LHUILIER, *Essai sur l'acte juridique normatif d'entreprise*, th. Paris X 1993, p. 165 s.

15. - Quant aux liens entre la volonté de l'auteur d'un acte juridique et les *effets* de droit réellement produits, l'influence respective des deux théories contractuelle et statutaire est relativement bien établie aujourd'hui.

Du côté de l'influence de la théorie statutaire, la réglementation impérative du droit du travail, la densité et la multiplicité de ses textes en ont fait une discipline très détaillée, voire surchargée[60]. Le droit du travail est en effet « *dominé par le rôle éminent conféré à la puissance publique dans la réglementation de la relation de travail* »[61]. L'idée d'un statut du salarié, même si elle peut paraître excessive[62], est bien évidemment présente[63] et a d'ailleurs été exprimée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation : « *la seule volonté des parties est impuissante à soustraire le salarié au statut social qui découle impérativement des conditions d'accomplissement de son travail* »[64]. En conséquence, la volonté de l'auteur d'un acte juridique doit se conformer à ce statut impératif qui va déterminer directement les effets de cet acte juridique. Ainsi, en est-il particulièrement des effets normatifs des conventions et accords collectifs[65], ainsi que du pouvoir de direction de l'employeur, de ses pouvoirs réglementaire et disciplinaire, mais aussi du contenu détaillé des droits et obligations de l'employeur et du salarié[66].

Dès lors, la conciliation avec la théorie contractuelle s'avère difficile et s'exprime par les possibilités d'individualisation de la situation du

---

[60] A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, chron. p. 359, spéc. n° 13, p. 362. Voir l'exemple cité par C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préface de J. Hauser, LGDJ 1997, Bibl. dr. privé, t. 282, n° 7, p. 4 : « *le Code du travail pousse en effet le souci du détail jusqu'à prévoir le nombre de vêtements de ville que doivent contenir les armoires dans les vestiaires (art. R. 232-2-2 al. 2)* ».

[61] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 30.

[62] A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, chron. p. 359, spéc. n° 13, p. 362, qui estiment « *inopportun de parler d'un* « statut de salarié », *le terme* « statut » *désignant* (...) *une condition juridique fixée par la loi sans faculté d'aménagement (serait-ce* in melius) *par voie conventionnelle* ».

[63] D'ailleurs, le droit civil lui-même subit cette inflexion. Voir J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. SAVATIER*, PUF 1986, p. 41 - B. BOUBLI, *Le juge, la norme et le droit du travail*, in *Les sources du droit du travail*, sous la direction de B. Teyssié, PUF 1998, p. 29, spéc. n° 18, p. 35 : « *le passage du contrat au statut n'épargne pas les contrats civils eux-mêmes* » (baux).

[64] Cass. ass. plén. 4 mars 1983, D. 1983, p. 381, concl. CABANNES. Voir également Cass. soc. 19 décembre 2000, *Labbane* ; A. JEAMMAUD, *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail, - A propos de l'arrêt Labbane*, Dr. soc. 2001, p. 227.

[65] Art. L. 131-1 et s. C. trav.

[66] Par ex. le SMIC (art. L. 141-1 s. C. trav.). V. J. SAVATIER, *La liberté dans le travail*, Dr. soc. 1990, p. 49, spéc. p. 50.

salarié[67], qui sont elles-mêmes soumises, d'une part, à l'ordre public dit absolu[68] et, d'autre part, au principe de faveur sur lequel repose l'articulation des sources du droit du travail. Principe fondamental du droit du travail[69], il exprime l'impossibilité, sauf exception[70], de déroger contractuellement *in pejus* aux règles légales ou aux dispositions des conventions collectives[71]. C'est ainsi que les discussions doctrinales, à propos de la volonté en droit du travail, se sont concentrées sur les rapports entre la volonté de l'auteur d'un acte juridique et les effets produits par cet acte.

---

[67] J.-E. RAY, *Le renouveau du contrat de travail*, Liais. soc. 1995, n° 95, p. 52 - M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *La sophistication des clauses du contrat de travail*, Dr. ouvr. 1997, p. 478.
Sur l'individualisation du contrat de travail, voir G. LYON-CAEN, *Défense et illustration du contrat de travail*, Arch. de Philosophie du Droit, t. 13, Sirey 1968, p. 59 s. - J.-C. JAVILLIER, *Le patronat et les transformations du Droit du travail*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 193, spéc. p. 214 s. - A. JEAMMAUD, *La place du salarié individu dans le droit français du travail*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 347, spéc. p. 358 s. - A. SUPIOT, *Pourquoi un droit du travail ?*, Dr. soc. 1990, p. 485, spéc. p. 490 s.
Sur le renouveau du contrat de travail dans le cadre des règles relatives à sa modification, voir par exemple P. WAQUET, *Le renouveau du contrat de travail*, RJS 5/99, p. 383 - P. MOUSSY, *Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du "renouveau" du contrat de travail)*, Dr. ouvr. 1999, p. 1 - C. RADE, *Les limites au tout contractuel*, Dr. soc. 2000, p. 828.

[68] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 85, p. 95 - M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs*, Dr. soc. 1996, p. 396 - M. BONNECHERE, *L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité*, Dr. ouvr. 1988, p. 171 - M. BONNECHERE, *L'ordre public au sens du droit du travail*, JCP 1974, I, 11604 - L. ROZES, *Remarques sur l'ordre public en droit du travail*, Dr. soc. 1977, p. 311 - G. COUTURIER, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Et. offertes à J. Flour*, Rép. not. Defresnois 1979, p. 95 – F. GAUDU, *L'ordre public en droit du travail*, in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI° siècle*, LGDJ 2001, p. 363.
Voir également, mentionnant explicitement l'ordre public absolu, Cass. soc. 8 novembre 1994, Dr. soc. 1995, p. 68, obs. M. COHEN.

[69] Cons. const. , déc. n° 89-257 du 25 juillet 1989, Dr. soc. 1989, p. 701, n. X. PRETOT.
Voir A. JEAMMAUD, *Les principes dans le droit français du travail*, Dr. soc. 1982, p. 618, spéc. p. 624 - G. LYON-CAEN, *Les principes généraux du droit du travail*, in *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 35, spéc. p. 38 - A. JEAMMAUD, *Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente*, Dr. soc. 1999, p. 115 - N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Préf. H. Sinay, LGDJ 1980, Bibl. dr. soc. t. 22, p. 52 s. - A. CHEVILLARD, *La notion de disposition plus favorable*, Dr. soc. 1993, p. 363 - Y. CHALARON, *L'application de la disposition la plus favorable*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 243 - J.-M. OLIVIER, *Les conflits de source en droit du travail interne*, in *Les sources en droit du travail* (dir. B. Teyssié), PUF 1998, p. 194 - F. BOCQUILLON, *Que reste-t-il du « principe de faveur » ?*, Dr. soc. 2001, p. 255.

[70] Voir, sur les accords dits dérogatoires, J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 88, p. 98.

[71] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 30.

16. - La détermination du point de conciliation entre les dimensions contractuelle et institutionnelle est beaucoup plus délicate lorsque l'on s'interroge sur la volonté dans la *formation* de l'acte juridique. La théorie générale impose de considérer la manifestation de volonté de l'auteur d'un acte juridique comme l'élément déclencheur de la formation de cet acte. Cette nécessité de la caractériser se concilie parfaitement avec la théorie contractuelle puisque celle-ci repose sur le libre choix de l'individu. Seulement, l'auteur d'un acte juridique en droit du travail est soumis à un statut impératif, d'où découlent notamment le pouvoir de l'employeur et le lien de subordination du salarié. Il y a un rapport hiérarchique entre l'employeur et le salarié, créant un lien de droit par lequel le second doit obéir au premier, ce qui caractérise une contradiction entre l'autonomie de la volonté et la subordination de la volonté. « *Dès lors on ne peut espérer retrouver intacts en droit du travail les principes juridiques qu'implique l'autonomie de la volonté* »[72].

Les interrogations soulevées portent alors sur le caractère indispensable du rôle de cette volonté, et les conditions dans lesquelles elle sera prise en compte pour former un acte juridique. Par exemple, ne serait-il pas utile de caractériser un acte juridique, tel que le licenciement, même si la volonté de son auteur (ici l'employeur) fait défaut, dans le cadre de l'élaboration d'un statut protecteur du salarié, à travers la construction d'un droit indemnitaire de la perte d'emploi ? Par ailleurs, le lien de subordination caractérise une contrainte sur la volonté du salarié. Est-ce compatible avec l'exigence d'intégrité, et plus spécifiquement de liberté de la volonté ?

Il faut préciser qu'il ne s'agit pas de déterminer les champs d'application respectifs de la sphère contractuelle et de la sphère institutionnelle. Cette détermination est l'objectif principal des discussions actuelles relatives à la distinction entre la modification du contrat de travail et le simple changement des conditions de travail[73]. Nous nous situons en

---

[72] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 123. Voir également J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel (étude prospective de droit international privé)*, Bruylant, Bruxelles 1992.

[73] Voir par exemple une hypothèse où la logique contractuelle l'emporte sur la logique institutionnelle, C. RADE, *A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique*, Dr. soc. 1999, p. 3 et J. MOULY, *Les modifications disciplinaires du contrat de travail, chronique d'humeur à propos d'un revirement*, D. 1999, chron., p. 359 (à propos de Cass. soc. 16 juin 1998, Sté Hôtel Le Berry) - P. WAQUET, *Droit disciplinaire et modification du contrat de travail*, rapport sous Cass. soc. 16 juin 1998, Dr. soc. 1998, p. 803. Voir plus généralement C. RADE, *Les limites au tout contractuel*, Dr. soc.

aval de ce raisonnement : dès lors qu'il est établi que l'employeur, ou le salarié, peut former seul un acte juridique, ou qu'il doit obtenir l'accord de son interlocuteur, nous examinerons la manière dont le droit du travail appréhende cette volonté ou cet accord de volontés. Bien sûr, la conciliation entre la théorie contractuelle et la théorie statutaire joue un rôle important sur cette appréhension par le droit du travail de la volonté. Nous préciserons évidemment les conséquences, les effets, les influences respectives de ces deux théories sur la volonté, mais nous n'étudierons pas leurs critères respectifs d'application en droit du travail.

17. - Ainsi délimité, ce champ d'étude reste largement inexploré. Les auteurs n'étudient guère la volonté dans la formation de l'acte juridique en droit du travail de manière générale[74]. Ils l'examinent au contraire de façon incidente lors de l'analyse de tel ou tel acte juridique[75]. Bien que la volonté soit indispensable à la formation de l'acte juridique, ce lien n'a pas été examiné de manière approfondie et globale en droit du travail. Alors que l'étude de la volonté dans la formation de l'acte juridique permet de mettre à jour, sous un angle original et pertinent, la difficile conciliation entre les théories contractuelle et statutaire du rapport d'emploi, la doctrine n'a pas entrepris cette démarche. C'est dans le but de contribuer à combler un tel vide que nous nous proposons d'examiner la manière dont le droit du travail appréhende la volonté dans la formation de l'acte juridique.

18. - Il faut préalablement justifier de l'emploi du terme *volonté*.

La volonté dans la formation de l'acte juridique est habituellement envisagée sous le vocable *consentement*. C'est ainsi que l'article 1108 du

---

2000, p. 828 - J.-M. BERAUD, *Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail*, Dr. ouv. 1997, p. 529.

[74] Voir, sur un aspect relativement général, mais du seul point de vue de la sanction, J.-Y. CHOLEY, *La sanction des vices du consentement en droit du travail*, Mélanges Béguet 1985, p. 87.

[75] Voir par ex. A. VALLEE, *Le consentement dans le contrat de travail (Etude de droit comparé)*, th. Paris 1930 - P. L'HELIAS, *La formation du contrat de travail et les règles du droit commun des obligations*, th. Rennes 1989 - O. RAULT, *La formation du contrat de travail - Essai sur la liberté contractuelle*, th. Paris II 1999 – G. LOISEAU, *L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail*, in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI° siècle*, LGDJ 2001, p. 579 - J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 272, p. 302 - G. COUTURIER, *Droit du travail, 1. Les relations individuelles de travail*, PUF, 3° éd. 1996, n° 69 s., p. 147 s. - B. TEYSSIE, *Droit du travail, 1- Relations individuelles de travail*, Litec, 2° éd. 1992, n° 424, p. 228 et n° 441 s., p. 237 - J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, LGDJ, 6° éd. 1998, n° 177, p. 233 - A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Domat 2° éd. 2000, n° 400, p. 241 s.

Code civil vise le consentement de la partie qui s'engage. Apparemment, il n'est guère d'enjeu à distinguer ces deux notions qui sont couramment employées l'une pour l'autre[76].

Le terme *consentement* connaît en effet deux acceptions. Etymologiquement tout d'abord, il désigne l'accord des contractants résultant de la rencontre des volontés (*cum sentire*). Il s'agit du consentement des parties. Ensuite, il peut signifier la manifestation de volonté d'une des parties à un contrat. Ce dernier sens est certes plus contestable du point de vue de l'étymologie, mais il est admis et utilisé par une grande partie de la doctrine[77]. C'est ainsi qu'« *on parlera indifféremment du consentement* [d'une partie] *et du consentement des parties* »[78], même si certains auteurs ont critiqué cette assimilation en en soulignant les ambiguïtés[79].

19. - Un débat récent s'est néanmoins développé, pour souligner les interrogations soulevées par l'utilisation indifférenciée des termes *consentement* et *volonté* pour désigner la volonté d'une partie à une convention[80]. En effet, consentement et volonté exprimeraient certes tous deux l'intention d'une personne, mais avec une connotation différente. Symbole de liberté, la volonté s'opposerait au consentement, signe de soumission. « *Par la volonté, je domine ; par le consentement je me soumets. La force est du côté de la volonté ; la faiblesse du côté du*

---

[76] Voir par exemple M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. GHESTIN, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 325, p. 258 : « *l'auteur d'un acte juridique émet une volonté, ou en d'autres termes un consentement* ».

[77] P. CHAUVEL, *Consentement*, Encycl. Dalloz, juin 1995, n° 2, p. 2 - B. PETIT, *Contrats et obligations, Consentement*, J.-Cl. civil, Fasc. 3-A, août 1989, n° 2, p. 3 - G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6°éd. 1996, *v° consentement* : « *1. Accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit ; rencontre de ces volontés qui est la condition de la formation du contrat. 2. Dans l'accord, la volonté de chacune des parties contractantes (on parle de l'échange des consentements)* ».
V. déjà M. PLANIOL et G. RIPERT, par P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, *Les obligations*, LGDJ 2° éd. 1952, n° 94, p. 99 - A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 2, p. 15 : « *les rédacteurs du Code civil n'utilisent pas le mot* « volonté », *mais il est évident que dans leur pensée les expressions de* « consentement », « sanité d'esprit » *et* « volonté » *sont synonymes* ».

[78] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 286, p. 258.

[79] G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris 1965, n° 107, p. 388.

[80] M.-A. FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 573 - M.-A. FRISON-ROCHE, *Unilatéralité et consentement*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica 1999, p. 21.

consentement »[81]. Le consentement est l'assentiment donné à une proposition, et exprime une certaine résignation, alors que la volonté se réfère à l'intention libre de toute contrainte. Ces différents sens sont précisément explicités en philosophie[82].

Le droit civil ne semble pas conférer une quelconque valeur à cette distinction, puisque *consentement* et *volonté* sont fréquemment employés comme de parfaits synonymes, sans que l'idée de soumission ne soit adjointe à la notion de consentement. La question peut se poser de savoir si le droit du travail ne constitue pas un terrain propice à une telle différenciation. Les idées de hiérarchie et de soumission sont en effet très présentes du fait de la situation d'infériorité dans laquelle se trouve le salarié, en raison de sa dépendance économique probable et surtout du lien de subordination vis-à-vis de son employeur, titulaire du pouvoir de direction.

Le droit du travail est sans doute la branche du droit privé où la signification profonde de ces deux termes pourrait refléter avec le plus de pertinence les situations économique et surtout juridique de leur auteur.

20. - La volonté du salarié est en effet contrainte, soumise, par le jeu de ce rapport hiérarchique[83]. Il est par ailleurs indéniable qu'à ce déséquilibre juridique peut s'ajouter un déséquilibre économique[84], lorsque le salarié n'a que peu de liberté de choix face aux propositions de

---

[81] M.-A. FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 573, spéc. p. 574.
Voir, en sens contraire, J. AMIEL-DONAT, *Essai sur le rôle du consentement dans la formation des contrats*, thèse Perpignan 1981, p. 1.

[82] A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, coll. Quadrige, PUF 1991 :
- *v° volonté*, vol. 2, p. 1217 : « *la volonté consiste seulement en ce que, pour affirmer ou nier, poursuivre ou fuir les choses que l'entendement nous propose, nous agissons de telle sorte que nous ne sentons point qu'aucune force extérieure nous y contraigne...* ».
- *v° consentement*, vol. 1, p. 177 : « *acte de volonté par lequel on décide ou même on déclare expressément qu'on ne s'oppose pas à une action déterminée dont l'initiative est prise par autrui* (...). Consentement *est plus faible qu'*approbation. « Consentir » *marque, dans l'ordre de la pensée comme dans celui de l'action, une nuance de réserve, ou du moins une tendance primitive à refuser* ».

[83] Selon A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 115, l'inégalité est le produit d'une comparaison objective entre des situations de fait, alors que la hiérarchie désigne toujours un lien de droit. Il est dès lors plus juste d'évoquer la hiérarchie juridique plutôt que l'inégalité juridique.

[84] V. G. POULAIN, *Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur*, Dr. soc. 1981, p. 754 - P. MOUSSY, *Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du "renouveau" du contrat de travail)*, Dr. ouvr. 1999, p. 1, spéc. p. 4.
Sur la dépendance économique, voir P. CUCHE, *La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique*, D.H. 1932, p. 101 – G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Préf. J. Ghestin, LGDJ 1986, Bibl. dr. priv., t. 190, p. 133 s.

l'employeur, en raison de la nécessité pour lui de conserver son emploi. L'inégalité entre les deux parties au contrat de travail est alors ici économique. Les différents actes juridiques que le salarié est amené à former risquent d'être plus ou moins dictés par le souci de ne pas mécontenter son employeur, ce qui pourrait obérer ses chances de promotion, voire entraîner au moindre incident une sanction et même la rupture de son contrat[85]. S'il n'est pas encore soumis au pouvoir de son employeur potentiel, le candidat salarié peut également souffrir d'une certaine contrainte économique, en raison de la nécessité pour lui de trouver un emploi. Il risque alors de perdre sa liberté de choix et de décision pour ne pas compromettre ses chances d'être recruté.

A l'inverse, grâce à son pouvoir de direction, l'employeur va disposer le plus souvent du choix et de l'initiative de la formation d'un acte juridique, c'est-à-dire de la liberté de décider, dans le respect bien sûr de la réglementation en vigueur.

21. - Logiquement, si l'on adoptait l'idée selon laquelle la volonté exprime la domination et le consentement la soumission[86], il faudrait affecter chacun de ces termes en fonction de sa signification précise. Une telle démarche reviendrait alors à distinguer l'usage des termes *consentement* et *volonté* selon leur auteur dans la formation d'un acte juridique en droit du travail. Symbole de liberté et de pouvoir, l'intention de l'employeur serait exprimée par sa volonté. Symbole de soumission, de résignation, l'intention du salarié serait exprimée par son consentement.

---

[85] Ainsi, en matière de modification du contrat de travail, l'employeur doit obtenir l'accord du salarié. Celui-ci est donc libre d'accepter ou de refuser. Mais dans cette dernière hypothèse, l'employeur pourra le licencier, en invoquant comme cause réelle et sérieuse le motif de la modification. On ne peut alors sérieusement affirmer que le salarié est parfaitement libre de se prononcer et que cette crainte ne pèse pas sur sa volonté. Voir H. LECUYER, *La modification unilatérale du contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica 1999, p. 47, spéc. p. 52, qui parle de pression indirecte.
Sur la modification du contrat de travail, voir, soulignant à deux reprises le manque de liberté réelle du salarié, C. RADE, *A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique*, Dr. soc. 1999, p. 3 et C. RADE, *Les limites au tout contractuel*, Dr. soc. 2000, p. 828, spéc. p. 831.
Sur un plan plus général, voir par exemple P. WAQUET, *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, RJS 12/96, p. 791 – P. WAQUET, *Le renouveau du contrat de travail*, RJS 5/99, p. 383 - G. COUTURIER, *Pot pourri autour des modifications du contrat de travail*, Dr. soc. 1998, p. 878 - P.-H. ANTONMATTEI, *Les éléments du contrat de travail*, Dr. soc. 1999, p. 330 - P. MOUSSY, *Les motifs personnels de la modification substantielle du contrat de travail*, Dr. ouv. 1996, p. 49 - P. MOUSSY, *Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du "renouveau" du contrat de travail)*, Dr. ouvr. 1999, p. 1.

[86] M.-A. FRISON-ROCHE, *Rapport de synthèse*, RJCom., n° spécial, nov. 1995, p. 151.

Mais point n'est besoin d'une longue analyse pour constater que cette proposition de distinction n'a rencontré aucun écho significatif en droit du travail, pas plus en doctrine[87] qu'en jurisprudence[88]. Non seulement le droit du travail utilise le terme *consentement* comme pouvant signifier à la fois la rencontre des consentements, des volontés, et la manifestation de volonté de chaque partie, mais en aucun cas, dans cette dernière hypothèse, le terme *consentement* ne paraît être réservé au salarié, et celui de *volonté* à l'employeur. La subordination de la volonté du salarié ne se transcrit pas dans les termes utilisés.

22. - Nous n'approfondirons pas ces développements, très exploratoires, sur les connotations de liberté ou de contrainte attachées à telle ou telle notion. Il ne nous apparaît pas nécessaire de mettre en oeuvre cette distinction, d'une part, parce que sa délimitation précise apparaît floue[89], d'autre part, parce qu'il semble préférable, dans le cadre de cette étude, d'utiliser un vocable unique dont les caractéristiques, bien évidemment influencées par le lien de subordination du salarié et par le pouvoir de l'employeur, pourront alors être plus utilement mises en valeur. Enfin, et surtout, le terme *consentement* ne nous semble pas du tout adapté.

En effet, même si le terme *consentement* rencontre les faveurs générales, il apparaît que notre sujet requiert l'utilisation du terme *volonté*, et ce pour deux raisons principales tenant au champ d'application de l'étude.

---

[87] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 272, p. 302, qui évoquent l'échange des consentements puis la rencontre des volontés.
Voir de même G. COUTURIER, *Droit du travail, 1. Les relations individuelles de travail*, PUF, 3° éd. 1996, n° 69, p. 147, qui rappelle l'exigence du consentement puis de la volonté des parties, et B. TEYSSIE, *Droit du travail, 1-Relations individuelles de travail*, Litec, 2° éd. 1992, n° 441-442, p. 237, selon lequel le consentement doit exister (n° 441) et la volonté exprimée être exempte de vices (n° 442).

[88] Par exemple, dans le cadre de la modification du contrat de travail, les magistrats s'attacheront à caractériser le caractère clair et non équivoque de la *volonté du salarié* (Cass. soc. 18 mars 1992, RJS 5/92, n° 407, p. 239).
En ce qui concerne l'employeur, voir par exemple Cass. soc. 16 février 1999, RJS 4/99, n° 468, p. 293 ; Dr. soc. 1999, p. 396, obs. B. GAURIAU ; Rev. trim. dr. civ. 1999, p. 419, obs. P.-Y. GAUTIER, qui analyse l'intégrité du *consentement de l'employeur* dans la conclusion du contrat de travail.

[89] Comment ne pas remarquer qu'un salarié, cadre dirigeant, et un salarié, employé à des tâches automatiques et facilement remplaçable, ne sont pas dans la même situation socio-économique ? Estimer que tout salarié exprime un consentement, avec une connotation de contrainte, serait trop rigide. Il faudrait nuancer, ce qui fait perdre beaucoup de son intérêt à cette distinction.
Voir A. SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, Dr. soc. 2000, p. 131.

En premier lieu, cette étude concerne l'acte juridique en général et, par conséquent, à la fois les actes juridiques multilatéraux et les *actes juridiques unilatéraux*. Il n'a en effet été envisagé jusqu'à présent que la rencontre des volontés ou la manifestation de volonté dans une convention. Or, l'acte juridique unilatéral nécessite la volonté de son auteur, comme tout acte juridique, mais sans que celle-ci n'ait à s'unir avec la volonté d'une autre personne[90]. Ainsi, la démission, acte unilatéral, prend effet dès lors que le salarié a exprimé sa volonté de résilier son contrat de travail[91]. Le terme générique de *consentement* apparaît alors particulièrement mal approprié. Il n'en demeure pas moins que la doctrine évoque à ce sujet le consentement de l'auteur de l'acte unilatéral[92], et la jurisprudence, tant civile que travailliste, semble n'accorder aucune importance à ce problème[93].

Pourtant, si l'on se réfère au sens étymologique du terme *consentement*, il ne doit désigner que la manifestation de volonté destinée à rencontrer une autre manifestation de volonté lors de la formation d'une convention. L'utilisation de ce terme pour désigner la rencontre des volontés est de ce fait déjà contestable, sans omettre que l'emploi d'un terme à deux significations nuit inévitablement à la clarté de l'exposé. En outre, il ne paraît guère justifiable, malgré la pratique, de parler du consentement de l'auteur d'un acte juridique unilatéral. La notion de volonté est à cet égard bien plus pertinente[94].

---

90 J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 4, *Les obligations*, PUF 21° éd. 1998, n° 14, p. 45 - F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil*, *Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 46, p. 52 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 489, p. 358 - J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949 - R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préf. d'A. Lyon-Caen, LGDJ 1996, Bibl. dr. privé, t. 254.

91 Cass. soc. 27 novembre 1968, Bull. civ. V, n° 533, p. 443.

92 J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 492, p. 361.

V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Association H. Capitant*, PUF, 6°éd. 1996, *v° consentement* : « *4. Par extension, la volonté de l'auteur d'un acte unilatéral* ».

Des auteurs critiquent cet emploi du terme consentement mais s'y résignent au vu notamment de la jurisprudence : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préface de A. Lyon-Caen, LGDJ 1996, Bibl. dr. privé, t. 254, n° 218, p. 193 - F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil*, *Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 197, p. 194, note 1 sur l'expression *vice du consentement* appliquée à l'acte unilatéral.

93 V. par exemple Cass. soc. 8 juillet 1980, Bull. civ. V, n° 618, p. 462 : la Cour d'appel n'a pas caractérisé un vice du consentement du salarié lors de sa démission.

94 F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil*, *Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 197, p. 194, note 1, qui évoquent les vices de la volonté à propos de l'acte juridique en général.

Voir également A. VALLEE, *Le consentement dans le contrat de travail (Etude de droit comparé)*, th. Paris 1930, qui utilise indifféremment les expressions *vice de la volonté* et *vice du consentement.*

En second lieu, la notion de volonté est la seule étudiée dès lors qu'il s'agit d'approcher la *théorie générale de l'acte juridique*. La notion de consentement semble alors restreinte à une question de régime, celle de la détermination et de l'intégrité de cette volonté[95]. Or, la volonté dans la formation de l'acte juridique pose également la question de son rôle[96]. Il apparaît donc préférable de ne pas évoquer le consentement, celui-ci n'étant que l'espèce d'un genre plus vaste : la volonté[97].

C'est pourquoi nous avons choisi, dans une optique de rigueur et de clarté, et pour mieux rendre compte de l'ampleur du sujet traité, d'utiliser et de généraliser l'emploi du terme *volonté*[98].

23. - Etudier la volonté dans la formation de l'acte juridique en droit du travail consiste à s'interroger sur la manière dont le droit du travail appréhende cette notion de volonté dans ses rapports avec le mécanisme de formation de l'acte juridique.

Le rôle de la jurisprudence est primordial dans la résolution de cette problématique, comme il l'est de manière générale en droit du travail[99]. Nous attribuons au terme *jurisprudence* sa définition généralement admise, c'est-à-dire « *un ensemble d'interprétations de textes, de qualifications, de règles décrites et appliquées ou implicitement consacrées par des décisions, dont la régularité ou l'autorité de la juridiction qui en est l'auteur permet*

---

[95] F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 84, p. 96 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 129, p. 87.

[96] A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961.

[97] T.R. IONASCO, *De la volonté dans la formation des contrats*, in *Rec. d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. 2, Sirey 1934, p. 368, spéc. p. 374. Sur la définition de la volonté, *cf. supra* n° 5.

[98] Sauf évidemment lorsque nous rendrons compte de textes ou de décisions employant le terme *consentement*.

[99] B. BOUBLI, *Le juge, la norme et le droit du travail*, in *Les sources du droit du travail*, sous la direction de B. Teyssié, PUF 1998, p. 29, spéc. n° 14, p. 30 : la Cour de cassation a « *un rôle prépondérant tant dans l'application que dans l'évolution de la norme* » - P. LANGLOIS, *La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail*, D. 1997, chron. p. 45 – P.-H. ANTONMATTEI, *Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, in *Mélanges C. Mouly*, Litec 1998, t. 1, p. 3 – J. DEPREZ, *La Cour de cassation*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 169.
Voir, sur un point plus précis, C. RADE, *L'autonomie du droit du licenciement (brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions)*, Dr. soc. 2000, p. 178, spéc. p. 182, qui évoque le « *formidable mouvement d'autonomisation du droit du travail, auquel la Cour de cassation contribue puissamment* » (c'est nous qui soulignons).

de pronostiquer la réitération »[100]. En outre, notre champ d'investigation a inclus l'ensemble du contentieux[101] auquel il a été possible d'avoir accès : les arrêts de la Cour de cassation commentés ou au moins mentionnés dans les différentes publications[102], les arrêts figurant dans les banques informatiques de données[103], mais également - éclairage indispensable de ces décisions - ceux rendus par les juges du fond répertoriés dans la banque de données Juris-data et surtout dans celle élaborée par le CERIT[104].

En effet, ces arrêts peuvent être précurseurs de certains changements[105] ou le signe d'une résistance des juges du fait à l'orientation donnée par la Cour de cassation[106]. Certes, si les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation des faits, la Cour de cassation reste juge de la qualification[107]. Mais globalement, les décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation sont relativement rares en ce qui concerne la volonté. Une vision plus complète du contentieux, et par conséquent une analyse plus fine de la jurisprudence, seront alors fournies par l'examen de ces décisions des juges du fond. L'intérêt de s'y référer apparaîtra

---

100 J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 62, p. 62.

101 Sur la distinction entre jurisprudence et contentieux, voir notamment E. SERVERIN, A. JEAMMAUD, *Concevoir l'espace jurisprudentiel*, Rev. trim. dr. civ. 1993, p. 91 - E. SERVERIN, *Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice*, Droit et Société, 25/1993, p. 339.
Voir également A. JEAMMAUD, *L'état du contentieux judiciaire social*, Dr. soc. 1993, p. 445 - A. JEAMMAUD, A. VENNIN, *Le contentieux du travail à partir et au-delà des chiffres*, Droit et Société 1993, n° 25, p. 395 - A. MAZEAUD, *Regard sur une « Actualité jurisprudentielle »*, Dr. soc. 1999, p. 279.

102 M. VERICEL, *La publication des décisions de justice en droit du travail*, Dr. soc. 1997, p. 108.

103 Telles que le Juridisque Lamy Cassation ou celle établie par le CERIT, Centre d'Etude et de Recherche de l'Institut du Travail de l'Université Nancy 2. Ce système spécifique de traitement informatisé de la jurisprudence issue des chambres sociales d'un grand nombre de Cours d'appel et de la Cour de cassation nous permettra d'accéder à de nombreux arrêts inédits qui, lorsqu'ils seront mobilisés dans cette thèse, seront identifiés sous le sigle CERIT.
Une copie du texte intégral de ces décisions peut être obtenue auprès du CERIT, 138 av. de la Libération, BP 3409, 54015 Nancy Cedex.

104 *Cf. supra* note précédente.

105 C'est ainsi par exemple, que la nécessité pour l'employeur d'établir un plan social dès lors qu'il propose à au moins dix salariés une modification de leur contrat de travail a été remarquée par les commentateurs dès la décision de la Cour d'appel : CA Versailles 23 juin 1995 ; 12 janvier 1996, RJS 4/96, n° 393, p. 236.
Sur la justification des travaux des ateliers régionaux de jurisprudence, voir P. MAISTRE DU CHAMBON, V. LARRIBAU-TERNEYRE, S. BORIES, X. HENRY, *Où trouver la jurisprudence ?*, D. 2000, chron. p. 197.

106 F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 240, p. 227, à propos des liens entre la dépendance économique et le vice de violence. *Cf. infra* n° 471.

107 P. WAQUET, *Les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dr. soc. 1998, p. 62.

notamment lorsque, sur certains points précis, la Cour de cassation n'a encore jamais eu l'occasion de se prononcer.

24. - C'est dans le but d'établir les liens entre la volonté et la formation de l'acte juridique en droit du travail qu'est entreprise cette étude. Il s'agit, en d'autres termes, de déterminer comment le droit du travail appréhende le rôle de la volonté et les règles régissant cette volonté dans la formation de l'acte juridique. Conciliant en permanence une approche contractuelle et une approche institutionnelle, le droit du travail obéit à une logique propre. Important des règles issues d'autres branches du droit, tout en sécrétant ses propres règles, il a développé des institutions, des mécanismes cardinaux[108], sur l'articulation desquels repose l'ordonnancement des relations de travail. Le droit du travail s'est ainsi constitué une rationalité propre[109], et dont il va tenter d'assurer la cohérence et surtout la consolidation et l'efficacité.

Il est dès lors inévitable que cette rationalité propre s'étende au *régime* de la volonté, s'inscrivant en cela dans le mouvement général d'*autonomie* du droit du travail. Cet aspect de l'appréhension par le droit du travail de la volonté dans la formation de l'acte juridique est le plus visible. Mais la logique propre au droit du travail produit également un impact sur la *théorie générale de l'acte juridique*, quant au *rôle* de la volonté dans sa formation. Moins étudié par les auteurs, peut-être parce qu'il n'apparaît pas de prime abord au grand jour, ce second aspect de l'originalité du droit du travail en cette matière se situe en amont par rapport au premier. Il a trait en effet à la conceptualisation même de l'acte juridique.

25. - L'*autonomie* est classiquement définie comme « *le droit de se gouverner par ses propres lois* »[110]. C'est en ce sens qu'est utilisé ce terme dans la doctrine de l'autonomie de la volonté[111] : la volonté de l'individu détermine librement les conditions et les effets des actes juridiques.

---

[108] Pour une analyse de ces institutions ou mécanismes cardinaux, voir A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, chron. p. 359, spéc. n° 8 s., p. 360 s., qui distinguent le contrat de travail, les pouvoirs patronaux, les procédés de défense des intérêts, la négociation collective et l'intervention publique.

[109] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 194. Cette rationalité matérielle (concrète) s'oppose à la rationalité formelle (abstraite) héritée du droit civil.

[110] Le petit Robert, éd. 1993, *v° autonomie*. Ce terme vient du grec *autonomos*, « *qui se régit par ses propres lois* ».

[111] E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit civil, Etude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon 1912 - V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et*

L'idée d'autonomie d'un droit signifie dès lors que ce droit s'est constitué ses propres règles, son propre système normatif cohérent[112]. Cette autonomie transcrit alors une originalité profonde, matérielle, de ce droit, qui dépasse par exemple la simple existence de juridictions spécialisées[113]. Par conséquent, si l'autonomie exprime une cohérence propre des règles de droit, elle implique également, inévitablement, une rupture avec un ensemble de règles obéissant à une rationalité différente. Un ensemble est autonome par rapport à un autre ensemble. Plus précisément, une branche du droit est autonome par rapport à une autre branche du droit[114].

Parler de l'autonomie du droit du travail revient ainsi à examiner s'il ne constitue pas, en soi, un système normatif cohérent capable de « *se structurer autour de principes juridiques fondamentaux susceptibles de se substituer aux règles issues du droit civil* »[115]. Il est alors indispensable de préciser la place du droit du travail dans l'ordre juridique.

26. - La question de l'autonomie du droit du travail se pose, de manière chronique, vis-à-vis du droit civil. L'idée d'autonomie d'une branche du droit par rapport au droit civil a également été formulée au bénéfice du droit commercial[116] et plus récemment à propos notamment du droit aérien[117], du droit de la concurrence[118] ou encore du droit de la

---

évolution d'un concept, Travaux et Recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, PUF 1980.

[112] Un auteur préfère le concept d'*harmonie* à celui de *cohérence* de la branche du droit, car celui-ci « *apparaît davantage comme un mythe que comme un but réalisable* » (J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation, le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th. Paris I 1999, spéc. n° 296, p. 221). L'harmonie « *consiste en ce que l'ensemble des règles qui constituent le système ont une inspiration commune, sont pénétrées d'un même esprit qui se manifeste par la concordance des solutions* » (C. HUBERLANT, *Antinomie et recours aux principes généraux*, in *Les antinomies en droit*, C. Perelman (Dir.), Bruxelles, éd. Bruylant 1965, p. 204, spéc. p. 233).

[113] J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation, le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th. Paris I 1999, spéc. n° 305 s., p. 229 s.

[114] Par branche, nous entendons « *un des sous-ensembles de règles identifiables au sein du droit de la République française* » (A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, chron. p. 359, spéc. n° 1, p. 359).
Voir aussi N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, th. Strasbourg III 1998, n° 828, p. 523 qui définit la branche du droit « *comme un ensemble, entendu comme un regroupement caractérisé par des critères d'application objectifs et par l'existence d'un droit commun propre* », ainsi que J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation, le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th. Paris I 1999, spéc. n° 8 s., p. 7 s.

[115] C. RADE, *Droit social et responsabilité civile*, Dr. soc. 1995, p. 495, spéc. p. 501.

[116] DELAMARRE et LE POITEVIN, *Traité théorique et pratique de Droit commercial*, éd. Ch. Hingray, 1861, Tome 1, n° 19-24, p. 37 s., et spéc. n° 23 p. 48 - J. VAN RYN, *Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial*, Rev. trim. dr. com. 1953, p. 565.

[117] M. DE JUGLART, *Le droit aérien actuel est-il un droit autonome ?*, D. 1954, chron. p. 117.

consommation[119]. Mais c'est sans doute en droit du travail qu'elle a donné lieu aux débats les plus vifs et les plus passionnés. En 1945 déjà, P. DURAND souhaitait cette libération du droit du travail[120]. D'éminents auteurs ont ensuite poursuivi cette quête, notamment M. CAMERLYNCK[121] et M. G. LYON CAEN[122].

27. - Il faut avant tout préciser que certains auteurs ont préféré invoquer le *particularisme* du droit du travail[123] plutôt que son autonomie, mais cette notion n'apporte pas grand chose tant il paraît évident qu'une branche du droit appelée à régir une activité spécifique, telle que la relation de travail, est par là-même particulière[124]. Surtout, cette qualification ne renseigne pas sur la capacité de cette branche du droit à s'affranchir des règles civilistes ni du degré de cet affranchissement[125]. Au contraire, par sa force de suggestion plus grande[126], la notion d'autonomie place mieux en

---

118 F. DREIFFUS-NETTER, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Rev. trim. dr. civ. 1990, p. 369 - J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation, le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th. Paris I 1999 - E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, th. Paris X 1994.

119 L. BIHL, *Vers un droit de la consommation*, Gaz. Pal. 1974, 2, Doctr. p. 754 - D. ARLIE, *Du particularisme du droit de la consommation et de ses limites*, RJDA 1/00, p. 3 - J. ROBICHEZ, précitée.

120 P. DURAND, *Le particularisme du droit du travail*, Dr. soc. 1945, p. 298. Voir également M. DUVERGER, *Essai sur l'autonomie du droit professionnel*, Dr. soc. 1944, p. 276 et Dr. soc. 1945, p. 20.

121 G.-H. CAMERLYNCK, *L'autonomie du droit du travail (la prescription abrégée de la créance de salaire)*, D. 1956, chron. p. 23 - G.-H. CAMERLYNCK, *L'allergie du droit du travail à la notion civiliste de* dies incertus, in *Etudes offertes à A. Brun*, 1974, p. 101.

122 G. LYON-CAEN, *Faut-il refaire le Code du travail ?*, D. 1966, chron. p. 33 - G. LYON-CAEN, *Anomie, autonomie et hétéronomie du droit du travail*, in *Mélanges P. Horion 1972, p. 173* - G. LYON-CAEN, *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail (Première approche)*, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 229 : « *de fait, l'élaboration d'un droit du travail autonome requiert, préalablement, un abandon de quelques termes et de quelques notions mécaniquement transposées : consentement, parties, obligations réciproques, synallagmatisme, résolution judiciaire, faute contractuelle* ». C'est nous qui soulignons.

123 P. DURAND, *Le particularisme du droit du travail*, Dr. soc. 1945, p. 298.
A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, chron. p. 359, spéc. n° 5, p. 360 - A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Domat 2° éd. 2000, n° 29, p. 15.

124 C. SAINT-DIDIER, *Droit du travail et droit des obligations, Etude d'une opposition*, th. Aix-Marseille III, 1996, p. 339 s. - F. GENY, *Le particularisme du droit fiscal*, Rev. trim. dr. civ. 1931, p. 797, spéc. p. 800.

125 P. DURAND, *Le particularisme du droit du travail*, Dr. soc. 1945, p. 298.

126 P. DURAND, *Le particularisme du droit du travail*, Dr. soc. 1945, p. 298 : « *Un premier mouvement s'est produit. L'ensemble des règles sur le travail dépendant a formé une discipline distincte faisant l'objet du cours de législation industrielle. Puis, la séparation est devenue plus complète. Le droit du travail se détache du droit civil et s'érige en un système juridique indépendant. (...) C'est en ce sens que l'on pourrait parler d'une autonomie du droit du travail. Dans une terminologie rigoureuse, l'expression n'est cependant pas exacte. Aucune branche du droit ne peut se construire isolément ; aucune n'est complètement autonome au sein de l'ordre*

exergue la rupture du droit du travail avec les règles de droit commun, et l'originalité profonde des institutions et mécanismes que s'est forgés le droit du travail. C'est pourquoi il semble plus pertinent d'employer le qualificatif d'*autonome*[127], même s'il faut immédiatement le nuancer.

28. - Cette autonomie doit en effet être relativisée car il est rigoureusement impossible d'affirmer que le droit du travail est totalement autonome, tant il apparaît intégré dans le système juridique d'ensemble. Le droit du travail est ainsi issu du Code civil, plus particulièrement de l'article 1780[128]. D'un autre côté, sa filiation avec le droit constitutionnel est aujourd'hui éclatante[129]. De même, des dispositions du droit pénal et du droit administratif trouvent à s'y appliquer[130], sans oublier les normes d'origine communautaire ou internationale primant les règles de droit étatiques[131].

---

juridique. Le terme de particularisme est plus juste. Mais, si celui d'autonomie devait avoir une force de suggestion plus grande, et prendre par un aspect plus tranchant, une valeur de manifeste, mieux vaudrait payer de l'imprécision du terme la conquête de l'idée, et libérer plus tôt le droit du travail ». C'est nous qui soulignons.

127 Il faut garder à l'esprit le fait qu'il ne « *paraît pas opportun d'accorder une valeur scientifique aux termes en cause* » (J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation, le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th. Paris I 1999, n° 9, p. 9), qu'il s'agisse d'autonomie ou de particularisme. Il s'agit d'un choix plutôt idéologique.

128 Inclu dans une section intitulée *Du louage des domestiques et ouvriers.* Il existait également un article 1781 qui sera abrogé dès 1868.

129 Voir par exemple, sur la constitutionnalisation du droit du travail, J. ROBERT, *Droit social et Libertés publiques*, in *Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation 1938-1998*, La doc. franç. 2000, p. 7. - J.-M. VERDIER, *En guise de manifeste : le droit du travail terre d'élection pour les droits de l'Homme*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF 1992, p. 427 s. - F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 97 - X. PRETOT, *Les bases constitutionnelles du droit social*, Dr. soc. 1991, p. 187 - A. JEAMMAUD, *Le droit constitutionnel dans les relations de travail*, AJDA 1991, p. 612 - X. PRETOT, *Les sources du droit du travail au regard du droit public*, in *Les sources du droit du travail* (B. Teyssié dir.), PUF 1998, p. 150.
Voir de manière plus générale L. FAVOREU, *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les différentes branches du droit*, in *Etudes en l'honneur de L. Hamon*, Economica 1982, p. 235 – L. FAVOREU, *La constitutionnalisation du droit, in Mélanges offerts à R. Drago*, Economica 1996, p. 25 - N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Préf. M. Gobert, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv., t. 287 - A. SAUVIAT, *Emergence et mérites de la constitutionnalisation du droit privé,* Petites Affiches n° 214, 26 octobre 2000, p. 9.

130 J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 47, p. 46 - J.-L. CROZAFON, *L'emprunt de techniques de droit administratif par le droit du travail*, th. Paris I, 1984. Sur les logiques propres au droit public appliquées au licenciement, voir par exemple X. LAGARDE, *La nature juridique de la cause de licenciement*, JCP 2000, I, 254.

131 Voir par exemple G. et A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, 8° éd. 1993 – J.-J. OECHSLIN, *Les employeurs et les normes internationales du travail,* in *Mélanges en l'honneur de N. Valticos*, Pédone 1999, p. 585 - J.-M. VERDIER, *L'apport des normes de l'OIT au droit français du travail*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 51 – A. JEAMMAUD, *Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail*, Dr. soc. 1986, p. 399 – P. RODIERE, *Construction européenne et droit*

D'ailleurs, l'idée d'autonomie d'un droit est elle-même contestée[132] et doit être nuancée, un auteur ayant à cet égard remarqué qu'elle « *doit servir à expliquer que ce droit puisse s'affranchir des règles nées dans d'autres droits. De l'autonomie doit pouvoir se déduire l'exclusion ou au moins le filtrage de règles venues d'ailleurs en fonction de la logique interne de la discipline considérée* »[133]. De nombreux auteurs, même parmi les partisans d'une autonomie du droit du travail, s'accordent pour estimer que l'idée d'une autonomie totale du droit du travail est utopique, irréaliste[134].

Si le droit du travail comporte des institutions cardinales spécifiques, il emprunte de nombreux éléments à d'autres branches du droit. L'analyse juridique ne peut pas être compartimentée, les divisions du droit sont loin d'être hermétiques[135]. Ce n'est alors qu'une autonomie relative[136] que l'on peut réellement évoquer, traduisant la tendance, non exclusive, du droit du travail à sécréter ses propres règles et à s'approprier des règles issues d'autres branches du droit.

29. - Puisque s'interroger sur l'autonomie du droit du travail revient à comparer ce droit spécial avec d'autres règles de droit, il apparaît que l'étude d'une branche du droit, quel que soit son degré d'autonomie, est indissociable de celle du *droit commun*[137]. Ce sont des « *concepts-liés* », dans le sens où « *les droits spéciaux définissent* en creux *le droit commun, ce dernier ayant une vocation résiduelle* »[138].

---

du travail, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 33.

[132] C. SAINT-DIDIER, *Droit du travail et droit des obligations, Etude d'une opposition*, th. Aix-Marseille III, 1996, p. 337 s.

[133] F. GRUA, *Les divisions du droit*, Rev. trim. dr. civ. 1993, p. 59, spéc. p. 65.

[134] J.-J. DUPEYROUX, *Avant-propos, Droit civil et Droit du travail : l'impasse*, Dr. soc. 1988, p. 371, spéc. p. 373 : « *Les controverses toujours recommencées sur l'autonomie réelle du droit du travail au regard du droit civil, sur la frontière qui sépare ou devrait séparer leurs domaines respectifs sont artificielles, irréalistes* » - G. LYON-CAEN, *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail (Première approche)*, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 229, spéc. p. 230 : l'auteur fait remarquer que les institutions du droit civil « *expriment l'environnement juridique du droit social en même temps que l'infrastructure elle-même. Un affranchissement complet ferait sombrer le droit du travail dans le dénuement et la misère, ou dans ce que le rapport 1972 de la Cour de cassation appelle : le vide juridique* ».

[135] F. GRUA, *Les divisions du droit*, Rev. trim. dr. civ. 1993, p. 59.

[136] F. GEA, *Heurs et malheurs de la résiliation judiciaire en droit du travail*, in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, C. Marraud, F. Kessler, F. Géa (Dir.), PUS 2000, p. 497, spéc. p. 499.

[137] J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation, le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th. Paris I 1999, n° 2, p. 2.

[138] B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, th. Bordeaux 1986, spéc. n° 27, p. 59.

La notion de droit commun peut avoir plusieurs significations[139]. Exprimant un lien de *filiation*, elle désigne tout d'abord le droit privé, père du droit du travail[140], et plus particulièrement le droit des obligations[141], surtout en ce qui concerne les règles relatives à l'acte juridique. Toutefois, cette appellation n'est pas figée[142] et elle ne devrait pas être réservée au seul droit des obligations, mais au contraire elle peut désigner toute branche du droit qui sert de référence à une autre branche du droit affiliée à la première[143]. C'est ainsi qu'il a pu être avancé qu'à certains égards, le droit du travail était devenu le droit commun du droit de la sécurité sociale[144].

Par ailleurs, cette dénomination peut également indiquer, outre une référence à une autre branche du droit, une fonction *à l'intérieur d'une même branche*. Il s'agit alors d'un concept ou d'un régime de référence vers lequel il faut se tourner lorsque des règles plus spécifiques n'ont pas été respectées. C'est ainsi que les articles 1713 et suivants du Code civil constituent le droit commun du louage de choses, auquel il faut se référer lorsque des législations plus spécifiques (loi du 6 juillet 1989 par exemple) ne sont pas applicables[145]. Le droit des obligations, droit commun au premier sens du terme, génère en lui-même un droit commun, et par conséquent un droit spécial, au second sens du terme. Il en va de même en droit du travail, par exemple pour le contrat de travail à durée indéterminée, contrat de droit commun. Il peut donc exister, en quelque sorte, un droit commun du droit spécial[146]. Lorsque cette seconde acception du droit

---

139 Pour une vision historique, voir P. MALAURIE, *La pensée juridique du droit civil au XX° siècle*, JCP 2001, p. 9, note 1 et les références citées. Ainsi, en droit romain, le droit commun désignait le droit universel par opposition aux particularismes des droits locaux.

140 C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préface de J. Hauser, LGDJ 1997, Bibl. dr. privé, t. 282, n° 1, p. 1. Voir, parmi les premiers auteurs à avoir défini le droit du travail par rapport au droit commun, J. DABIN, *Droit de classe et droit commun, quelques réflexions critiques*, in *Mélanges E. Lambert*, 1938, t. 3, p. 66.

141 Voir C. SAINT-DIDIER, *Droit du travail et droit des obligations, Etude d'une opposition*, th. Aix-Marseille III, 1996. Voir déjà G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol*, Paris, LGDJ 1942, t. 1, n° 32, p. 13.

142 P. LE CANNU, *Existe-t-il une société de droit commun ?*, in *Prospectives du droit économique, dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 247. L'auteur évoque la relativité de la notion technique de droit commun.

143 R. GASSIN, *Lois spéciales et droit commun*, D. 1961, chron. p. 91.

144 J.-J. DUPEYROUX, *Avant-propos, Droit civil et droit du travail : l'impasse*, Dr. soc. 1988, p. 371, spéc. p. 373 - J. BARTHELEMY, *La nécessaire convergence des droits fiscal et de la sécurité sociale*, TPS 7/2000, chron. 12, p. 4.

145 B. GROSS, P. BIHR, *Contrats, t. I, Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, PUF 1993, p. 297 : « *Titre premier : le droit commun du bail* ».

146 P. LE CANNU, *Existe-t-il une société de droit commun ?*, in *Prospectives du droit économique, dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 247 - B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, th. Bordeaux 1986, p. 45 s - A. JEAMMAUD,

commun sera exploitée, nous emploierons explicitement, pour éviter toute confusion, l'expression droit commun du travail.

Dans les autres hypothèses, nous utiliserons la notion de droit commun dans le sens le plus couramment utilisé lorsqu'il s'agit de préciser l'autonomie d'une branche du droit, plus particulièrement ici le droit du travail, c'est-à-dire dans une perspective de filiation de cette branche du droit. Le droit commun désignera dès lors le droit des obligations[147].

30. - Les relations apparaissent en effet privilégiées entre le droit du travail et le droit des obligations, celui-ci étant souvent présenté comme le droit commun auquel le droit du travail doit se référer en cas d'absence de règles spécifiques[148]. Ainsi, l'article L. 121-1 du Code du travail dispose que « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* ». Certes, la portée de ce texte pourrait apparaître relativement limitée car il semble ne concerner que la formation et même plus précisément les seules conditions de forme du contrat de travail[149], ce qui paraît exclure notamment la modification et la rupture de ce contrat, ainsi que tous les autres actes juridiques du droit du travail.

Ce texte est cependant souvent invoqué à l'appui de l'argumentation selon laquelle, lorsque les dispositions du droit du travail ne répondent pas à toutes les questions juridiques surgissant dans sa sphère, il faut faire application du droit commun[150]. C'est évidemment à ce propos que la

---

M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, chron. p. 359, spéc. n° 12, p. 361, pour le CDI, contrat de droit commun.
Voir également C. RADE, *Droit social et responsabilité civile*, Dr. soc. 1995, p. 495, spéc. p. 498, sur la construction progressive d'un droit commun de la rupture des relations contractuelles autour du licenciement - M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK*, t. 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, p. 203 : « *Partie II : le droit commun des conventions et accords collectifs de travail* » - J. MOULY, *Sur le recours au contrat de travail à durée déterminée dans le sport professionnel - le droit commun du travail a-t-il encore un avenir dans le domaine du sport ?*, Dr. soc. 2000, p. 507 (le droit commun du travail est ici constitué par les règles du CDD, par opposition aux hypothèses particulières de CDD dans le sport professionnel).
Pour l'emploi de l'idée de droit commun du travail dans un sens différent, selon lequel le droit du travail a vocation à devenir le droit commun de toutes les relations de travail, salariées ou non, voir A. SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, Dr. soc. 2000, p. 131, spéc. p. 144, et le rapport (A. SUPIOT Dir.), *Au-delà de l'emploi*, Paris, Flammarion 1999, p. 25 s. et p. 295 s.

147 C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préface de J. Hauser, LGDJ 1997, Bibl. dr. privé, t. 282, n° 1 s., p. 1 s.

148 Voir déjà E. LAMBERT, P. PIC, P. GARRAUD, *Les sources et l'interprétation de la législation du travail en France*, Rev. int. trav., t. XIV, 1926, p. 1 à 39.

149 C. RADE, note sous Cass. soc. 20 janvier 1998, D. 1998, p. 350, spéc. p. 353.

150 Voir par exemple J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 47, p. 46.

querelle sur l'autonomie du droit du travail s'est le plus développée. La particularité de ce débat résulte du fait que pour certains auteurs, consacrer l'autonomie du droit du travail par rapport au droit des obligations permettait d'assurer une protection plus efficace aux salariés[151]. Il était en effet soutenu que l'application du droit commun, issu du Code civil d'inspiration libérale, voire « *bourgeoise* »[152], favorisait l'employeur au détriment des salariés[153], qui auraient quant à eux tout intérêt à se voir appliquer des dispositions spécifiques du droit du travail[154]. Cette position apparaît aujourd'hui infondée. Il est en premier lieu discutable de présenter le droit du travail comme un droit exclusivement protecteur des salariés[155], puisqu'il prend également en compte l'intérêt de l'entreprise[156]. Le droit du travail présente en réalité une nature contradictoire, ambiguë[157], dont l'ambivalence, qui s'inscrit dans une perspective historique[158], est toujours

---

Est particulièrement illustratif à cet égard l'expression « *accord de droit commun* » utilisée par la jurisprudence, lorsque les conditions de formation des conventions et accords collectifs n'étaient pas respectées (voir par exemple Cass. soc. 9 mars 1957, 4 arrêts, D. 1958, p. 91, n. J. BRETHE DE LA GRESSAYE ; Dr. soc. 1957, p. 278, concl. M. BLANCHET), et *infra* n° 85.

151 Voir pour un rappel de cette idée, J.-J. DUPEYROUX, *Avant-propos, Droit civil et Droit du travail : l'impasse*, Dr. soc. 1988, p. 371.

152 J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 47, p. 46.

153 On a pu parler du droit ouvrier comme d'une « *législation de classe* » (G. SCELLE, *Le droit ouvrier, Tableau de la législation française actuelle*, A. Colin, 2° éd. 1928) et d'un droit « *conquis sur les barricades* » (A. JEAMMAUD, *Pour une conception matérialiste du droit du travail*, Dr. soc. 1978, p. 337).

154 Voir, pour un exposé de la critique libérale selon laquelle le droit *du* travail serait le principal obstacle au droit *au* travail, G. LYON-CAEN, *Le droit au travail*, in *Les sans-emplois et la loi*, Quimper, éd. Calligrammes 1988, p. 203 - J.-C. JAVILLIER, *Faut-il déréglementer les relations de travail ?*, D. 1995, chron. p. 395. *Adde* A. SUPIOT, *Du bon usage des lois en matière d'emploi*, Dr. soc. 1997, p. 229.

155 Par ailleurs, le concept de droit protecteur serait « *ambigu, trompeur et paternaliste* » (G. LYON-CAEN, *Divagations sur un adjectif qualificatif*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF 1992, p. 345).

156 G. COUTURIER, *L'intérêt de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF 1992, p. 143 – M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise*, RJS 4/00, p. 260 - C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préface de J. Hauser, LGDJ 1997, Bibl. dr. privé, t. 282, n° 5, p. 3 - M. BUY, *Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise : un conflit de logiques*, in *Les droits fondamentaux du salarié face aux intérêts de l'entreprise*, PUAM 1994, p. 9.
Voir également M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ 1957, Bibl. dr. priv., t. 1 – G. et A. LYON-CAEN, *La « doctrine » de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec 1978, p. 610 – A. PIROVANO, *La « boussole » de la société – Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997, p. 189.

157 A. JEAMMAUD, *Introduction*, in F. Collin, R. Dhoquois, P. H. Gouttierre, A. Jeammaud, G. Lyon-Caen, A. Roudil, *Le droit capitaliste du travail*, coll. crit. du droit, PUG 1980, p. 11.

158 G. LYON-CAEN, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, connaissance du droit, 1995.

actuelle[159]. En second lieu, M. COUTURIER a, de manière décisive, apporté la preuve de la *réversibilité* des techniques issues du droit commun[160] qui, par leur abstraction, peuvent jouer en faveur de l'un ou l'autre des contractants, indépendamment de leur position socio-économique[161].

Si aujourd'hui la querelle relative à la détermination de la personne globalement favorisée par l'application en droit du travail de règles issues du droit commun a nettement perdu de sa vigueur[162], la question de cette application même reste posée avec acuité. Le développement d'institutions et de mécanismes propres au droit du travail heurte en effet de plein fouet la nécessité de se référer au droit commun. L'aptitude du droit du travail à se structurer de manière cohérente autour de normes propres, voire à emprunter des logiques issues par exemple du droit public, conduit inévitablement à s'interroger sur la filiation privilégiée entre le droit du travail et le droit des obligations.

31. - Il existe de nombreuses illustrations du recours par le droit du travail au droit commun. Ainsi, l'article 1134 du Code civil est au centre des règles relatives à la modification du contrat de travail, qui reposent sur la distinction entre la sphère contractuelle et le pouvoir de direction. C'est par cette référence à la force obligatoire du contrat que l'on a pu parler de renouveau du contrat de travail[163]. Mais le droit du travail a également démontré sa capacité à modifier voire rejeter les règles issues du droit

---

159 Voir par exemple B. BOSSU, *La réduction du temps de travail à 35 heures : mythes et réalités*, D. 2000, chron. p. 43.

160 G. COUTURIER, *Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues*, D. 1975, chron. p. 151 s. et 221 s.

161 A. JEAMMAUD, *La résiliation judiciaire du contrat de travail face au droit du licenciement*, D. 1980, chron. p. 47, spéc. p. 49 - G. PICCA, *Droit civil et droit du travail : contraintes et légitimité*, Dr. soc. 1988, p. 426 - D. MAZEAUD, *Les clauses pénales en droit du travail*, Dr. soc. 1994, p. 343.
Ce constat permettra même de conclure que le droit civil est, « *dans certains domaines, plus protecteur du salarié* » : J.-E. RAY, *Avant-propos. Nouvelles technologies, nouveau droit du travail ?*, Dr. soc. 1992, p. 519, spéc. p. 521. V. également J. MESTRE, *L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats*, Dr. soc. 1988, p. 405.

162 G. COUTURIER, *Les relations entre employeurs et salariés en droit français*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, LGDJ 1996, Bibl. dr. priv., t. 261, p. 143.

163 Voir par exemple P. WAQUET, *Le renouveau du contrat de travail*, RJS 5/99, p. 383 - G. COUTURIER, *Pot pourri autour des modifications du contrat de travail*, Dr. soc. 1998, p. 878 - P.-H. ANTONMATTEI, *Les éléments du contrat de travail*, Dr. soc. 1999, p. 330 - P. MOUSSY, *Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du "renouveau" du contrat de travail)*, Dr. ouvr. 1999, p. 1 - C. RADE, *Les limites au tout contractuel*, Dr. soc. 2000, p. 828 – C. RADE, *Haro sur le contrat*, Dr. soc. 2001, p. 514.

commun[164]. Il en est ainsi des règles de la responsabilité civile qui subissent une inflexion particulière[165]. De même, l'actualité jurisprudentielle donne des exemples significatifs de mise à l'écart par le droit du travail des techniques civilistes de rupture du contrat de travail[166]. La résiliation amiable comme l'action en résolution ont ainsi tendance à être clairement rejetées[167], au profit des modes de rupture propres au droit du travail[168].

La place respective dans le rapport d'emploi des règles propres au droit du travail et de celles issues du droit commun reste donc encore à définir. Comme l'a écrit M. PELISSIER, « *les praticiens doivent savoir quand la règle de droit civil peut être utilement invoquée à propos du contrat de travail et quand, au contraire, elle doit être exclue du débat. D'un point de vue plus général, le juriste ne peut accepter que le juge applique ou exclue le droit civil au gré des événements et selon les résultats qu'il veut obtenir ; un tel comportement n'a pas pour effet, comme on feint*

---

164 Voir d'un point de vue général, J. PELISSIER, *Droit civil et contrat individuel de travail*, Dr. soc. 1988, p. 387 - P. LANGLOIS, *Droit civil et contrat collectif de travail*, Dr. soc. 1988, p. 395.

165 C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préface de J. Hauser, LGDJ 1997, Bibl. dr. privé, t. 282.

166 Sur cette tendance générale, voir C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préface de J. Hauser, LGDJ 1997, Bibl. dr. privé, t. 282, n° 187 s., p. 118 s.

167 Ce rejet était déjà acquis pour les salariés protégés : Cass. ch. mixte 21 juin 1974 (Perrier), D. 1974, p. 593, concl. A. TOUFFAIT (à propos de la résiliation judiciaire, voir J. MOULY, *La fraude à la loi en droit du travail, contribution à la théorie générale de la fraude*, th. Limoges 1979, p. 291 s.) - Cass. crim. 26 novembre 1985, Bull. crim., n° 379 (rupture amiable).
Il s'étend aujourd'hui aux salariés ordinaires :
Voir, pour les ruptures d'un commun accord, Cass. soc. 29 juin 1999, JCP 1999, éd. E, p. 2069, n. J. SAVATIER, voir C. RADE, *L'autonomie du droit du licenciement (brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions)*, Dr. soc. 2000, p. 178 - Cass. soc. 4 janvier 2000, D. 2000, p. 265, n. C. RADE.
D'un point de vue général, voir J. SAVATIER, *La résiliation amiable du contrat de travail*, Dr. soc. 1985, p. 692 - R. VATINET, *Le* mutuus dissensus, Rev. trim. dr. civ. 1987, p. 252 - J. PELISSIER, *Le recours à la négociation individuelle : les accords de rupture des contrats de travail*, Dr. soc. 1987, p. 479 - F. WASSMER, *La rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée*, in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, C. Marraud, F. Kessler, F. Géa (Dir.), PUS 2000, p. 475.
Voir, à propos de la résiliation judiciaire, Cass. soc. 22 février 2000, Dr. soc. 2000, p. 441, n. J. MOULY. Voir déjà Cass. soc. 15 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 836, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; D. 1999, jurisp. P. 623, n. C. RADE - Cass. soc. 9 mars 1999, D. 1999, p. 365, n. C. RADE ; JCP 1999, éd. E, p. 1200, n. J. MOULY - Cass. soc. 20 janvier 1998, D. 1998, p. 350, n. C. RADE ; JCP 1998, II, 10081, n. J. MOULY. Ce principe du rejet de la résiliation judiciaire est maintenant explicitement consacré en jurisprudence, voir Cass. soc. 13 mars 2001, RJS 5/01, n° 596, p. 417.
D'un point de vue général, voir I. DAUGAREILH, *La résolution judiciaire du contrat de travail*, Dr. soc. 1992, p. 805 - A. JEAMMAUD, *La résiliation judiciaire du contrat de travail face au droit du licenciement*, D. 1980, chron. p. 47 - F. GEA, *Heurs et malheurs de la résiliation judiciaire en droit du travail*, in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, C. Marraud, F. Kessler, F. Géa (Dir.), PUS 2000, p. 497.

168 Cass. soc. 30 mai 2000, D. 2000, p. 805, n. J. MOULY ; Dr. soc. 2000, p. 785, n. G. COUTURIER.

quelquefois de le croire, de donner une certaine plasticité à la règle juridique : il nie en réalité, l'existence de celle-ci »[169].

32. - L'appréhension par le droit du travail de la notion de volonté dans la formation de l'acte juridique s'inscrit bien dans cette optique des relations entre un droit commun et une branche de droit relativement autonome. Dans ce cadre de la formation de l'acte juridique, c'est la référence au droit des obligations, droit commun, qui s'impose logiquement[170]. Il en va ainsi en ce qui concerne le régime de la volonté, c'est-à-dire les caractéristiques que doit présenter la volonté pour qu'un acte juridique se forme. Celle-ci doit en effet être à la fois déterminée, quant à son existence et quant à son extériorisation, et intègre, puisqu'elle doit être libre et éclairée[171]. Sur ces différents points, le droit des obligations a élaboré un régime complet[172].

Or, l'opposition de nature entre les prérogatives hiérarchiques de l'employeur sur le salarié et la conception égalitaire imprégnant le Code civil, devait inévitablement conduire le droit du travail à prendre ses distances avec le droit commun[173]. Le droit des obligations restant le droit commun, il est présent « *en creux* ». Il convient donc de mettre plus particulièrement en exergue les transformations qu'il subit. Ces différentes transformations sont notables, et ce d'autant plus que la soumission du salarié au pouvoir de l'employeur se maintient tant que dure la relation de travail. Ainsi, chaque fois que l'employeur ou le salarié, ou leurs

---

169 J. PELISSIER, *Droit civil et contrat individuel de travail*, Dr. soc. 1988, p. 387, spéc. p. 388.

170 Voir par exemple, à propos de la licéité de la cause, Cass. ch. mixte 10 avril 1998, D. 1998, p. 389, n. A. JEAMMAUD.

171 Selon un auteur, à propos d'un litige relatif à une transaction et soulignant l'importance du régime de la volonté en droit du travail, « *le maître mot est le consentement* » (P.-Y. GAUTIER, obs. sur Cass. ass. plén. 4 juillet 1997, Rev. trim. dr. civ. 1998, p. 134). Voir également P.-Y. GAUTIER, *Les interactions du droit civil et du droit du travail*, in *Les sources du droit du travail*, sous la direction de B. Teyssié, PUF 1998, p. 129.

172 J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, p. 83 à p. 155 - J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, p. 248 à p. 650 - F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, p. 96 à p. 248 - G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey 2° éd. 1988, p. 92 à p. 170 - C. SAINT-DIDIER, *Droit du travail et droit des obligations, Etude d'une opposition*, th. Aix-Marseille III, 1996.

173 J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation, le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th. Paris I 1999, n° 67, p. 56.
Voir par exemple P.-Y. GAUTIER, obs. sur Cass. soc. 12 février 1997, Rev. trim. dr. civ. 1997, p. 693 : « *le dol, vice du consentement pourtant essentiel, semble perdre chaque jour du terrain en droit du travail, ce qui ne peut que relancer le débat, qu'on croyait pourtant largement assoupi, sur l'hostilité supposée du droit social à l'endroit du droit civil et sur « l'autonomie » du premier par rapport au second* ».

représentants, sont amenés à former un acte juridique pendant cette période, le régime de leur volonté en est directement affecté.

33. - Mais l'appréhension par le droit du travail de la volonté dans la formation de l'acte juridique ne se réduit pas à la transformation de son régime. Parce que la volonté est au cœur de la notion d'acte juridique, la spécificité du droit du travail à propos de cette volonté a des répercussions sur la portée même de la *théorie générale de l'acte juridique*.

D'après cette théorie, la volonté de l'auteur d'un acte juridique est indispensable à la formation de cet acte[174]. Quelle que soit la conception retenue de l'acte juridique, leur point commun réside dans la nécessité de caractériser une manifestation initiale de volonté. La spécificité du droit du travail est alors la réduction du *rôle conféré à la volonté* dans la formation de l'acte juridique. Il arrive qu'un acte juridique soit caractérisé sans que la volonté de son auteur ne soit déterminée ni même recherchée. Certes, le rôle de la volonté reste nécessaire dans une grande majorité des cas. Il convient donc d'insister plus particulièrement sur ces hypothèses de négation du rôle de la volonté. Elles apportent en effet la démonstration de l'incapacité de la théorie générale de l'acte juridique à recouvrir toutes les hypothèses d'acte juridique en droit du travail.

La position originale du droit du travail par rapport à la théorie générale de l'acte juridique est particulièrement significative des conséquences de l'ambivalence du rapport d'emploi. Ces conséquences s'inscrivent alors dans une perspective plus large que la seule comparaison des règles de droit positif. C'est la conceptualisation même de l'acte juridique qui en est affectée.

C'est pourquoi, d'ailleurs, il n'est pas possible d'évoquer à ce propos une autonomie du droit du travail. En effet, d'après la définition que l'on a donnée de l'autonomie, celle-ci désigne la construction d'un système normatif cohérent par réaction aux règles d'un droit commun. Pour parler d'autonomie, il faut donc comparer des règles de droit positif avec d'autres règles de droit positif. Or, il a été précisé que la positivité de la théorie générale de l'acte juridique était un mythe. Il ne serait donc pas rigoureux de qualifier d'autonome le droit positif du travail par rapport à cette théorie générale.

---

[174] *Cf supra* n° 12.

34. - Apparaissent ainsi les deux éléments caractérisant l'approche originale du droit du travail en ce qui concerne la volonté dans la formation de l'acte juridique. Obéissant à une logique, une rationalité propres, le droit du travail a développé des institutions, des mécanismes cardinaux dont il va assurer l'efficacité et la cohérence. L'objectif est alors de compenser la subordination du salarié au pouvoir de l'employeur, tout en considérant l'intérêt de l'entreprise. Le droit du travail renouvellera ainsi l'appréhension de la volonté dans la formation de l'acte juridique par un double mouvement d'*infléchissement*, c'est-à-dire une « *modification légère, atténuation d'un phénomène ou d'une situation* »[175]. Cet infléchissement se manifestera, d'une part, sur le plan de la théorie générale de l'acte juridique, d'autre part, sur le plan du droit positif, en s'inscrivant dans un mouvement d'autonomie par rapport au droit commun.

La méthode adoptée consiste à mettre en exergue ce double mouvement d'infléchissement et les lignes directrices qui le sous-tendent. Il ne s'agit pas d'un travail analytique établissant une vision exhaustive de la volonté dans la formation de l'acte juridique en droit du travail. Le but n'a pas été la construction d'un système complet, fournissant une réponse à toute interrogation portant sur ce thème. Nous avons au contraire entrepris d'inscrire les résultats de la recherche dans deux axes principaux ayant comme point commun l'infléchissement d'un modèle de référence.

35. - C'est en premier lieu un infléchissement du rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique que va réaliser le droit du travail (**Partie I**). Dans certaines hypothèses, la volonté ne joue aucun rôle dans la qualification d'acte juridique en droit du travail. C'est cette négation du rôle de la volonté dans certains actes juridiques qui entraîne un infléchissement de la théorie générale quant au rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique.

Cette négation reste limitée à des cas dans lesquels le droit spécial fait prévaloir ses institutions propres, fruits de la confrontation entre les

---

[175] Le Petit Robert, éd. 1993, *v° infléchissement*. Pour un emploi du terme *infléchissement*, voir P. LE TOURNEAU, *Quelques aspects de l'évolution des contrats*, in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Sirey 1985, p. 349, spéc. n° 4, p. 351 : « *le droit spécial nourrit plus que jamais le droit général des contrats (la théorie générale). Il enrichit (plus qu'il ne détruit) la théorie générale par de nombreux apports originaux, qui l'infléchissent ou le modifient de façon, selon les cas, insensible, insidieuse ou éclatante* ». C'est nous qui soulignons. Voir également C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préface de J. Hauser, LGDJ 1997, Bibl. dr. privé, t. 282, n° 22, p. 13 - J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation, le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th. Paris I 1999, n° 5, p. 4.

dimensions contractuelle et institutionnelle du rapport d'emploi. Ces institutions spécifiques et les normes qui les établissent doivent en effet trouver application même si, dans ce but, le rôle de la volonté est parfois totalement nié. Si les négations relevées sont ainsi ponctuelles, l'infléchissement opéré par le droit du travail est particulièrement significatif d'un point de vue qualitatif, à la fois quant à ses causes et quant à ses effets. D'une part, il s'agit pour le droit du travail d'assurer l'application de certaines normes qu'il a lui-même sécrétées ou qu'il s'est appropriées. D'autre part, cette mise à l'écart du rôle de la volonté a pour conséquence majeure de révéler les dysfonctionnements et donc l'inadaptation de la théorie générale de l'acte juridique, puisque son critère catégoriel premier, la volonté, est parfois absente. La dimension statutaire du rapport d'emploi prend alors nettement le pas sur sa dimension contractuelle.

En assurant le développement et la cohérence d'une rationalité propre, le droit du travail produit un impact significatif sur le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique et bouleverse ainsi les constructions théoriques établies.

36. - En second lieu, le droit du travail manifeste un infléchissement du droit commun, *i.e.* du droit des obligations, quant au régime de la volonté dans la formation de l'acte juridique (**Partie II**). Ce régime va, à l'instar du rôle de la volonté, également être influencé par l'ambivalence du droit du travail, la confrontation de ses aspects contractuels et statutaires, ce qui conduit à une nette transformation des règles civilistes. Une véritable autonomie du droit du travail apparaît alors, qui s'inscrit dans la trace des manifestations habituelles de l'autonomie d'une branche du droit par rapport à un droit commun. Cependant, ce mouvement d'autonomie est ici d'une importance remarquable car il présente un double caractère de généralité. D'une part, il affecte le régime de la volonté dans son intégralité, que ce soit à propos de la détermination de la volonté ou à propos de son intégrité. D'autre part, il n'est pas spécifique à un acte juridique particulier, mais a vocation à se manifester quel que soit l'acte juridique considéré.

PARTIE I - INFLECHISSEMENT DU ROLE DE LA VOLONTE DANS LA FORMATION DE L'ACTE JURIDIQUE

PARTIE II - INFLECHISSEMENT DU REGIME DE LA VOLONTE DANS LA FORMATION DE L'ACTE JURIDIQUE

PARTIE I - INFLECHISSEMENT DU ROLE DE LA VOLONTE DANS LA FORMATION DE L'ACTE JURIDIQUE

37. - La théorie générale de l'acte juridique, telle qu'elle est élaborée et constamment enrichie par les auteurs, n'est pas encore définitivement établie en ce qui concerne la définition de l'acte juridique, ou le rôle précis de la volonté dans les effets de l'acte juridique. En revanche, l'unanimité semble régner à propos du rôle de la volonté dans la *formation* de cet acte juridique : elle y est indispensable[176], même si parfois, sa caractérisation apparaît quelque peu fictive[177].

Cette conception générale du rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique permet l'identification des actes juridiques, quelle que soit la branche du droit étudiée. Elle est pourtant contrariée en droit du travail.

38. - Le droit du travail est intégré dans le système juridique d'ensemble. Il emprunte ainsi à d'autres branches du droit de nombreuses règles qui, après avoir été parfois transformées, viennent compléter celles qu'il sécrète lui-même. C'est par cette combinaison de différentes rationalités que se construit la rationalité propre du droit du travail[178]. Cet ensemble de règles obéit à une logique spécifique qu'exprime la confrontation permanente entre la théorie contractuelle et la théorie institutionnelle[179]. Il a notamment permis l'élaboration de notions centrales qui participent de l'essence même du droit du travail, et que l'on peut identifier sous l'appellation d'institutions cardinales[180].

---

[176] G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 44, p. 53 - C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Préf. P. Catala, LGDJ 1999, Bibl. dr. priv. t. 323, n° 70, p. 50 - C. BRENNER, Rép. civ. Dalloz, *Acte*, oct. 1999, n° 11, p. 4 - P. ROUBIER, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, in *Le rôle de la volonté dans le droit*, Arch. phil. dr. 1957, p. 1, spéc. p. 14 s.

[177] *Cf. supra* n° 13 et *infra* n° 480 s.

[178] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 194.

[179] *Cf supra* n° 1 s.

[180] Ou mécanismes cardinaux. *Cf. supra* n° 24, et voir A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, chron. p. 359, spéc. n° 8 s., p. 360 s.

Ces normes[181] sont ainsi nécessaires à l'élaboration d'un statut permettant d'encadrer le pouvoir de l'employeur, et de préserver voire d'améliorer la situation des salariés. Dans cette optique, elles mettent en exergue la dimension statutaire du rapport de travail, au détriment de sa dimension contractuelle.

39. - Le droit du travail tente dès lors d'imposer ces normes, même s'il faut pour cela rompre avec les enseignements de la théorie générale. En niant ainsi dans certaines hypothèses le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique, le droit du travail dévoile l'inaptitude de la théorie générale de l'acte juridique à se révéler universelle.

Certes, les manifestations de négation du rôle de la volonté que nous avons identifiées sont relativement rares, ce qui signifie que l'acte juridique en droit du travail est dans la plupart des cas conforme à la théorie générale quant à sa formation. Il ne faudrait cependant pas en déduire que ces hypothèses ne sont que marginales et anecdotiques. Leur *portée* est au contraire générale et très significative. Elles se manifestent effectivement, que l'acte juridique soit conventionnel ou unilatéral, qu'il produise des effets normatifs ou non.

40. - D'une part, le rôle de la volonté peut être nié dans tout acte juridique, quelle que soit sa structure, unilatérale ou conventionnelle. Et c'est tant la manifestation de volonté elle-même qui pourra être niée que la rencontre des volontés.

L'acte juridique est formé par une manifestation de volonté, lorsque cet acte est unilatéral, ou par la rencontre d'au moins deux manifestations de volontés lorsqu'il est conventionnel. La distinction entre acte juridique unilatéral et acte juridique conventionnel, si elle ressortira dans les développements qui vont suivre, ne joue cependant pas un rôle explicatif majeur ici. En effet, la négation du rôle de la volonté peut affecter en droit du travail tout type d'acte juridique unilatéral ou conventionnel.

La contradiction entre le droit du travail et la théorie générale de l'acte juridique transcende la structure unilatérale ou conventionnelle de l'acte juridique.

Surtout, il ressort du droit positif que la négation du rôle de la volonté s'opère aux deux étapes impliquant la volonté qui peuvent se rencontrer lors de la formation d'un acte juridique. En premier lieu, c'est le

---

[181] Sur la définition de la norme et son assimilation à la règle, *cf. supra* n° 3.

rôle de la *manifestation* même de volonté d'une personne qui est parfois nié. Cette situation se produit tant en matière d'acte juridique unilatéral, qui est ainsi caractérisé sans le support en principe indispensable de la manifestation de volonté de son auteur, qu'en matière de convention, qui est ainsi caractérisée alors qu'une des deux manifestations de volontés fait défaut. En second lieu, c'est le rôle de la *rencontre* entre ces deux manifestations de volonté qui est parfois nié : alors que l'on est en présence d'un véritable accord de volontés, le droit du travail ne retient qu'une seule manifestation de volonté et ne caractérise par conséquent qu'un acte juridique unilatéral, et non pas une convention.

Ainsi, soit c'est le rôle d'une manifestation de volonté qui est nié, soit c'est le rôle d'un accord de volontés.

41. - D'autre part, le rôle de la volonté peut être nié dans un acte dont la portée est soit collective, normative, soit individuelle. Dans ce dernier cas, l'acte ne présente pas une portée normative, mais permet l'application d'une norme préexistante. La nécessité pour le droit du travail d'imposer les normes qui reflètent sa logique propre s'avère en effet si indispensable qu'elle entraîne la négation du rôle de la volonté en ce qui concerne à la fois la *formation* et l'*efficacité* de la norme. Il se peut ainsi que, pour instituer la norme, pour la faire naître, un acte juridique, support de cette norme, soit reconnu alors que le rôle de la volonté n'est pas pris en considération. En outre, il est nécessaire que les normes du droit du travail produisent les résultats prévus lors de leur élaboration. Il arrive que, pour atteindre cet objectif d'efficacité, le droit du travail soit également indifférent au rôle de la volonté dans les actes juridiques soumis à cette norme. C'est cette double approche, en termes de formation et d'efficacité de la norme, que nous allons maintenant développer.

42. - Dans le premier cas, la négation du rôle de la volonté, plus précisément ici la négation du rôle d'un accord de volontés, est nécessaire pour la *formation* d'une norme. Cette indifférence au rôle de la volonté apparaît ici à travers un acte particulier au droit du travail, l'acte juridique à destination collective.

La notion d'acte collectif a récemment été renouvelée en droit du travail, notamment par Mme JEAN dans le cadre de sa thèse relative à l'acte unilatéral de l'employeur[182]. L'auteur s'attache, non pas au caractère collectif

---

[182] S. JEAN, *L'acte unilatéral de l'employeur*, th. Paris I, 1999.

de la volonté dans la formation de l'acte, mais à la destination collective de cette volonté. Une volonté est à destination collective lorsqu'elle est dirigée vers une catégorie abstraitement définie de destinataires. Au contraire, l'acte est individuel lorsque la volonté de son ou de ses auteurs n'est dirigée que vers un destinataire individualisé.

L'acte juridique à destination collective a déjà été identifié, en droit du travail, sous la qualification d'acte normatif d'entreprise[183] car il a vocation à produire des règles générales et impersonnelles propres à s'appliquer à un nombre indéterminé de personnes. Le sens conféré est le même mais nous utiliserons la distinction proposée par Mme JEAN. En effet, elle permet une opposition claire entre acte collectif et acte individuel. En outre, l'acte juridique dans lequel la volonté est collective par destination met en exergue la notion de volonté, alors que le terme *norme* présente un sens plus général, puisqu'il désigne la règle impersonnelle et générale résultant d'une volonté privée, mais aussi la règle étatique issue d'une personne de droit public. Lorsque nous nous référerons à la volonté collective par destination, il s'agira uniquement d'une volonté issue de personnes privées.

L'acte juridique à destination collective est remarquable car il mêle un mécanisme de formation issu d'une volonté privée et des effets normatifs propres aux actes de droit public[184]. Le droit du travail, en combinant une approche conventionnelle (c'est-à-dire résultant d'un accord de volontés) avec une approche normative d'application abstraite et générale, présente fondamentalement une conception fort originale de l'acte juridique[185]. Une telle conception a pu nettement prospérer en droit du travail en raison de la part importante du caractère collectif dans les rapports de travail[186].

---

183 G. LHUILIER, *Essai sur l'acte juridique normatif d'entreprise*, th. Paris X 1993.

184 G. LHUILIER, *Essai sur l'acte juridique normatif d'entreprise*, th. Paris X 1993, spéc. p. 12 s. et 165 s.

185 J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, p. 357 : les applications de l'acte collectif (par destination) « *se situent aux limites du droit civil* ». Les auteurs ne citent en effet que les conventions collectives ou, de manière plus anecdotique, les accords collectifs de location (n° 510 s., p. 375 s.). Voir également S. JEAN, *L'acte unilatéral de l'employeur*, th. Paris I, 1999, p. 51 : l'auteur remarque que l'employeur n'est pas l'unique personne juridique du droit privé susceptible de souscrire un engagement envers une collectivité mais ne cite qu'un exemple ancien (CA Aix-en -Provence 15 mars 1984, Rev. trim. dr. civ. 1985, 730, obs. J. MESTRE).
Voir également, pour une vision générale en droit privé, mais n'englobant pas tous les aspects de l'acte normatif, P. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, Préf. T. Revet, Litec 1998.

186 A. JEAMMAUD, *La place du salarié individu dans le droit français du travail*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 347 : « *Plus que toute autre branche des ordres juridiques contemporains, le droit du travail fait la part belle au collectif* ».

C'est pour assurer la *destination collective de cet acte juridique*, le caractère normatif de la volonté exprimée, et donc la formation d'un acte collectif par destination que le droit du travail a été amené *à nier le rôle d'un accord de volontés* (**Titre I**). Ainsi, l'accord collectif de travail[187] ne pose aucun problème quant au rôle de la volonté, et plus précisément de l'accord de volontés, tant que ses conditions de formation ne sont pas mises en cause. Si elles le sont, le droit du travail requalifie parfois l'acte en un engagement unilatéral, acte unilatéral, et par conséquent ne prend pas en considération l'accord de volontés intervenu. Le but est alors d'assurer malgré tout la portée collective de la volonté, telle qu'elle s'est exprimée lors de la conclusion de ce qui était censé être un accord collectif.

Certes, la négation du rôle de la volonté se produit ici pour un acte très particulier au droit du travail, car la destination collective, la portée normative, naît de la volonté des parties. L'on pourrait penser que c'est cette spécificité - un acte juridique issu de volontés privées et qui présente malgré tout une portée normative - qui explique la contradiction avec la théorie générale. Cependant, la portée de l'infléchissement du rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique est beaucoup plus large, car il se produit également à propos d'actes juridiques individuels.

43. - Dans le second cas, il n'est plus question de la formation d'un acte collectif par destination. Par hypothèse, la norme préexiste. On évoquera ici le terme plus général de norme, de préférence à celui de volonté collective par destination, car les règles dont il sera question sont précisément d'origine légale et supra-légale.

Le droit du travail impose alors certaines de ces normes en leur conférant une application la plus large possible. Participant de la logique propre au droit du travail[188], elles doivent en effet s'imposer car elles permettent l'enrichissement de la dimension statutaire du rapport d'emploi. Il s'agit pour le droit du travail d'assurer l'*efficacité* de ces normes. Pour ce faire, il va les appliquer fermement, même s'il faut infléchir le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique. Assurer l'efficacité d'une norme consiste à faire en sorte que les techniques mises en œuvre se

---

187 Art. L. 131-1 C. trav.

188 C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préface de J. Hauser, LGDJ 1997, Bibl. dr. privé, t. 282, n° 184, p. 115.

révèlent aptes à procurer le résultat en vue duquel elles avaient été conçues[189].

Les normes dont il sera question ici sont les règles du licenciement et celles relatives au droit à l'emploi. Contribuant à l'élaboration d'un statut protecteur des salariés, elles trouveront à s'appliquer même s'il faut pour cela nier le rôle d'une *volonté à destination individuelle* (**Titre II**).

L'infléchissement du rôle de la volonté opéré par le droit du travail apparaît dès lors dans toute son ampleur. En effet, la négation du rôle de la volonté dans la formation d'un *acte collectif par destination* peut apparaître comme une hypothèse anecdotique, dont la particularité est due à sa spécificité : la naissance d'une règle abstraite et générale issue de volontés privées. Au contraire, lorsqu'il s'agit pour le droit du travail d'assurer l'efficacité de certaines normes, les négations du rôle de la volonté que nous avons relevées s'opèrent lors de la formation d'*actes juridiques individuels*. Or, l'acte juridique à destination individuelle constitue l'archétype de l'acte juridique, tel qu'il est conçu dans la théorie générale. La contradiction apportée par le droit du travail à la théorie générale n'en est que plus significative.

TITRE I - LA NEGATION DU ROLE D'UN ACCORD DE VOLONTES DANS LE CADRE DE LA FORMATION D'UN ACTE COLLECTIF PAR DESTINATION

TITRE II - LA NEGATION DU ROLE DE LA VOLONTE INDIVIDUELLE DANS LE CADRE DE LA RECHERCHE D'EFFICACITE DE LA NORME

---

189 L'efficacité se distingue en cela de l'effectivité, qui consiste à déterminer si la règle est réellement appliquée. Voir N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique,* Préf. J. Ghestin, LGDJ 2000, Bibl. dr. priv., t. 326, spéc. n° 17 s., p. 13 s.- A. JEAMMAUD, E. SERVERIN, *Evaluer le droit*, D. 1992, chron. p. 263, spéc. n° 8, p. 265 – J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 8° éd. 1995, p. 140 s.

L'efficacité du droit est d'ailleurs le but poursuivi par les tenants de l'analyse économique du droit, voir M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. GHESTIN, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 60, p. 52.

TITRE I - LA NEGATION DU ROLE D'UN ACCORD DE VOLONTES DANS LE CADRE DE LA FORMATION D'UN ACTE COLLECTIF PAR DESTINATION

44. - L'accord de volontés est un élément clé de la définition de l'acte juridique conventionnel[190]. Etymologiquement, le terme « *convention* » vient du latin « *conventio* » lui-même dérivé de « *convenire* » qui signifie venir ensemble, c'est-à-dire être d'accord. Conclure une convention revient donc à se mettre d'accord sur quelque chose. Il s'agit ainsi d'un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes[191]. La convention, ou plus spécifiquement le contrat[192], s'oppose alors, en ce qui concerne son mode de formation, à l'acte juridique unilatéral puisque celui-ci n'est l'oeuvre que d'une seule volonté[193].

S'il est un élément déterminant de la qualification conventionnelle, l'accord de volontés doit néanmoins présenter certaines qualités. Tout accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes ne permettra pas en effet automatiquement cette qualification, même si les autres conditions posées par le droit positif sont remplies. Comme tout acte juridique, la convention sera caractérisée dès lors que ces différentes volontés se sont unies pour produire des effets de droit.

---

190 J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990, chron. XXVII, p. 147.

191 J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 79, p. 53 - G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil*, 8 volumes, *Les obligations*, t. 1, *Les Sources*, 2° éd. 1988, n° 358 s - J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 4, *Les obligations*, PUF 21° éd. 1998, n° 15, p. 47 - F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 73, p. 85.

192 Il faut remarquer tout de suite que la convention ne se distingue pas en cela du contrat. Le contrat est l'espèce d'un genre, la convention, *cf* J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 80, p. 53 - J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 4, *Les obligations*, PUF 21° éd. 1998, n° 15, p. 47. En toute rigueur, il faudrait distinguer le contrat, accord de volontés destiné à créer des effets de droit, de la convention, accord de volontés destiné en outre à modifier, transmettre et éteindre de tels effets. Il s'agit de la principale distinction à opérer entre les conventions et les contrats, mais elle n'appelle pas un régime significativement différent. V. aussi G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Association H. Capitant*, PUF, 6° éd. 1996, *v° contrat.*

193 J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 4, *Les obligations*, PUF 21° éd. 1998, n° 14, p. 45 - F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 46, p. 52 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 489, p. 358 - J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949 - R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préf. d'A. Lyon-Caen, LGDJ 1996, Bibl. dr. privé, t. 254.

45. - C'est ainsi que l'on peut donner de la convention la définition suivante : un accord de volontés destiné à produire des effets de droit[194]. Dans cette hypothèse, la qualification conventionnelle s'imposera. Or, dans le cadre d'un acte issu de volontés privées et *collectif par destination*, cette qualification conventionnelle est parfois niée en droit du travail, et par conséquent l'accord de volontés en lui-même, au profit de la qualification d'acte juridique unilatéral. Alors que deux volontés se sont rencontrées, le droit du travail ne retient que celle de l'employeur à travers la notion d'engagement unilatéral.

Le droit du travail s'inscrit alors en contradiction avec la théorie générale de l'acte juridique.

46. - L'acte collectif est un acte juridique dans lequel la ou les volontés exprimées, qualifiées de volontés collectives par destination, ont pour objet de régir une collectivité de destinataires abstraitement définie. En droit du travail, ces destinataires sont les salariés. Cet effet normatif conféré à des volontés privées constitue une particularité remarquable du droit du travail[195]. Ces actes collectifs peuvent être conventionnels : ce sont les conventions et accords collectifs, régis par les articles L. 131-1 et suivants du Code du travail. D'autres actes collectifs sont unilatéraux, tels que le règlement intérieur, les usages d'entreprise et certains engagements unilatéraux de l'employeur[196]. De tels actes ont pour objet de régir une collectivité de salariés, et expriment la destination collective, la portée normative de la volonté de leur(s) auteur(s). Ils sont en soi constitutifs d'une norme[197].

47. - La négation du rôle d'un accord de volontés ne surgira en réalité ici que pour une catégorie bien particulière d'actes collectifs, ceux que la doctrine a, de manière simplificatrice parfois, rassemblés sous le vocable d'*accords atypiques*[198]. Cette notion n'est pas définie précisément et peut

---

194 J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990, chron. XXVII, p. 147.

195 G. LHUILIER, *Essai sur l'acte juridique normatif d'entreprise*, th. Paris X 1993.

196 La qualification d'usage semble d'ailleurs se fondre aujourd'hui dans le genre plus vaste constitué par l'engagement unilatéral, *cf. infra* n° 62.

197 Sur les liens entre norme et acte juridique, voir en particulier G. LHUILIER, *Essai sur l'acte juridique normatif d'entreprise*, th. Paris X 1993, p. 358 : « *La norme juridique est une catégorie particulière du genre de l'acte juridique. Si tous les actes juridiques ne sont pas des normes, toutes les normes sont aussi des actes juridiques* ».

198 Voir notamment M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. Paris 1986, p. 709 s. - G. COUTURIER, *Droit du travail, 2/ Les relations*

recouvrir des situations différentes. Un auteur a distingué ainsi les accords atypiques irréguliers et les accords étrangers aux textes en vigueur (protocole de fin de conflit)[199]. Un autre auteur a souligné les différentes conceptions de l'atypisme, pouvant englober « *les accords entachés d'irrégularités formelles (défaut de publicité, (...), signataires non qualifiés) par rapport aux dispositions des articles L. 131-1 et s. du Code du travail, les accords conclus dans le silence des textes (accords de groupe, accord de fin de conflit) ou encore les accords soumis à des conditions de négociation ou de signature particulières (les accords spéciaux)* »[200].

Nous ne prendrons pas position dans ce débat car, quelle que soit la définition retenue de l'accord atypique, la problématique reste pour nous la même, à savoir la substitution d'un acte unilatéral à un accord de volontés. Nous ne nous intéresserons donc aux accords atypiques, quelle qu'en soit la définition, que sous l'angle de cette substitution.

48. - En principe, comme ils ne remplissent pas les conditions posées par le législateur en matière de convention et d'accord collectifs de travail, ces accords atypiques étaient condamnés à n'avoir qu'une portée extrêmement restreinte en ce qu'ils ne peuvent bénéficier à la collectivité des salariés. En aucun cas la volonté exprimée ne pouvait être collective par destination. Une telle situation se serait cependant avérée préjudiciable aux salariés.

En effet, en vertu du principe de faveur, les stipulations qui ajoutent aux lois et règlements, et particulièrement celles issues d'une négociation collective, ne sont opposables aux salariés que si elles améliorent leur situation actuelle[201]. Seuls les accords dits *dérogatoires*[202] peuvent contenir

---

collectives de travail, PUF 2° éd. 1993, n° 223, p. 498 s. - R. DE QUENAUDON, *Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé*, Dr. soc. 1981, p. 401 - G. VACHET, *Les accords atypiques*, Dr. soc. 1990, p. 620 - E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. soc. 1994, p. 227 - C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques, jurisprudence commentée*, Dr. soc. 1988, p. 464 - J. SAVATIER, *Accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1985, p. 188 - C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43.

[199] C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43. L'auteur nuance néanmoins cette distinction (n° 10, p. 50).

[200] M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Préf. M. Despax, LGDJ 1994, Bibl. dr. soc. t. 27, n° 477 s., p. 405-406.
Voir aussi Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 78, p. 66, qui lie le non respect des conditions de forme à la qualification d'accord atypique, ce qui est rarement opéré par les autres auteurs qui étudient principalement sous cette appellation le problème de la compétence des parties à l'acte.

[201] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 85, p. 93. Voir N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Préf. H. Sinay, LGDJ 1980, Bibl. dr. soc. t. 22, p. 52 s. - G. LYON-CAEN, *Négociation collective et législation d'ordre public*, Dr. soc. 1973, p. 89 - L. ROZES, *Remarques sur l'ordre public en droit du travail*, Dr. soc. 1977, p. 311 - G. COUTURIER, *L'ordre public de protection*,

des dispositions différentes de celles prévues par la loi, et susceptibles d'être moins favorables aux salariés[203]. Cependant, ces accords dérogatoires doivent remplir les conditions explicitement prévues par la loi. Par hypothèse donc, les dispositions d'un accord atypique ne peuvent être dérogatoires et sont en principe favorables aux salariés. Ceux-ci ont dès lors tout intérêt à ce que force obligatoire soit reconnue à ce type de dispositions.

C'est principalement pour préserver l'intérêt des salariés que la volonté, telle qu'elle a été exprimée dans l'accord atypique, doit présenter la destination collective prévue. C'est donc pour assurer l'établissement de cette destination collective, de cette portée normative, que le droit du travail a recours, dans ces hypothèses, à la notion d'engagement unilatéral, acte juridique unilatéral[204] (**Chapitre I**).

Cependant, pour atteindre cet objectif de normativité des engagements de l'employeur, le droit du travail utilise un moyen contestable au regard de la théorie générale de l'acte juridique, puisqu'il nie le rôle d'un accord de volontés dans la formation de cet acte (**Chapitre II**). En effet, de manière générale, l'accord atypique constituait bien un accord de volontés destiné à produire des effets de droit, et dont la validité n'est guère douteuse.

---

heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, in *Et. offertes à J. Flour*, Rép. not. Defresnois 1979, p. 95 - M. BONNECHERE, *L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité*, Dr. ouvr. 1988, p. 171 - M. BONNECHERE, *L'ordre public au sens du droit du travail*, JCP 1974, I, 11604 - A. CHEVILLARD, *La notion de disposition plus favorable*, Dr. soc. 1993, p. 363 - M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Préf. M. Despax, LGDJ 1994, Bibl. dr. soc. t. 27, n° 19 s., p. 36 s. - Y. CHALARON, *L'application de la disposition la plus favorable*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 243 - A. JEAMMAUD, *Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente*, Dr. soc. 1999, p. 115 - T. REVET, *L'ordre public dans les relations de travail*, in *L'ordre public à la fin du XX° siècle*, Dalloz 1996, p. 52 – F. GAUDU, *L'ordre public en droit du travail*, in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI° siècle*, LGDJ 2001, p. 363.
Il faut bien distinguer le principe de faveur et l'impérativité de la loi d'ordre public (*cf.* Y. CHALARON, *L'accord dérogatoire en matière de temps de travail*, Dr. soc. 1998, p. 355, spéc. p. 357 – F. BOCQUILLON, *Que reste-t-il du principe de faveur ?*, Dr. soc. 2001, p. 255).

202 F. BOCQUILLON, *La dérogation en droit du travail*, th. Strasbourg 1999 – G. BORENFREUND, *La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires*, Dr. soc. 1990, p. 626 – M. POIRIER, *La clause dérogatoire* in pejus, Dr. soc. 1995, p. 885.

203 Les dispositions d'un accord dérogatoire ne sont en effet pas forcément défavorables aux salariés. Le critère du plus ou moins favorable n'est pas un critère pertinent de caractérisation de l'accord dérogatoire. Voir F. BOCQUILLON, *La dérogation en droit du travail*, th. Strasbourg 1999, p. 338 s. – Y. CHALARON, *L'accord dérogatoire en matière de temps de travail*, Dr. soc. 1998, p. 355.

204 M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Préface de J. Mestre, PUAM 1995, n° 883, p. 441.

La qualification conventionnelle s'imposait donc au regard de la théorie générale de l'acte juridique, alors que le droit du travail ne reconnaît qu'un acte juridique unilatéral.

Chapitre I - L'objectif : assurer la destination collective de la volonté exprimée

Chapitre II - La conséquence : la négation du rôle d'un accord de volontés

Chapitre I - L'objectif : assurer la destination collective de la volonté exprimée

49. - Si les dispositions figurant dans un accord atypique produisaient, malgré leur vice de formation, des effets collectifs, ceux-ci ne seraient opposables aux salariés que s'ils leur étaient plus favorables. En effet, en vertu du principe de faveur, et sauf dérogation[205], les salariés ne peuvent se voir imposer des obligations supplémentaires à celles prévues par le législateur, la convention collective ou le contrat de travail. Il est donc évident que les salariés ont tout intérêt à ce que de telles dispositions présentent la plus grande portée normative possible. Ainsi, la volonté, telle qu'elle a été exprimée lors de la conclusion de l'accord atypique, doit voir sa destination collective affirmée.

Le fait que, dans l'acte envisagé, la volonté présentait dans l'esprit des parties une telle destination collective est en effet déterminant dans le raisonnement mis en œuvre par le droit du travail. Le but est de faire bénéficier de ces engagements tous les salariés, tels qu'ils avaient été abstraitement définis dans l'accord initial. Il faut donc brièvement expliciter ce concept de volonté collective par destination (Section I), avant de préciser en quoi le recours à la notion d'engagement unilatéral permet d'assurer précisément la destination collective de la volonté exprimée dans l'accord atypique (Section II).

---

[205] F. BOCQUILLON, *Que reste-t-il du « principe de faveur » ?*, Dr. soc. 2001, p. 255.

Section I - La notion de volonté collective par destination

50. - Distinguer les volontés individuelle et collective par destination consiste à opérer une qualification se rapportant à la portée de cette volonté, et plus précisément de l'acte juridique qu'elle va former. Les effets de cet acte lient ou profitent soit à un destinataire individualisé, soit à une collectivité de destinataires abstraitement définie[206]. Dans ce dernier cas, l'acte revêt alors un caractère normatif. Cette distinction a été particulièrement développée en droit du travail, branche du droit dans laquelle les actes à destination collective sont très présents (§2), renouvelant ainsi de manière pertinente l'analyse classique (§1).

§1 - L'analyse classique de la distinction entre la volonté individuelle et la volonté collective

51. - Cette analyse repose sur un critère quantitatif quant aux personnes à l'origine de la manifestation de volonté. La volonté individuelle est celle qui émane d'une seule personne, physique ou morale. Dans ce dernier cas, l'écran constitué par la personnalité morale voile les différentes personnes « *membres* » de cette personne morale qui n'exprimera que sa seule volonté. Selon cette acception, une convention collective conclue entre un syndicat d'employeurs et un syndicat de salariés résulte de la rencontre de deux volontés individuelles.

La détermination de la volonté collective a suscité plus de difficultés. Il a été proposé de la définir comme une volonté composée d'une pluralité de volontés individuelles. Ainsi, la volonté collective apparaîtrait comme la résultante d'une pluralité de volontés concourant vers un même but afin d'émettre une règle de droit objectif qui sera la loi commune du groupe[207]. En ce sens, la qualification de volonté collective renvoie au stade antérieur à la manifestation de volonté et traduit le processus de formation de la

---

[206] Il peut sembler paradoxal que l'on s'attache à identifier la portée d'un acte juridique alors que cette étude est consacrée à la volonté dans la formation de l'acte juridique. Il ne faut cependant pas se méprendre, la détermination des effets de l'acte juridique n'est analysée que dans le but d'expliquer la négation du rôle de l'accord de volontés dans la formation de cet acte juridique.

[207] G. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ 1961, Bibl. dr. priv. t. 27, p. 8 - J. FLOUR et J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 505, p. 371.

volonté à l'intérieur du groupement[208]. Par conséquent, la volonté exprimée par une organisation syndicale peut être qualifiée de collective.

Cependant, selon ces analyses, si la volonté d'une personne morale peut être considérée soit comme individuelle, soit comme collective, celle d'une personne physique, par exemple l'employeur, semble ne pouvoir être qualifiée que de volonté individuelle. C'est sur ce point qu'une analyse nouvelle apporte de nombreux enrichissements.

§2 - La destination collective ou individuelle de la volonté

52. - L'objectif est de réserver la qualification d'acte collectif à celui dont les effets dépassent les limites normales de la représentation pour s'appliquer à des collectivités n'ayant pas la personnalité morale[209]. L'exemple type en est la convention ou l'accord collectifs : la volonté de l'organisation syndicale, mais également celle de l'employeur, seraient alors qualifiées de volontés collectives par destination.

Un auteur a explicitement appliqué cette qualification en matière d'usages : « *la volonté de l'employeur est d'essence collective par son objet même, qui n'est pas d'accorder un droit à un salarié déterminé, mais à une collectivité de salariés se trouvant dans une situation abstraitement définie* »[210].

L'employeur manifestera donc, selon les cas, une volonté à destination collective ou à destination individuelle. Ceci n'est guère étonnant car le terme *employeur* traduit une double qualité[211] : il est à la fois le contractant d'un salarié individualisé et le chef d'une entité collective. C'est pourquoi la volonté de l'employeur pourra contribuer à former un acte juridique dont les effets régiront soit une collectivité abstraite de salariés, soit l'un en particulier de ces salariés. La dimension collective d'une partie des rapports de travail explique cette dualité d'approche de la volonté, phénomène qui s'est spécialement développé dans cette branche du droit.

---

[208] S. JEAN, *L'acte unilatéral de l'employeur*, th. Paris I, 1999, p. 43.

[209] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 28.

[210] P. LANGLOIS, *Droit civil et contrat collectif de travail*, Dr. soc. 1988, p. 395, spéc. p. 398. Voir aussi, du même auteur, *Les usages*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 285, spéc. p. 292 : « *l'usage d'entreprise constitue bien un accord collectif puisqu'il suppose la rencontre de deux volontés de nature collective : celle de l'employeur, générale, abstraite et destinée à une collectivité de salariés ; celle de cette collectivité qui se manifeste sous la forme dégradée mais certaine de l'absence d'opposition* ».

[211] I. VACARIE, *L'employeur, Préf. de G. Lyon-Caen*, Sirey 1979, p. 2 - B. TEYSSIE, *L'interlocuteur des salariés*, Dr. soc. 1982, p. 41.

Selon un auteur, l'une des manifestations de cette dimension collective « *est la formation d'actes juridiques, conventionnels ou unilatéraux, à portée collective* »[212]. En attribuant à des personnes privées la possibilité d'édicter des dispositions à portée normative, le droit du travail se distingue des autres branches du droit privé[213].

Par conséquent, la volonté de l'employeur peut se révéler être collective en raison de sa destination, lorsque l'acte ainsi formé, qu'il soit unilatéral ou conventionnel, a vocation à régir une collectivité abstraitement définie de salariés. Seulement, cette portée de la volonté ne sera réellement collective que si certaines conditions prévues par le Code du travail sont réunies. Dans le cas contraire, l'acte n'aura pas la portée normative souhaitée. Tout au plus lierait-il ses signataires. Or, lorsque les engagements pris dans cet acte par l'employeur sont avantageux pour les salariés, ces derniers ont tout intérêt à ce qu'une véritable norme soit reconnue.

C'est pour assurer à la volonté, exprimée par l'employeur et la partie salariée, la destination collective prévue que la jurisprudence a développé le recours à l'engagement unilatéral à portée collective.

---

[212] S. JEAN, *L'acte unilatéral de l'employeur*, th. Paris I, 1999, p. 50.

[213] G. LHUILIER, *Essai sur l'acte juridique normatif d'entreprise*, th. Paris X 1993 , p. 12 s., p. 165 s.

Section II - L'utilité de la notion d'engagement unilatéral à portée collective

53. - L'engagement unilatéral, ou engagement par volonté unilatérale[214], n'est pas consacré par le Code civil. Son avènement est récent en droit privé, et son rôle en tant qu'acte juridique créateur d'obligations est encore relativisé par une partie de la doctrine[215]. Le droit du travail se distingue de cette réticence générale en consacrant explicitement l'engagement unilatéral de l'employeur[216], et surtout en développant une forme particulière d'engagement unilatéral dont la portée est collective, c'est-à-dire qui produit ses effets à l'encontre d'une collectivité de salariés. Cette qualification d'engagement unilatéral apparaît notamment dans le cas où les conditions de formation des conventions et accords collectifs ne sont pas respectées (§1). Le recours à cette notion d'engagement unilatéral s'avère en effet indispensable afin que la destination collective de la volonté soit assurée et que, par conséquent, les salariés bénéficient des engagements stipulés par l'employeur (§2).

§1 - Le recours à la notion d'engagement unilatéral de l'employeur à portée collective

54. - La notion d'engagement unilatéral a connu un essor très net en droit du travail depuis une vingtaine d'années. Il en résulte une certaine originalité si l'on remarque sa laborieuse consécration en droit commun. Conformément à la théorie générale de l'acte juridique, l'engagement unilatéral de l'employeur, que sa portée soit individuelle ou collective, n'est formé que par la seule volonté de son auteur (A). Le droit du travail ne s'inscrit pourtant pas complètement dans les lignes directrices de la théorie

---

214 J.-L. AUBERT, Encycl. Dalloz, Rép. civ., v° *Engagement par volonté unilatérale*, mars 1998.

215 Sur ce thème, voir M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Préface de J. Mestre, PUAM 1995 - P. JESTAZ, *L'engagement par volonté unilatérale*, in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, éd. Bruylant-Dalloz 1994, p. 3 s. - J.-L. AUBERT, Encycl. Dalloz, Rép. civ., v° *Engagement par volonté unilatérale*, mars 1998 - A. SERIAUX, *L'engagement unilatéral en droit positif français actuel*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de C. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica 1999, p. 7.

216 E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. soc. 1994, p. 227 - P. TRISSON-COLLARD, *La contribution du droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral*, Les Petites Affiches n° 49 du 9 mars 2000, p. 4.
V. également J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 93, p. 107 - G. COUTURIER, *Droit du travail, 2/ Les relations collectives de travail*, PUF 2° éd. 1993, n° 223, p. 498 s.

générale. En effet, il a étendu le recours à cette notion à des hypothèses dans lesquelles ce n'est pas une volonté qui s'est manifestée, mais dans lesquelles deux volontés se sont rencontrées[217] (B).

A - L'engagement unilatéral formé par la seule volonté de l'employeur

55. - Le rôle de la volonté de l'employeur est ici déterminant, et suffisant, pour que soit formé l'acte juridique envisagé. L'engagement unilatéral est bien un acte juridique unilatéral dans ces hypothèses. Il résulte de la seule volonté de l'employeur. La notion d'engagement unilatéral ayant été très discutée, il faut brièvement la définir (1), puis préciser son application en droit du travail et notamment le développement de cette forme particulière d'engagement unilatéral qui présente une portée collective (2).

1 - La théorie de l'engagement unilatéral

56. - Selon un auteur[218], « *il est bien plus naturel à l'homme de vouloir tout seul que de vouloir à deux* ». Pourtant, le droit commun a jusque récemment été très réticent à consacrer la possibilité pour une personne de former seule un acte juridique créateur d'obligations.

Il n'est pas question ici de consacrer de longs développements sur l'évolution historique de cette notion[219]. On se limitera à rappeler que ce fut d'abord sur le seul terrain doctrinal que sa légitimité fut discutée. D'origine allemande[220], la notion d'engagement unilatéral de volonté fut introduite avec quelques modifications en France par R. WORMS[221] et se heurta à de nombreuses oppositions reposant principalement sur l'idée que seul un

---

[217] M. DEL SOL, note sous Cass. soc. 15 juillet 1998, JCP 1999, éd. E, p. 181, n° 10 p. 183 : « *tantôt il s'agit d'un engagement unilatéral au sens strict. La mesure qui s'applique ne résulte pas d'un accord de volontés.* (...) *tantôt c'est un véritable accord de volontés qui fait l'objet d'une assimilation à un engagement unilatéral de l'employeur* ».

[218] J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF 21° éd. 1998, n° 18, p. 54.

[219] Voir dernièrement C. GERMAIN, *Droit du travail et théorie générale de l'acte juridique*, th. Bordeaux IV, 2000, p. 27 s.

[220] J. KUNTZE, *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, Leipzig 1857 (Théorie des titres au porteur) - H. SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Eine germanische Studie*, Berlin 1873 (La promesse comme cause d'engagement dans le droit actuel. Une étude allemande). Il faut noter que sa consécration dans le droit positif allemand n'est guère évidente, puisque sauf disposition légale contraire, l'engagement ne peut donner naissance à des obligations (BGB § 305, voir C. WITZ, *Droit privé allemand, 1, Actes juridiques, Droits subjectifs*, Litec 1992, n° 117).

[221] *De la volonté unilatérale envisagée comme source d'obligations*, th. Paris 1891.

concours de volontés pouvait faire naître des obligations[222]. Si l'acte juridique unilatéral est pleinement reconnu à la fois par la doctrine et le droit positif, seuls des effets extinctifs[223], déclaratifs[224] ou translatifs[225] lui étaient généralement accordés. La création d'obligations[226] par la volonté d'une seule personne apparaissait impossible[227], illogique[228], malcommode[229] et inutile[230].

57. - Aujourd'hui, ces critiques ont été pour la plupart réfutées et la doctrine apparaît plutôt favorable[231] à la reconnaissance de l'engagement unilatéral de volontés comme source d'obligations sous la nuance cependant que cette théorie de l'engagement unilatéral n'a vocation à s'appliquer que dans des circonstances particulières et à des conditions strictes. Ces auteurs ne peuvent qu'être confortés par le droit positif actuel, puisque aussi bien la loi[232] que la jurisprudence[233] consacrent, parfois implicitement, cette notion.

---

222 R. ELIAS, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale - Etude et critique*, th. Paris 1909 - J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris 1931, spéc. p. 142 s.
Voir, plus nuancés, J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949, n° 320 s. - A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 426 s., p. 426 s.

223 Par exemple la renonciation, la résiliation unilatérale, voir J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949, n° 251 et s.

224 Par exemple l'aveu, la reconnaissance d'enfant naturel, voir J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949, n° 259 s.

225 Par exemple le testament, J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949, n° 264 s.

226 Et plus précisément d'une créance au profit d'un tiers bénéficiaire, puisqu'il n'est pas soutenu qu'une personne puisse se constituer créancière vis-à-vis d'un tiers, voir l'article 1119 du Code civil.

227 R. ELIAS, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale - Etude et critique*, th. Paris 1909, p. 62

228 J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris 1931, p. 146 s.

229 J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949, n° 289 et 291.

230 A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 450, p. 454 et J.-L. AUBERT, Encycl. Dalloz, Rép. civ., v° *Engagement par volonté unilatérale*, mars 1998, n° 17 s., p. 3.

231 M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Préface de J. Mestre, PUAM 1995 - P. JESTAZ, *L'engagement par volonté unilatérale*, in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, éd. Bruylant-Dalloz 1994, p. 3 s. - J.-L. AUBERT, Encycl. Dalloz, Rép. civ., v° *Engagement par volonté unilatérale*, mars 1998 - A. SERIAUX, *L'engagement unilatéral en droit positif français actuel*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de C. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica 1999, p. 7.
Voir par exemple en sens contraire H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1° vol., *Obligations : théorie générale*, Montchrestien 8° éd. 1991, n° 370, p. 338 qui sont plus sceptiques.

232 Voir par exemple la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985, art. 1°, modifiant l'article 1832 du Code civil sur la société unipersonnelle.

C'est d'ailleurs cette consécration qui a amené un auteur à démontrer « *l'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain* »[234]. « *Débarrassée des excès qu'elle a suscités, la théorie de l'engagement unilatéral de volonté confirme ainsi son aptitude à résoudre, pour le meilleur profit de la sécurité juridique et du respect des volontés individuelles, certaines difficultés qui ne peuvent trouver de solution sur le terrain contractuel faute d'accord de volontés* »[235]. Il est d'ailleurs explicitement dit ici que l'engagement unilatéral ne peut prospérer qu'en cas d'absence d'accord de volontés. La coexistence entre un tel accord et la qualification d'engagement unilatéral apparaît donc, selon la théorie générale de l'acte juridique, comme un contresens. Nous verrons que c'est loin d'être le cas en droit du travail.

Lorsque l'engagement unilatéral correspond bien à une manifestation unilatérale de volonté, c'est plus particulièrement en droit du travail que le recours à cette notion est des plus affirmés en droit positif, et depuis déjà de nombreuses années.

2 - Son application en droit du travail

58. - Le droit du travail constitue sans aucun doute un terrain d'élection pour le développement de cette notion et plus généralement des actes juridiques unilatéraux. En effet, le pouvoir de direction de l'employeur, son pouvoir de donner des ordres à ses salariés, de les sanctionner, d'édicter des normes de portée générale s'expriment naturellement au travers d'actes juridiques unilatéraux[236]. Selon un auteur, « *l'unilatéralité est le rapport inégalitaire entre l'auteur et le destinataire de*

---

233 Cass. civ. 1° 10 octobre 1995, Bull. civ. I, n° 352, p. 246 ; D. 1997, p. 155, note G. PIGNARRE : « *la transformation - improprement appelée novation - d'une obligation naturelle en obligation civile (...) repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle* ».

234 M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Préface de J. Mestre, PUAM 1995.

235 J.-L. AUBERT, Encycl. Dalloz, Rép. civ., v° *Engagement par volonté unilatérale*, mars 1998, n° 39 s., p. 5.

236 E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *Préface de G. Cornu*, Economica 1985, n° 223, p. 142 : « *Ainsi peut-on admettre que le pouvoir qui permet à son titulaire de décider pour autrui se traduit toujours par la conclusion d'un acte unilatéral* ». Cette position peut être contestée dans la mesure où les accords collectifs relèvent du pouvoir normatif (partagé avec les représentants syndicaux) de l'employeur, et constituent des actes juridiques bilatéraux.
V. également J.-C. JAVILLIER, *Le contenu des accords d'entreprise*, Dr. soc. 1982, p. 691, spéc. p. 697, sur la distinction entre l'unilatéral et le négocié.

l'acte »[237]. L'acte unilatéral s'analyse alors en une technique impliquant une supériorité juridique de son auteur envers son destinataire.

Or, le droit du travail est précisément caractérisé par une telle hiérarchie entre l'employeur et le salarié, placé sous la subordination du premier. Ceci explique, d'une part, la fréquence des actes unilatéraux de l'employeur[238] et, d'autre part, la relative rareté de ceux émanant du salarié. Une telle divergence se retrouve également en matière d'engagement unilatéral, espèce particulière parmi ces actes unilatéraux. Aucun contentieux significatif ne peut être relevé en ce qui concerne d'éventuels engagements unilatéraux du salarié, « *situation qui n'est guère étonnante au vu du faible pouvoir de décision des salariés dans l'entreprise* »[239]. Par ailleurs, en raison du principe de faveur, de tels engagements de la part des salariés, s'ils conduisent à franchir à la baisse le plancher de leurs droits minima, n'auront aucune efficacité.

En tout état de cause, seront uniquement évoqués ici les engagements unilatéraux de l'employeur car eux seuls reviennent, dans certains cas, à nier le rôle d'un accord de volontés antérieur.

59. - L'engagement unilatéral de l'employeur peut être à portée individuelle ou collective. Le premier cas ne soulève pas de difficultés particulières. La notion d'engagement unilatéral apparaît en effet très similaire à celle en vigueur en droit commun : par sa seule volonté, l'employeur devient débiteur vis-à-vis d'un salarié individualisé[240]. Ne participant pas à la négation du rôle d'un accord de volontés, cette hypothèse n'appelle par conséquent pas de développements spécifiques.

Dans le second cas, le créancier est une collectivité abstraitement définie de salariés. En elle-même, cette conception de l'engagement unilatéral apparaît relativement novatrice par rapport au droit commun dans lesquelles de telles hypothèses sont extrêmement rares[241]. Il est surtout déterminant de bien l'identifier. En effet, c'est à l'intérieur de cette catégorie

---

[237] M. HECQUARD-THERON, *Essai sur la notion de réglementation*, LGDJ 1977, Bibl. dr. pub., t. 126, p. 23.

[238] Voir sur ce thème, S. JEAN, *L'acte unilatéral de l'employeur*, th. Paris I, 1999. On citera, par exemple, les sanctions disciplinaires ou le licenciement, ainsi que le règlement intérieur, le plan social.

[239] E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur,* Dr. soc. 1994, p. 227, spéc. p. 228.

[240] Voir par exemple Cass. soc. 18 mai 1999, RJS 7/99, n° 895, p. 553 : l'employeur avait pris l'engagement de reprendre l'ancienneté du salarié.

[241] S. JEAN, *L'acte unilatéral de l'employeur*, th. Paris I, 1999, p. 51 - M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Préface de J. Mestre, PUAM 1995, n° 164, p. 116.

que se trouvent les cas dans lesquels le rôle d'un accord de volontés a été nié. Il faut donc mieux préciser cette notion d'engagement unilatéral de l'employeur à portée collective, et notamment en rendant compte de l'évolution de la jurisprudence à ce sujet.

60. - D'un point de vue terminologique, la jurisprudence est dans un premier temps restée relativement vague, ne mentionnant que les engagements de l'employeur[242] puis s'est montrée plus précise, invoquant explicitement l'engagement unilatéral de l'employeur[243].

Au delà de cette simple précision formelle, l'engagement par volonté unilatérale est aisément caractérisé lorsque l'employeur a par sa seule volonté clairement formé un acte unilatéral constitutif d'une créance au profit d'une collectivité de destinataires. Cette qualification est plus difficile lorsque la volonté n'apparaît qu'implicite. Il n'y a pas lieu de consacrer à ces différents points des développements approfondis puisqu'ils ne remettent pas en cause un accord de volontés. En effet, seul un problème d'extériorisation de la volonté se pose alors[244]. Il est cependant utile, afin de délimiter nettement les cas d'engagement unilatéral dans lesquels une négation du rôle de la volonté interviendra, de présenter brièvement ces

---

[242] V. par ex. Cass. soc. 23 février 1972, Bull. civ. V, n° 150, p. 140 - Cass. soc. 14 juin 1984, Dr. soc. 1985, p. 192, obs. J. SAVATIER - Cass. soc. 5 mars 1987, Bull. civ. V, n° 115, p. 74 - Cass. soc. 7 janvier 1988, Dr. soc. 1988, p. 466, obs. C. FREYRIA - Cass. soc. 23 octobre 1991, RJS 1/92, n° 60, p. 54 - Cass. soc. 22 janvier 1992, D. 1992, jurisp. p. 378, note B. MATHIEU - Cass. soc. 17 mars 1993, Dr. soc. 1993, p. 457.

[243] Voir par exemple Cass. soc. 4 avril 1990, Dr. soc. 1990, p. 806, obs. J. SAVATIER : selon la Cour, « *l'employeur n'est en droit de revenir à tout moment sur un engagement unilatéral que si celui-ci a été pris pour une durée indéterminée* ». Il s'agit pour M. DOCKES de l'arrêt de principe à ce sujet.
Voir déjà Cass. soc. 7 mars 1990, pourvoi n° 88-16.339, Juridisque Lamy Cassation, Volume II : « *la créance en question avait pour origine un engagement unilatéral de [l'employeur] pris antérieurement à l'ouverture de la procédure collective* ». Voir également Cass. soc. 7 mars 1990, pourvoi n° 86-43.243.
Plus récemment, voir Cass. soc. 20 mai 1992, RJS 7/92, n° 858, p. 477 - Cass. soc. 7 mai 1998, RJS 10/98, n° 1255, p. 756 : « *l'engagement pris devant le comité d'entreprise d'octroyer des jours de congés supplémentaires pour la garde d'un enfant malade constituait un engagement unilatéral de l'employeur* » - Cass. soc. 18 mars 1997, Dr. soc. 1997, p. 546, obs. G. COUTURIER et J. SAVATIER ; D. 1998, Somm. p. 256, obs. A. LYON-CAEN : « *attendu que l'avantage consenti aux salariés dans le protocole d'accord conclu par les sociétés avec leur comité d'entreprise ne résultait pas d'un accord collectif mais constituait un engagement unilatéral de l'employeur* » - Cass. soc. 19 novembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 89, obs. G. COUTURIER : « *un accord conclu avec les représentants du personnel n'a que la valeur d'un engagement unilatéral* » - Cass. soc. 15 juillet 1998, RJS 10/98, n° 1254, p. 755; JCP 1999, éd. E, p. 181, n. M. DEL SOL : « *Mais attendu, d'abord, que l'accord conclu au sein d'une entreprise entre l'employeur et des salariés n'ayant pas la qualité de délégués syndicaux n'a ni la valeur ni les effets d'un accord collectif ; que son contenu n'est pas opposable aux salariés qui peuvent, cependant, se prévaloir d'un avantage contenu dans cet accord, qui ne vaut alors que comme engagement unilatéral de l'employeur* ».

[244] *Cf. infra* n° 371 s.

deux hypothèses. Nous allons donc examiner les engagements unilatéraux résultant d'une volonté claire de l'employeur, puis ceux dans lesquels la volonté de l'employeur n'est qu'implicite.

61. - Dans le premier cas, l'employeur a clairement créé une obligation à sa charge dans le cadre d'un acte juridique unilatéral à destination d'une collectivité de salariés abstraitement définie. Un tel engagement peut résulter d'un acte unilatéral tel qu'une circulaire interne[245], une note de la direction[246], un guide du personnel[247], une décision du conseil d'administration[248], un plan social[249] ou toute autre forme de plan, tel que le plan pour l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes[250], le plan de formation[251]. Il peut également résulter d'un procès-verbal du comité d'entreprise[252] ou d'une réunion des délégués du personnel[253] relatant l'engagement pris devant ces organes. Il en va de même à propos de décisions prises par l'employeur à l'issue d'une négociation d'entreprise

---

[245] Cass. soc. 3 février 1993, RJS 3/93, n° 337, p. 207 ; Rev. trim. dr. civ. 1994, p. 103, obs. J. MESTRE : « *la circulaire (...) constituait un engagement de l'employeur vis-à-vis de ses salariés* ».

[246] Cass. soc. 5 mars 1987, Bull. civ. V, n° 115, p. 74 : « *l'employeur (...) ne peut revenir sur l'engagement de verser une augmentation* [de salaire] *à une date déterminée* » - Cass. soc. 13 octobre 1993, Dr. soc. 1993, p. 966.

[247] CA Paris 26 octobre 1990, RJS 1/91, n° 129, p. 62 : « *un guide du personnel (...) constitue un engagement unilatéral de l'employeur* ».

[248] Cass. soc. 17 mars 1993, Dr. soc. 1993, p. 457.

[249] Cass. soc. 4 avril 1990, Dr. soc. 1990, p. 806, obs. J. SAVATIER - Cass. soc. 23 février 1994, Dr. soc. 1994, p. 516 - Cass. soc. 6 juin 2000, RJS 7-8/00, n° 786, p. 553. Sur la nature juridique du plan social, voir F. GAUDU, *L'extinction du plan social (contribution à l'étude du terme et de la résiliation des engagements par volonté unilatérale)*, D. 1995, chron. p. 337 - F. GAUDU, *Le contrôle de l'exécution du plan social*, Dr. soc. 1994, p. 492, n° 16 (« *acte collectif unilatéral de droit privé* ») - P. WAQUET, *Les plans sociaux*, RJS 5/96, p. 303, spéc. p. 305 - 306 - J. SAVATIER, *L'engagement de ne pas licencier certains salariés souscrits par un employeur dans une convention d'allocations spéciales FNE*, Dr. soc. 1999, p. 677, spéc. p. 678 - G. COUTURIER, *Plan social, accord collectif et convention de préretraite FNE, Les enseignements de la jurisprudence Total raffinage distribution (Cass. soc. 26 janvier 2000 et 23 juin 1999)*, Dr. soc. 2000, p. 392, spéc. p. 393 - F. GEA, *Le plan social, un acte normateur*, D. 2000, chron. p. 550.
Le plan social peut revêtir soit la forme d'un accord collectif de travail s'il a été conclu avec les syndicats représentatifs (art. L. 312-6 C. trav.), soit la forme d'un engagement unilatéral de l'employeur.

[250] P. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, Préf. T. REVET, Litec 1998, n° 254, p. 167.

[251] Sur la nature unilatérale de ces différents actes juridiques, voir S. JEAN, *L'acte unilatéral de l'employeur*, th. Paris I, 1999, p. 5 - S. NEUVILLE, *Le plan en droit privé*, Préface C. Saint Alary Houin, LGDJ 1998, Bibl. dr. priv., t. 296, n° 111 s., p. 112 s. et n° 163 s., p. 164 s. - J. KENGNE, *Recherches sur la notion de plan en droit du travail*, th. Paris X, 1998.

[252] Cass. soc. 20 mai 1992, RJS 7/92, n° 858, p. 477 - Cass. soc. 7 mai 1998, RJS 10/98, n° 1255, p. 756 : « *l'engagement pris devant le comité d'entreprise d'octroyer des jours de congés supplémentaires pour la garde d'un enfant malade constituait un engagement unilatéral de l'employeur* ».

[253] Cass. soc. 28 février 1996, RJS 4/96, n° 428, p. 259.

n'ayant pas abouti et qui sont consignées au sein du procès-verbal de désaccord qui clôt la négociation[254]. Un tel engagement peut encore résulter d'une part de dispositions incluses dans le règlement intérieur, sans pour autant appartenir à son domaine légal[255], et d'autre part des recommandations patronales[256] qui valent injonction des organisations patronales à leurs membres d'appliquer par exemple les dernières propositions formulées lors d'une négociation de branche ayant échoué[257].

Dans ces hypothèses, l'acte formé est incontestablement unilatéral et constitue un engagement à portée collective de la part de l'employeur, sans qu'un quelconque doute ne naisse à propos de ce caractère unilatéral : une seule volonté a formé cet acte qui mérite dès lors parfaitement cette qualification.

62. - Dans le second cas, la volonté de l'employeur de mettre une obligation à sa charge n'est qu'implicite. Il s'agit essentiellement des usages d'entreprise, qui correspondraient, selon la terminologie adoptée par M. DOCKES, à des « *engagements unilatéraux nés de la pratique* »[258]. L'usage d'entreprise naît effectivement de la répétition d'actes unilatéraux décidés par l'employeur qui, s'ils présentent en outre des caractères de généralité et de fixité suffisants, engageront l'employeur pour l'avenir. D'après un auteur, « *la pratique suivie par l'employeur révèle sa volonté de s'engager envers*

---

254 Ce procès-verbal contient, selon l'article L. 132-29 al. 2 du Code du travail, « *les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement* ». J. SAVATIER, *Décisions unilatérales de l'employeur à défaut d'un accord collectif prévu par la loi*, Dr. soc. 1990, p. 316.

255 Cass. soc. 22 janvier 1992, D. 1992, jurisp. p. 378, note B. MATHIEU - Cass. soc. 10 janvier 1995, Dr. soc. 1995, p. 196 - Cass. soc. 23 mai 1995, RJS 7/95, n° 765, p. 505 - Cass. soc. 26 mai 1999, RJS 7/99, n° 916, p. 562.

256 Cass. soc. 4 mars 1981, 2 arrêts, Bull. civ. V, n° 178 et 180, p. 132 s. ; Dr. ouvr. 1982, p. 105, n. J. GUILLEMOT ; D. 1982, IR p. 82, obs. J. PELISSIER - Cass. soc. 8 octobre 1987, D. 1989, jurisp. p. 85, note M. VERICEL - Cass. soc. 29 juin 1999, Petites Affiches 10 mars 2000, n° 50, note S. JOLY ; D. 2000, jurisp. p. 50, n. R. DE QUENAUDON ; JCP 2000, E, p. 953, n. P. DEUMIER ; JCP 2000, G, I, 263, obs. P. MORVAN ; Dr. soc. 1999, p. 795, concl. J. DUPLAT (selon ce dernier, « *en définitive, pourquoi lorsque le texte d'une recommandation est clair et a valeur d'engagement impératif, ne produirait-il pas en tant qu'engagement collectif d'un groupement d'employeurs les mêmes effets contraignants à l'égard des salariés des entreprises membres du groupement, que l'engagement unilatéral d'un employeur qui s'engage dans ses rapports avec les salariés de son entreprise ?* »). Voir H. BLAISE, *Les recommandations patronales de salaires*, Bull. soc. F. Lef. 10/81, p. 353 - B. BOUBLI, *La force obligatoire des recommandations patronales*, TPS 8-9/99, p. 6.
Cette qualification d'engagement unilatéral est néanmoins encore contestée aujourd'hui (voir par exemple N. MOLFESSIS, *La nature juridique des recommandations patronales*, Rev. trim. dr. civ. 2000, p. 200, spéc. p. 206).

257 Cass. soc. 31 mars 1981, Dr. ouvr. 1982, p. 106, n. J. GUILLEMOT.

258 E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur,* Dr. soc. 1994, p. 227, spéc. p. 233.

les travailleurs »[259]. Il est incontestable que chaque acte ponctuellement formé par l'employeur constitue un engagement de sa part. La question délicate à régler concerne le futur : de la pratique née s'induit la volonté de l'employeur de se considérer à l'avenir comme débiteur dans les mêmes conditions. Il s'agit d'un exemple d'extériorisation implicite de la volonté[260] de l'employeur.

La qualification précise de l'usage d'entreprise est néanmoins elle aussi très discutée[261]. Certains y ont perçu la référence à un accord tacite, résultant de l'acceptation tacite par les salariés d'une offre elle-même tacite de l'employeur[262]. D'autres, notamment au vu de l'évolution de la jurisprudence, considèrent que l'usage d'entreprise et l'engagement unilatéral devraient être assimilés[263].

Cette discussion n'a cependant pas d'incidence sur le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique désigné sous le terme « *usage* » : en effet, dans le premier cas, la discussion concernait la rencontre de deux volontés, certes tacites, mais dont personne ne contestait qu'elle donnait naissance à un accord. Dans l'autre cas, il s'agit uniquement d'un problème de qualification de l'acte juridique résultant de la volonté unilatérale de l'employeur. Doit-on le nommer, dans cette hypothèse, engagement unilatéral de volonté ou usage d'entreprise ? La division fondamentale de la théorie générale de l'acte juridique entre acte juridique unilatéral et acte conventionnel est donc ici respectée.

---

[259] J. SAVATIER, *La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise*, Dr. soc. 1986, p. 893. A cette époque, M. SAVATIER était néanmoins extrêmement réservé sur la qualification d'engagement unilatéral appliquée aux usages de l'entreprise.
Voir également J. DEPREZ, *Naissance de la norme dans l'entreprise : interprétation de la volonté de l'employeur et constatation de l'usage*, Dr. soc. 1987, p. 637.

[260] *Cf. infra* n° 522.

[261] R. DE QUENAUDON, *Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 265, spéc. p. 275 - P.-H. ANTONMATTEI, *Le statut collectif des salariés : jurisprudence récente*, Dr. soc. 1997, p. 35.

[262] P. LANGLOIS, *Les usages*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 285.

[263] E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. soc. 1994, p. 227, spéc. p. 232 - C. GERMAIN, *Droit du travail et théorie générale de l'acte juridique*, th. Bordeaux IV, 2000, n° 92, p. 102 s. Voir d'ailleurs M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Préface de J. Mestre, PUAM 1995, n° 176 s., p. 130 s., qui qualifie cette sorte d'engagement d'« *engagement unilatéral progressif* » - G. COUTURIER, note sous Cass. soc. 5 juin 1996, Dr. soc. 1996, p. 973 : « *la référence à l'engagement unilatéral (...) n'est plus seulement maintenant une alternative possible à la référence à l'usage : elle est en passe de supplanter cette référence traditionnelle* ».
Voir, plus réservés, P. TRISSON-COLLARD, *La contribution du droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral*, Les Petites Affiches n° 49 du 9 mars 2000, p. 4, spéc. n° 5, p. 5 - J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, Droit du Travail, Dalloz, 20ème édition 2000, n° 93, p. 107.
Cf. infra n° 522.

63. - Si en définitive, le droit du travail constitue un terrain propice à la consécration de l'engagement unilatéral de l'employeur à portée collective, cette qualification ne suscite pas, dans la plupart des cas, de discussions quant au rôle de la volonté dans la formation de cet acte. L'hypothèse dans laquelle une telle discussion va naître en ressort d'autant plus clairement. En effet, il est des cas d'engagements unilatéraux dans lesquels le droit du travail apparaît en contradiction flagrante avec la théorie générale de l'acte juridique. Cela correspond au développement récent du recours à la notion d'engagement unilatéral en matière de relations collectives de travail, alors que l'acte juridique litigieux résultait d'un accord de volontés.

B - L'engagement unilatéral résultant d'un accord de volontés

64. - Lorsque la qualification d'engagement unilatéral est retenue par la jurisprudence et approuvée par une grande partie de la doctrine alors qu'un accord de volontés est constaté, une interrogation ne peut que surgir sur une éventuelle remise en cause de la distinction entre acte juridique conventionnel et acte juridique unilatéral, et plus précisément du rôle de l'accord de volontés en droit du travail. En effet, celui-ci devrait empêcher cette qualification d'engagement unilatéral.

C'est pourtant ce qui se produit parfois en matière de négociation collective. La conclusion d'une convention collective ou d'un accord collectif obéit à des règles très strictes, à la fois quant aux conditions de forme[264] et quant aux conditions de fond[265]. Le non respect de certaines de ces conditions (1) ne va cependant pas entraîner une totale inefficacité de la situation juridique, puisque celle-ci peut aboutir à la qualification d'engagement unilatéral (2), alors même qu'un processus contractuel était engagé.

---

[264] M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK*, t. 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, n° 191 bis et s., p. 335 s.

[265] M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK*, t. 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, n° 125, p. 218 s. Voir p. 517 s. pour les accords collectifs au niveau de l'entreprise et de l'établissement.

1 - La violation de certaines règles relatives à la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif

65. – De nombreuses dispositions régissent la conclusion d'une convention ou d'un accord collectifs. Les violations de ces dispositions peuvent être classées en deux catégories, selon qu'elles affectent les principes régissant le contenu de tels accords d'une part, ou ceux régissant les conditions de forme de l'accord et de compétence des parties d'autre part[266]. Ce n'est en effet que dans cette seconde hypothèse que le droit du travail utilisera la notion d'engagement unilatéral pour assurer la destination collective de la volonté de l'employeur.

66. - Dans le premier cas, c'est le contenu même de l'accord qui pose problème. Les conventions ou accords collectifs ne peuvent contredire la loi lorsque celle-ci est impérative (c'est l'ordre public absolu)[267] et dans les autres hypothèses, ils ne peuvent contenir que des dispositions plus favorables que celle-ci[268] en vertu du principe de faveur (c'est l'ordre public social)[269].

---

[266] M. DESPAX, *La mesure de l'application de la loi sur les conventions collectives à la négociation d'entreprise : les accords en marge de la loi*, Dr. soc. 1982, p. 672 - M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. Paris 1986, p. 709.

[267] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 85, p. 93 - F. BOCQUILLON, *Que reste-t-il du « principe de faveur » ?*, Dr. soc. 2001, p. 255, spéc. p. 256.

[268] La norme de référence, au niveau de l'entreprise, pouvant également être la convention collective. Voir l'article L. 132-23 du Code du travail et J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 87, p. 97.

[269] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 85, p. 93. Voir N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Préf. H. Sinay, LGDJ 1980, Bibl. dr. soc. t. 22, p. 52 s. - G. LYON-CAEN, *Négociation collective et législation d'ordre public*, Dr. soc. 1973, p. 89 - L. ROZES, *Remarques sur l'ordre public en droit du travail*, Dr. soc. 1977, p. 311 - G. COUTURIER, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Et. offertes à J. Flour*, Rép. not. Defresnois 1979, p. 95 - M. BONNECHERE, *L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité*, Dr. ouvr. 1988, p. 171 - M. BONNECHERE, *L'ordre public au sens du droit du travail*, JCP 1974, I, 11604 - A. CHEVILLARD, *La notion de disposition plus favorable*, Dr. soc. 1993, p. 363 - M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Préf. M. Despax, LGDJ 1994, Bibl. dr. soc. t. 27, n° 19 s., p. 36 s. - Y. CHALARON, *L'application de la disposition la plus favorable*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 243 - A. JEAMMAUD, *Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente*, Dr. soc. 1999, p. 115 - T. REVET, *L'ordre public dans les relations de travail*, in *L'ordre public à la fin du XX° siècle*, Dalloz 1996, p. 52 s. – F. GAUDU, *L'ordre public en droit du travail*, in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI° siècle*, LGDJ 2001, p. 363.

Il faut bien distinguer le principe de faveur et l'impérativité de la loi d'ordre public (*cf.* Y. CHALARON, *L'accord dérogatoire en matière de temps de travail*, Dr. soc. 1998, p. 355, spéc. p. 357 – F. BOCQUILLON, *Que reste-t-il du « principe de faveur » ?*, Dr. soc. 2001, p. 255).

La loi étant censée poser des règles minimales qui ne peuvent être modifiées que dans un sens favorable aux salariés, toute négociation collective qui aboutirait à enfreindre ce principe[270] ne présenterait aucune valeur juridique[271], ni aucun intérêt pour les salariés, ce qui explique incontestablement que la qualification d'engagement unilatéral de l'employeur n'apparaisse pas dans ces hypothèses.

67. - Au contraire, dans le second cas, le contenu de l'accord conclu ne contrevient pas, ou pas totalement, aux principes régissant l'ordre public en droit du travail. Le problème réside seulement dans les modalités de sa conclusion : il s'agit alors, schématiquement, de ce que la doctrine qualifie d'accords atypiques.

Le fait que les salariés aient tout avantage à ce que s'applique la convention ou l'accord litigieux justifie[272] alors la tendance du droit positif à reconnaître la destination collective de la volonté, même s'il faut pour cela avoir recours à la notion d'engagement unilatéral, alors que deux ou plusieurs volontés se sont accordées.

Il est utile de différencier les modalités de conclusion de ces accords, dont le non respect entraîne la qualification d'engagement unilatéral, à savoir la compétence des parties à la convention ou l'accord collectif (a), et les conditions de forme (b). En effet, cette différenciation permettra par la suite de mieux souligner la portée juridique de l'accord intervenu[273].

a - La compétence des parties

68. - C'est l'article L. 132-2 du Code du travail qui détermine les parties à une convention ou à un accord collectif puisqu'il énonce que cet acte « *est conclu entre, d'une part, une ou plusieurs organisations*

---

[270] En pratique, seules certaines clauses de l'accord collectif contrediront ce principe, rarement l'accord tout entier.

[271] Sauf à y être expressément autorisé par la loi, ce sont alors les accords dérogatoires, qui peuvent contenir des règles différentes de celles prévues par la loi, sans être forcément défavorables aux salariés. Voir F. BOCQUILLON, *La dérogation en droit du travail*, th. Strasbourg 1999 – J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 88, p. 98 - Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 204, p. 203 - M. POIRIER, *La clause dérogatoire* in pejus, Dr. soc. 1995, p. 885 - G. BORENFREUND, *La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires*, Dr. soc. 1990, p. 626 – Y. CHALARON, *L'accord dérogatoire en matière de temps de travail*, Dr . soc. 1998, p. 355.

[272] R. DE QUENAUDON, *Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé*, Dr. soc. 1981, p. 401, spéc. n° 16, p. 406, qui s'en félicite « *pour une raison d'opportunité* ».

[273] *Cf. infra* n° 107 s.

syndicales de salariés reconnues représentatives (...) ou qui sont affiliées aux dites organisations, ou qui ont fait la preuve de leur représentativité (...) d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs ou tout autre groupement d'employeurs ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement ».

On constate d'emblée une différence très nette selon que la partie représente les intérêts de l'employeur ou qu'elle représente ceux des salariés. Conçues de manière relativement large, les dispositions concernant la représentation de l'employeur ne suscitent guère de problèmes, à la fois en jurisprudence ou sur le plan théorique[274]. Au contraire, les règles relatives à la partie salariée sont beaucoup plus restrictives[275] et soulèvent de nombreuses difficultés.

En effet, s'il a été démontré que le véritable titulaire du droit à la négociation collective est une collectivité de salariés ayant des intérêts communs[276], cette entité inorganisée ne peut en pratique ni négocier ni conclure une convention ou un accord collectif, pas plus qu'un salarié à titre individuel. Seuls des intermédiaires pourront prendre part à ce processus conventionnel et la loi en a déterminé les modalités de désignation de manière restreinte, puisqu'il résulte de la combinaison des articles L. 132-2 et L. 411-17 du Code du travail que la partie salariée à une convention ou un accord collectif de travail ne peut être qu'une organisation syndicale de salariés satisfaisant à différents critères alternatifs de représentativité. Ce monopole syndical[277] dans la négociation collective, qui se retrouve également au niveau des conventions ou accords d'entreprise ou d'établissement par l'article L. 132-19 du Code du travail, est une des causes principales du développement des accords atypiques (I). Mais des assouplissements à ce monopole sont apparus et se sont développés récemment, ce qui devrait limiter les litiges relatifs à la compétence des parties (II).

---

274 Sur l'habilitation patronale à négocier, voir F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Préf. P. Rodière, LGDJ 2000, Bibl. dr. priv. t. 291, n° 291 s., p. 343 s.

275 M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK*, t. 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, n° 183 s. , p. 324 s. - Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 39 s., p. 34 s.

276 M.-L. MORIN, *Des titulaires du droit à la négociation collective*, Dr. soc. 1988, p. 24 - M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Préf. M. Despax, LGDJ 1994, Bibl. dr. soc. t. 27, n° 290 s., p. 261 s.

277 Il apparaît que ce monopole constitue non pas un principe constitutionnel, mais un simple principe légal (J.-M. VERDIER, *Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ?*, Dr. soc. 1997, p. 1040, spéc. p. 1042). *Cf. infra* n° 70.

I - Monopole syndical et accords atypiques

69. - En raison de ce monopole, un accord collectif ne peut, en principe, être conclu entre l'employeur et des représentants du personnel, membres du comité d'entreprise ou délégués du personnel, voire des groupes informels de salariés formés ponctuellement par exemple à la suite d'un conflit collectif[278], ou même par voie de référendum auprès des salariés dans leur ensemble[279].

Or, la pratique révèle que de nombreux accords sont néanmoins conclus en violation de ces différentes interdictions. De nombreuses raisons ont été avancées pour expliquer ce phénomène[280].

En premier lieu, il n'existe pas toujours dans l'entreprise des organisations syndicales représentatives avec lesquelles il serait possible de conclure un accord collectif. Il arrivera en conséquence que l'employeur se tourne par nécessité vers les représentants du personnel[281].

En second lieu, ce choix de s'adresser aux représentants du personnel n'est pas toujours opéré par défaut, mais il l'est parfois volontairement par l'employeur, s'il lui semble plus légitime et plus efficace de négocier avec des représentants élus par les salariés. En effet, ces représentants élus peuvent apparaître à ses yeux plus représentatifs que les délégués syndicaux. L'acceptation pratique par le personnel de l'accord ainsi conclu en sera peut-être facilitée. En outre, il arrive que l'employeur et les salariés souhaitent ensemble négocier sans passer par l'intermédiaire des organisations syndicales. D'ailleurs, la nécessaire consultation des institutions représentatives du personnel amène l'employeur à être en

---

278 R. DE QUENAUDON, *Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé*, Dr. soc. 1981, p. 401.

279 B. GAURIAU, *Le référendum, un préalable nécessaire ?*, Dr. soc. 1998, p. 338 - B. GAURIAU, *Le référendum et les accords « Aubry II » (A propos de l'article 19 de la loi)*, Dr. soc. 2000, p. 311 - J. BARTHELEMY, *Le référendum en droit social*, Dr. soc. 1993, p. 89 - J. GRIMALDI D'ESDRA, *Nature et régime juridiques du référendum en droit social*, Dr. soc. 1994, p. 397 - F. HENOT, *Pratiques référendaires et gouvernabilité de l'entreprise*, in *La gouvernabilité*, ouvrage collectif CURAPP, PUF 1996, p. 129 - Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 159 s., p. 145 s. - M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. Paris 1986, p. 539 s. et p. 742 s.

280 J.-C. JAVILLIER, *Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail, (le cas des représentations des salariés dans l'entreprise)*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 219 - M. DESPAX, *Les paradoxes de la négociation d'entreprise*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 267, spéc. p. 276 s.

281 R. DE QUENAUDON, *Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 265 : « *l'apparition de ces actes* [atypiques d'entreprise] *est peut-être inévitable en raison de l'absence ou de la carence de l'interlocuteur syndical* ».

contact presque permanent avec celles-ci[282]. Or, de la consultation à la négociation et à la conclusion d'un acte juridique, la frontière est étroite[283], et ce d'autant plus que cette consultation s'impose, que l'acte juridique envisagé par l'employeur soit unilatéral ou surtout, qu'il prenne la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise[284].

Enfin, il est même des hypothèses dans lesquelles l'employeur s'adressera, non pas à ces organisations, ni aux représentants du personnel, - soit parce qu'ils n'existent pas dans l'entreprise, soit parce qu'il ne le souhaite pas - , mais aux salariés directement[285]. Tel sera le cas à la suite d'un conflit collectif, une grève : un protocole de fin de conflit peut être conclu entre l'employeur et les salariés ou un représentant par eux désigné spécialement. Tel sera le cas plus généralement dans l'hypothèse du recours au référendum[286], même si alors la qualification conventionnelle est très contestable[287] en raison, notamment, de l'absence de personnalité juridique du personnel pris dans sa globalité[288].

II - Les limitations au monopole syndical

70. - Certains assouplissements existent néanmoins, et se sont développés récemment, ce qui devrait immanquablement entraîner une diminution des conventions et accords conclus en marge de la loi[289], et donc le recours à la théorie de l'engagement unilatéral de l'employeur. En effet, l'orientation actuelle du droit du travail consiste précisément à faciliter la conclusion d'accords collectifs. Il n'est certes plus question alors d'une quelconque négation d'un accord de volontés, mais il est utile de préciser

---

[282] C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43, spéc. n° 5 p. 45.

[283] En consultant les institutions représentatives du personnel, l'employeur leur demande leur avis. Il y a donc deux manifestations de volontés émanant de deux personnes différentes, et portant sur le même thème. Seulement, leur objet n'est pas la formation immédiate d'un acte juridique. Au contraire, dans une négociation, le but des négociateurs est bien la formation directe d'un acte juridique.

[284] Cass. soc. 5 mai 1998, D. 1998, jurisp. p. 608, n. G. AUZERO - P.-Y. VERKINDT, *De la consultation à la négociation : questions de procédure*, Dr. soc. 1998, p. 321.
Il faut également rappeler que la loi autorise dans certains cas le cumul des fonctions de représentant syndical et de membre du comité d'entreprise (C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43, spéc. n° 7 p. 47).

[285] Il arrivera bien sûr que c'est parfois l'employeur qui est sollicité par les salariés.

[286] En dehors des hypothèses prévues par les lois Aubry I et II, *cf. infra* n° 74.

[287] Voir cependant Cass. soc. 5 janvier 1984, Dr. soc. 1985, p. 192, obs. J. SAVATIER ; Dr. ouvr. 1985, p. 69, obs. J. GRINSIR : cas particulier d'un accord de prévoyance, domaine dans lequel la loi prévoit elle-même la conclusion d'un accord collectif par ratification du personnel, *cf.* Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 159 s., p. 145 s.

[288] B. GAURIAU, *Le référendum, un préalable nécessaire ?*, Dr. soc. 1998, p. 338, spéc. p. 345 - J. BARTHELEMY, *Le référendum en droit social*, Dr. soc. 1993, p. 89, spéc. p. 90.

[289] M. DEL SOL, note sous Cass. soc. 15 juillet 1998, JCP 1999, éd. E, p. 181, n° 17 p. 184.

ces différentes hypothèses car le pouvoir de négocier conféré ici à d'autres intervenants que les délégués syndicaux a une incidence directe sur la portée juridique de l'accord de volontés, dans les hypothèses où la loi maintient toujours le monopole syndical[290].

Il fut proposé d'instituer, il y a une quinzaine d'années, un « *contrat collectif d'entreprise* », selon lequel s'opérait un « *renversement complet de la hiérarchie traditionnelle des sources du droit du travail : toutes les normes extérieures à l'entreprise, à la seule exception d'un « noyau dur » d'ordre public strict, deviendraient supplétives et ne s'appliqueraient à celle-ci qu'en l'absence d'un contrat collectif y ayant dérogé* »[291], celui-ci étant signé par l'employeur et les représentants élus des salariés. Fortement critiqué[292], ce projet n'a pas été concrétisé par le législateur, malgré une réapparition récente en doctrine[293].

71. - Un assouplissement des règles de la négociation collective a néanmoins été consacré en droit positif. Principalement, les parties à la négociation collective ne sont plus, du côté des salariés, les seuls délégués syndicaux, puisque l'accord peut être conclu dans certains cas par un salarié mandaté par les organisations syndicales représentatives, voire par des représentants du personnel ou par le personnel lui-même[294].

---

290 *Cf. infra* n° 123 s.

291 A. SUPIOT, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, Dr. soc. 1989, p. 195, spéc. p. 202.
Voir *Le contrat collectif d'entreprise*, Entreprise et Progrès, Liais. soc. 1985, Doct. V, n° 27/85.

292 A. SUPIOT, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, Dr. soc. 1989, p. 195, spéc. p. 202 - G. LYON-CAEN, *La bataille truquée de la flexibilité*, Dr. soc. 1985, p. 801, spéc. n° 29, p. 810 - G. BELIER, *Les dérogations au droit du travail dans de nouveaux contrats d'entreprise : réflexions critiques sur certains projets*, Dr. soc. 1986, p. 49 - R. PASCRE, *Le « contrat collectif d'entreprise » dévastateur*, Dr. ouvr. 1986, p. 266.
Parmi les rares auteurs favorables : J.-C. GUIBAL, *Point de vue : plaidoyer pour un « contrat collectif d'entreprise »*, Dr. soc. 1986, p. 602 - J. BARTHELEMY, *Rapport général sur la négociation collective*, Dr. soc. 1986, p. 597.

293 *Inventer de nouvelles relations dans l'entreprise, le contrat collectif d'entreprise*, Entreprise et Progrès, janvier 1995, Liais. soc. , Doc. n° 9/95 du lundi 16 janvier 1995, suppl. au n° 11850, V, 596. Voir J. BARTHELEMY, *L'innovation sociale par plus de contrats, Réflexion à propos du « contrat collectif d'entreprise »*, JCP 1996, E, I, 521 - J. BARTHELEMY, *Collectivité du personnel et notion d'entreprise*, D. 2000, p. 279.
Voir également le projet de Conseil d'entreprise établi par le Centre des Jeunes Dirigeants d'Entreprise (*Le Conseil d'Entreprise. La volonté de dialogue*, CJD Paris 1988, 15 p.). Voir J.-C. JAVILLIER, *Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail, (le cas des représentations des salariés dans l'entreprise)*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 219, spéc. p. 242.

294 Voir, pour un point de vue général, J.-M. VERDIER, *Représentants syndicaux ou élus des salariés, un droit positif encore chargé d'équivoques*, RJS 12/99, p. 824.

72. - Dans le premier cas, un accord d'entreprise peut être conclu entre l'employeur et un salarié expressément *mandaté* par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives[295]. Cette possibilité a d'abord[296] été énoncée par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 25 janvier 1995[297], dans les « *entreprises ne remplissant pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux* », puis a été reprise par la loi n° 96-985 du 12 novembre 1996, *relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, suite à l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 *relatif aux négociations collectives*[298]. L'article 6-III de cette loi a ouvert la possibilité à titre expérimental et jusqu'au 31 octobre 1998 de négocier dans toutes les branches professionnelles une convention prévoyant la faculté de conclure des accords d'entreprise, « *avec un ou plusieurs salariés expressément mandatés pour une négociation déterminée, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives* », lorsque cette entreprise est dépourvue de délégués syndicaux[299].

La condition relative à la nécessaire conclusion d'un accord de branche, qui n'avait pas été exigée par la Cour de cassation en 1995, est néanmoins rapidement apparue trop contraignante : la loi avait fixé comme date butoir le 31 octobre 1998, et il est apparu que moins d'une vingtaine d'accords de branche avait été signée[300]. En outre, le législateur n'a pas prolongé cette expérimentation après le 31 octobre 1998.

---

295 F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Préf. P. Rodière, LGDJ 2000, Bibl. dr. priv. t. 291, n° 313 s., p. 368 s. - J. SAVATIER, *Les accords collectifs conclus par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales (loi du 12 novembre 1996)*, Dr. soc. 1998, p. 330.

296 Dans un cas particulier, celui des accords préélectoraux, la jurisprudence avait déjà admis le mandatement (Cass. soc. 6 mai 1985, Bull. civ. V, n° 276, p. 198 - Cass. soc. 31 juillet 1986, D. 1987, Somm. p. 203, comm. M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC).
Voir A. SUPIOT, *Les accords préélectoraux*, Dr. soc. 1988, p. 115 - M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Préf. M. Despax, LGDJ 1994, Bibl. dr. soc. t. 27, n° 412, p. 348.

297 Cass. soc. 25 janvier 1995, Dr. soc. 1995, p. 274, obs. G. BORENFREUND ; D. 1995, p. 593, n. P. POCHET ; JCP 1995, I, 3901, n. P.-H. ANTONMATTEI - RJS 3/95, n° 279, p. 194 et RJS 4/95, p. 231, obs. J. SAVATIER.

298 Action Juridique CFDT, n° 116, janvier 1996 - G. COIN, *Politique contractuelle : L'accord interprofessionnel du 31 octobre sur la politique contractuelle*, Dr. soc. 1996, p. 3.

299 Cette formule est d'ailleurs plus large que celle retenue dans la décision du 25 janvier 1995, puisqu'une entreprise comportant plus de 50 salariés mais dépourvue de délégués syndicaux pourrait être concernée par la loi, ce qui n'était apparemment pas possible selon la Cour de cassation, voir G. BORENFREUND, *Pouvoir de représentation et négociation collective*, Dr. soc. 1997, p. 1006, spéc. p. 1010 - J.-M. VERDIER, *Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ?*, Dr. soc. 1997, p. 1040, spéc. p. 1042.

300 J.-E. RAY, *Quelques questions autour de la loi Aubry I*, Dr. soc. 1998, p. 764, spéc. p. 766.

Mais dans un domaine plus restreint du droit du travail, cet obstacle devait être bientôt levé par les lois dites Aubry I et Aubry II, n° 98-461 du 13 juin 1998 *relative à la réduction du temps de travail,* et n° 2000-37 du 19 janvier 2000, *relative à la réduction négociée du temps de travail,* qui permettent aussi la conclusion d'un accord collectif d'entreprise sur ce thème avec un salarié expressément mandaté par une organisation syndicale représentative, dans les entreprises ou établissements dépourvus de délégués syndicaux ou de délégués du personnel désignés comme délégués syndicaux[301]. Cette technique fut apparemment un succès, puisque « *près des deux tiers des accords d'anticipation sur la réduction du temps de travail dans le cadre de la loi « Aubry I » ont été conclus par le biais du mandatement* »[302].

73. - Dans le second cas, l'accord d'entreprise peut être conclu entre l'employeur et des *représentants du personnel* : le comité d'entreprise peut par exemple conclure avec l'employeur des accords d'intéressement et de participation aux résultats[303]. De même, l'article 6-II de la loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 a prévu, toujours à titre expérimental et non reconduit depuis, que les accords de branche déjà mentionnés « *pourront prévoir qu'en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise (...), les représentants élus du personnel négocient la mise en oeuvre des mesures dont l'application est légalement subordonnée à un accord collectif* »[304]. Cette idée a été reprise par la loi du 19 janvier 2000, dans les entreprises de moins de 50 salariés, dans lesquelles les délégués du personnel pourront, à certaines conditions, négocier un accord collectif d'entreprise relatif à la durée du travail[305].

---

301 Art. 19-VI de la loi du 19 janvier 2000.

302 G. BELIER, *Les novations dans le droit de la négociation collective*, Dr. soc. 1999, p. 1014, spéc. p. 1015. Par ailleurs, selon le bilan 1998 de la négociation collective (Liais. soc. 9 juillet 1999, n° 68, suppl. n° 12949), le nombre d'accords signés par des salariés mandatés est passé de 600 en 1997 à 1409 en 1998, et représentent 50% des 2500 accords signés au sein d'unités de moins de 50 salariés. Voir également Bull. soc. F. Lef. 11/99, p. 541.

303 Art. 1° et 16 de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986. Voir M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 6° éd. 2000, p. 481 - J. SAVATIER, *Les accords collectifs d'intéressement et de participation,* Dr. soc. 1988, p. 89 - C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43, spéc. n° 7, p. 46 - J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 712, p. 730.
On pourrait également citer l'accord obligatoire entre l'employeur et le comité d'entreprise à propos de l'embauche et du licenciement du médecin du travail (art. R. 241-31 C. trav.).

304 Selon le bilan 1998 de la négociation collective (Liais. soc. 9 juillet 1999, n° 68, suppl. n° 12949), le nombre d'accords signés avec des représentants élus du personnel dans le cadre de la loi du 12 novembre 1996 est passé de 40 en 1997 à 73 en 1998.

305 Art. 19-VII.

74. - Il faut enfin noter que cette loi a même prévu la possibilité pour les salariés d'approuver le projet de l'employeur, à la majorité des suffrages exprimés, à compter du 1° janvier 2002 dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à 11 salariés[306], sans qu'aucun représentant n'intervienne lors de cette ratification. Il s'agit d'un des rares recours au *référendum* dans lesquels celui-ci n'a pas qu'un rôle consultatif. Certes, il existe déjà quelques exemples dans lesquels le référendum peut conduire à la conclusion d'un accord collectif dans des domaines très spécifiques[307], mais dans les autres cas, la loi ne l'a prévu que dans une optique consultative[308], et cet aspect consultatif est le seul envisageable dans le silence de la loi[309].

75. - Ainsi, dans le but de favoriser la négociation collective, le législateur a écorné le monopole syndical, ce qui a inévitablement un effet sur les accords atypiques, assimilés à des engagement unilatéraux de l'employeur, qui devraient, du moins sur les questions visées par les différentes lois, voir leur nombre diminuer. Si cet élargissement de la négociation collective peut apparaître souhaitable, il ne va pas sans susciter de légitimes interrogations, par exemple sur la protection accordée à ces nouveaux négociateurs[310], mais également, et plus largement, sur sa

---

306 Art. 19-VIII.

307 Ce sont les accords par détermination de la loi (Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 159 s., p. 145 s.) : il s'agit des régimes complémentaires de retraite et de prévoyance (art. L. 731-1 C. sec. soc., voir Cass. soc. 5 janvier 1984, Dr. soc. 1985, p. 192, obs. J. SAVATIER (*Accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1985, p. 188) ; Dr. ouvr. 1985, p. 69, obs. J. GRINSIR - G. BRIENS, *La négociation des accords collectifs d'entreprise en matière de retraite et de prévoyance*, JCP 1987, E, I, 16724) ainsi que les accords d'intéressement (art. L. 441-1 C. trav.) et de participation (art. L. 442-10 C. trav.). Voir M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 6° éd. 2000, p. 568 - Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 127 s., p. 110 s. - M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK*, t. 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, n° 138, p. 235 s. - J. SAVATIER, *Les accords collectifs d'intéressement et de participation,* Dr. soc. 1988, p. 89.

308 Art. L. 212-4-1 C. trav. : horaires individualisés. Voir également la plupart des hypothèses prévues par la loi Aubry II, une fois que l'accord sur la réduction du temps de travail a été conclu (art. 19 V, VI, VII de la loi du 19 janvier 2000).

309 J. GRIMALDI D'ESDRA, *Nature et régime juridiques du référendum en droit social*, Dr. soc. 1994, p. 397, spéc. n° 22 p. 402. V. également B. GAURIAU, *Le référendum, un préalable nécessaire ?*, Dr. soc. 1998, p. 338 - B. GAURIAU, *Le référendum et les accords « Aubry II » (A propos de l'article 19 de la loi)*, Dr. soc. 2000, p. 311 - J. BARTHELEMY, *Le référendum en droit social*, Dr. soc. 1993, p. 89 - J.-E. RAY, *Les grandes manoeuvres du droit de la négociation collective*, Dr. soc. 1999, p. 1018, spéc. p. 1023 s. - F. HENOT, *Pratiques référendaires et gouvernabilité de l'entreprise*, in *La gouvernabilité*, ouvrage collectif CURAPP, PUF 1996, p. 129 - Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 159 s., p. 145 s. - M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. Paris 1986, p. 539 s. et p. 742 s.

310 Voir sur le problème particulier du salarié mandaté par une organisation syndicale représentative, J.-M. VERDIER, *Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ?*, Dr. soc. 1997, p. 1040, spéc. p. 1043-1044.

constitutionnalité[311]. En effet, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, dans son alinéa 8, dispose que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* »[312]. Il aurait pu être soutenu que le terme « *délégués* » ne désignerait que les représentants syndicaux des salariés. Cependant, le Conseil Constitutionnel a déjà été amené à statuer sur ces différents points à propos de la loi du 12 novembre 1996[313] et il a estimé qu' « *eu égard, d'une part, aux dispositions susmentionnées qui assurent aux organisations syndicales un rôle effectif dans la procédure de négociation nouvellement instituée, et d'autre part, aux garanties que comporte le statut des représentants élus du personnel, le législateur n'a pas méconnu les dispositions du 8° alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* ». Ainsi, les salariés titulaires d'un mandat tiré de l'élection peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail. Il a par ailleurs émis une réserve d'interprétation à propos du statut des salariés mandatés : le législateur « *a entendu que la protection à instituer assure, sous le contrôle du juge, des garanties au moins équivalentes à la garantie légale tenant à la mise en oeuvre de* [l'article L. 412-18 du Code du travail relatif au licenciement d'un délégué syndical] ».

Plus généralement, le Conseil constitutionnel a estimé que le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ne confère pas aux organisations syndicales « *un monopole de la représentation des salariés en*

---

311 En droit international, la convention OIT n° 154 de 1981 admet à titre secondaire la possibilité de négociation avec les représentants élus, sous réserve de ne pas porter atteinte au principe de la liberté syndicale. Cette convention n'a cependant pas été ratifiée par la France dans la mesure où elle inclut les forces armées et de police et la fonction publique dans son champ d'application (voir le débat relatif à cette convention, Rev. int. du trav. 1988, vol. 120, n° 1, p. 708).
Voir M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Préf. M. Despax, LGDJ 1994, Bibl. dr. soc. t. 27, n° 49, p. 62 - M.-L. MORIN, *Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective*, Dr. soc. 1997, p. 25, spéc. p. 27 : « *à cet égard on peut considérer que le monopole syndical a la valeur d'un principe international. Mais ce principe n'exclut pas l'intervention des élus* ».

312 Voir aussi l'alinéa 6 : « *tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale* ».

313 Cons. const., Déc. n° 96-383-DC du 6 novembre 1996, JO 13 novembre 1996 ; Dr. ouvr. 1996, p. 479, n. G. LYON-CAEN - M.-L. MORIN, *Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective*, Dr. soc. 1997, p. 25.
Ces questions n'ont pas été soulevées lors de l'examen par le Conseil constitutionnel des lois Aubry I et II. Voir décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, RFD Const. 1998, p. 640, obs. L. FAVOREU ; RJS 7-8/98, n° 939, p. 601 et décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Les Petites Affiches 19 janvier 2000, n° 13, p. 6, n. J.-E. SCHOETTL et X. PRETOT, *Le conseil constitutionnel et les 35 heures, quelques principes et bien des approximations*, Dr. soc. 2000, p. 257.

matière de négociation collective »[314]. Si cette affirmation paraît favoriser l'élargissement par le législateur des conditions de la négociation collective, elle doit être nuancée car il semblerait que les organisations syndicales restent toujours privilégiées par rapport à d'autres acteurs collectifs. Ainsi le Conseil évoque-t-il également « *la vocation naturelle des organisations à assurer la défense des droits et intérêts des travailleurs, notamment par la voie de la négociation collective* »[315]. Par ailleurs, le dispositif prévu par la loi du 12 novembre 1996 n'était applicable dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux qu'à la double condition que soit conclue une convention de branche et qu'une commission paritaire instituée à ce niveau ait avalisé l'accord signé avec les représentants du personnel[316]. Selon un auteur, le Conseil constitutionnel a « *opté en faveur de la constitutionnalisation d'un monopole syndical que le législateur ne saurait qu'exceptionnellement tempérer* »[317]. C'est pourquoi nous avons choisi de continuer à évoquer ici le *monopole* syndical. Néanmoins, la complémentarité entre ces différents intervenants dans la négociation collective est réelle[318].

Ainsi, le problème de la compétence des parties est le premier des deux éléments majeurs expliquant le développement des accords atypiques, même si le pouvoir de négocier attribué à d'autres intervenants contribue inévitablement à en diminuer le nombre. Le problème du formalisme de la convention ou de l'accord collectif constitue un autre élément majeur, à l'origine de la qualification d'accord atypique.

---

[314] J.-M. VERDIER, *Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ?*, Dr. soc. 1997, p. 1040, spéc. p. 1042 : « *Il en ressort que le monopole syndical de négociation collective, principe légal, ne constitue pas un principe constitutionnel* ».

[315] Voir également Cass. crim. 18 novembre 1997, CSBP 1997, n° 97, A7 : « *la conclusion d'accords entre l'employeur et des institutions représentatives du personnel distinctes des organisations syndicales constitue le délit d'entrave prévu par les articles L. 412-1 et L. 481-2 C. trav. lorsqu'elle a eu pour objet ou pour effet de porter atteinte au monopole que la loi confère aux organisations syndicales pour représenter les intérêts des salariés dans la négociation collective* ».

[316] M. MORAND, *Les nouveaux acteurs de la négociation collective d'entreprise, le préalable de l'accord de branche*, TPS 1997, p. 8.

[317] X. PRETOT, *Les bornes constitutionnelles et la négociation collective*, TPS 1997, p. 6. Voir aussi B. MATHIEU, J.-Y. FROUIN, *Le juge social et la Constitution*, in *Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation 1938-1998*, La documentation française 2000, p. 103, spéc. p. 117.

[318] G. BORENFREUND, *Pouvoir de représentation et négociation collective*, Dr. soc. 1997, p. 1006, spéc. p. 1014.

b - Le formalisme de la convention ou de l'accord collectif[319]

76. - Au sens large, le formalisme recouvre les conditions de forme de l'acte juridique et les différentes formalités de publicité.

En premier lieu, selon l'article L. 132-2 du Code du travail, la convention et l'accord collectifs de travail doivent être réalisés par écrit, à peine de nullité. Peu importe à cet égard que l'acte soit authentique ou sous seing privé[320]. Il est essentiel que les parties l'aient signé puisqu'en l'absence de signature cet écrit n'aurait aucune valeur.

En second lieu, certaines formalités sont indispensables pour assurer à l'acte une fois signé une certaine publicité. Il résulte en effet de l'article L. 132-10 du Code du travail que l'acte collectif doit faire l'objet d'un dépôt auprès de l'autorité administrative et au secrétariat greffe du Conseil de prud'hommes[321].

Or, dans quelques rares hypothèses en jurisprudence, la signature d'une partie fait défaut ou la procédure de dépôt n'a pas été respectée. Dans ce cas également, et sous réserve que le contenu de l'accord soit conforme à la loi, les salariés ont sans doute tout avantage à ce que les dispositions contenues dans cet accord et plus favorables leur soient néanmoins applicables.

Ainsi, des règles précises relatives au formalisme ou à la compétence des parties à une convention ou un accord collectif doivent être respectées. Lorsqu'elles sont enfreintes, la situation juridique ne peut être qualifiée de convention ou d'accord collectif. La doctrine a alors utilisé le terme générique d'accord atypique. Les magistrats ont quant à eux conféré à cet accord un caractère collectif par destination, afin que les salariés puissent bénéficier des avantages stipulés. Et pour ce faire aujourd'hui, la notion d'engagement unilatéral semble satisfaire une grande partie des auteurs et séduire les magistrats.

---

319 Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 78 s., p. 65 s. - M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK*, t. 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, n° 191 bis s., p. 335 s. Voir également C. ROUAT, *Formalisme et accord collectif d'entreprise*, note sous CA Colmar, 2° ch. civ. A, 4 novembre 1999, D. 2000, jurisp. p. 696.

320 M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK*, t. 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, p. 336.

321 Voir également l'article R. 132-1 du Code du travail sur les modalités de ce dépôt.

2 - La qualification actuelle d'engagement unilatéral

77. - Il faut noter à titre préliminaire que les magistrats ne se sont pas souvent prononcés sur la qualification d'engagement unilatéral qu'il faudrait conférer aux accords conclus en violation des règles relatives au formalisme[322]. Il ne semble pas en effet qu'il y ait un contentieux significatif à ce sujet actuellement. Cependant, par analogie avec les hypothèses dans lesquelles la compétence de la partie salariée est mise en cause, il nous semble logique que les solutions dégagées aujourd'hui en cette matière soient transposables aux accords atypiques du fait du non respect du formalisme. Le critère déterminant de cette solution ne réside en effet pas réellement dans la variété des hypothèses empêchant de conférer une portée normative générale, collective à l'acte litigieux. Elle réside plutôt dans la nécessité d'assurer une application la plus large possible des engagements de l'employeur, par faveur pour les salariés. Peu importe donc que l'accord ne puisse être qualifié de collectif en raison de la violation d'une condition de fond ou de forme, car dans les deux cas, il apparaît nécessaire d'obliger l'employeur à respecter son engagement envers la collectivité des salariés.

78. - C'est dans le but de trouver un fondement obligatoire à l'accord dit atypique, et de lui assurer plus spécifiquement un effet normatif, qu'a été invoquée la notion d'engagement unilatéral de l'employeur. Grâce à son pouvoir normatif qui lui permet notamment de prendre des décisions unilatérales de portée générale et contraignantes pour les salariés, l'employeur est parfaitement à même de s'engager envers cette collectivité de salariés. Il s'agit d'ailleurs du fondement et de la raison de l'essor de la notion d'engagement unilatéral en droit du travail[323].

Guidés dans cette voie par les auteurs[324], les juges ont finalement adopté ce raisonnement en matière d'accords atypiques et évoquent à la place de la qualification d'accord synallagmatique de droit commun ou de transaction[325], la notion d'engagement (unilatéral)[326].

---

322 V. par exemple Cass. soc. 23 février 1972, Bull. civ. V, n° 150, p. 140 - Cass. soc. 28 avril 1982, Bull. civ. V, n° 269, p. 199.

323 *Cf. supra* n° 58 et *infra* n° 84 s.

324 Voir notamment R. DE QUENAUDON, *Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé*, Dr. soc. 1981, p. 401 - C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43 - G. VACHET, *Les accords atypiques*, Dr. soc. 1990, p. 620 - E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. soc. 1994, p. 227.

325 *Cf. infra* n° 85 s.

326 Voir par exemple, à propos d'un accord conclu avec le comité d'entreprise, Cass. soc. 14 juin 1984, Dr. soc. 1985, p. 192, obs. J. SAVATIER - Cass. soc. 23 octobre 1991, RJS 1/92, n° 60, p.

Il faut cependant préciser la signification réelle de la jurisprudence actuelle. Si les magistrats se réfèrent effectivement à la notion d'engagement unilatéral, d'une part cette notion d'engagement n'est pas définie précisément (a) et d'autre part, ce n'est pas toujours explicitement en termes d'équivalence avec la notion d'accord de volontés. Ils ne placent pas toujours clairement les notions d'engagement unilatéral et d'accord de volontés sur un même plan. Il faudra donc vérifier qu'il y a bien en jurisprudence une équivalence, voire une assimilation posée entre ces deux notions, puisque l'objet de notre démonstration est d'établir la négation du rôle d'un accord de volontés au bénéfice de la volonté unilatérale de l'employeur à destination collective (b).

a - La signification de la référence à l'engagement unilatéral

79. - Les magistrats n'ont pas, jusqu'à présent et à notre connaissance, posé de définition précise de l'engagement unilatéral de l'employeur. En particulier, il n'est jamais expressément affirmé que l'engagement unilatéral de l'employeur, tel qu'il est envisagé en matière d'accords atypiques, constitue un acte juridique unilatéral. Le terme *engagement* lui-même est assez neutre, car il exprime la volonté d'être lié dans un lien d'obligation avec un créancier, mais sans réellement laisser transparaître la nature conventionnelle ou unilatérale de sa formation. D'ailleurs, la Cour de cassation a d'abord utilisé ce terme d'engagement, sans précision quant à son caractère unilatéral[327]. Puis, lorsque cet adjectif a été exploité par les juges, il n'y avait toujours pas de référence à l'acte juridique unilatéral.

Serait-il possible que les magistrats n'aient utilisé cette appellation d'engagement unilatéral que pour désigner l'obligation mise à la charge de l'employeur et qui découle de l'accord ainsi conclu, quitte à y déceler une

---

54 - Cass. soc. 22 avril 1992, RJS 6/92, n° 767, p. 419 - Cass. soc. 18 mars 1997, Dr. soc. 1997, p. 546, obs. G. COUTURIER et J. SAVATIER ; D. 1998, Somm. p. 256, obs. A. LYON-CAEN, à propos d'un accord conclu avec les délégués du personnel, Cass. soc. 7 janvier 1988, Dr. soc. 1988, p. 466, obs. C. FREYRIA - Cass. soc. 3 juillet 1979, Bull. civ. V, n° 595, p. 437 - Cass. soc. 2 décembre 1992, RJS 3/93, n° 302, p. 184 (accord de fin de grève).
V. aussi Cass. soc. 19 novembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 89, obs. G. COUTURIER (accord avec les représentants du personnel, sans plus de précision). - Cass. soc. 15 juillet 1998, RJS 10/98, n° 1254, p. 755, JCP 1999, éd. E, p. 181, n. M. DEL SOL (accord conclu avec les délégués du personnel et le comité d'entreprise).

327 V. par ex. Cass. soc. 23 février 1972, Bull. civ. V, n° 150, p. 140 - Cass. soc. 14 juin 1984, Dr. soc. 1985, p. 192, obs. J. SAVATIER - Cass. soc. 5 mars 1987, Bull. civ. V, n° 115, p. 74 - Cass. soc. 7 janvier 1988, Dr. soc. 1988, p. 466, obs. C. FREYRIA - Cass. soc. 23 octobre 1991, RJS 1/92, n° 60, p. 54 - Cass. soc. 22 janvier 1992, D. 1992, jurisp. p. 378, note B. MATHIEU - Cass. soc. 17 mars 1993, Dr. soc. 1993, p. 457.

référence implicite au contrat unilatéral ? Cette hypothèse ne correspondrait pas néanmoins au droit positif. En effet, la notion d'engagement unilatéral est employée par les magistrats certes en matière d'accords atypiques, mais également dans de nombreuses autres hypothèses correspondant réellement à un acte juridique unilatéral[328].

Il n'apparaît donc guère contestable que chaque fois que la notion d'engagement unilatéral, qui a une signification précise en doctrine[329], est utilisée par les magistrats, elle désigne l'engagement unilatéral de volonté, acte unilatéral issu de la seule volonté de son auteur, en l'occurrence l'employeur. Un exemple décisif peut d'ailleurs être cité : le 19 novembre 1997, la Chambre sociale de la Cour de cassation a rendu deux arrêts dans lesquels les magistrats utilisent la qualification d'engagement unilatéral de l'employeur[330]. Dans l'un[331], cette qualification est appliquée à un accord atypique (accord conclu avec les représentants du personnel), dans l'autre[332], elle est appliquée à une décision de l'employeur prise devant le comité d'entreprise, en dehors de tout contexte conventionnel.

Il est logique qu'à un même terme employé le même jour, les magistrats attachent la même signification, c'est-à-dire ici un acte juridique unilatéral par lequel l'employeur a créé des obligations à sa charge.

b - La mesure de l'équivalence posée par les magistrats entre situation conventionnelle et engagement unilatéral

80. - Des précisions sont à apporter quant à la mesure de l'équivalence, voire de l'assimilation entre l'accord des volontés et l'engagement unilatéral. Notre propos est en effet de démontrer que le droit du travail ne tient pas compte d'une situation conventionnelle puisqu'il la qualifie d'engagement unilatéral. Grâce à cette technique d'assimilation, le

---

328 *Cf.* les exemples cités *supra* n° 58 s.

329 M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Préface de J. Mestre, PUAM 1995 - E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. soc. 1994, p. 227 - P. JESTAZ, *L'engagement par volonté unilatérale*, in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, éd. Bruylant-Dalloz 1994, p. 3 s. - J.-L. AUBERT, Encycl. Dalloz, Rép. civ., v° *Engagement par volonté unilatérale*, mars 1998 - A. SERIAUX, *L'engagement unilatéral en droit positif français actuel*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de C. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica 1999, p. 7.
Le terme d'engagement unilatéral désigne à chaque fois un acte juridique unilatéral.

330 Dr. soc. 1998, p. 89, obs. G. COUTURIER. Sur la nuance à apporter, relative à la différence de composition de la Chambre sociale pour ces deux décisions, *cf. infra* note 342.

331 Cass. soc. 19 novembre 1997, Cappelle et Ruellan/Sté P&O Ferrymasters.

332 Cass. soc. 19 novembre 1997, Anelli et a./Sté Manducher.

droit du travail pourra donner effet à l'avantage convenu au profit des salariés. C'est ce passage de la convention à l'acte juridique unilatéral qu'il faut éclairer ici, pour déterminer si les magistrats posent une équivalence parfaite entre ces deux situations juridiques, auquel cas la négation du rôle de l'accord de volontés sera flagrante.

Les premiers arrêts ont assimilé ces deux situations de manière particulièrement nette : ainsi peut-on citer la décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 7 janvier 1988[333], selon laquelle « *si ledit accord avait été conclu* (...) *par le délégué du personnel et la direction de la société, il n'en constituait pas moins un engagement de l'employeur envers ses salariés* »[334]. Malgré la réalité des faits exprimée par le terme « *accord* », l'emploi du verbe « *constitue* » traduit explicitement la négation de la rencontre des volontés et la prise en compte de la seule volonté de l'employeur, celle des délégués du personnel étant reléguée ici à un rôle purement figuratif. Ce terme traduit en effet une assimilation totale entre l'engagement unilatéral et l'accord conclu.

Par la suite, les magistrats ont quelque peu nuancé leurs propos. Est évocateur à cet égard l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 18 mars 1997[335] : « *mais attendu que l'avantage consenti aux salariés dans le protocole d'accord conclu par les sociétés avec leur comité d'entreprise ne résultait pas d'un accord collectif mais constituait un engagement unilatéral de l'employeur* ». Certes, le terme « *constituer* », très significatif, est toujours employé, mais il faut préciser que ce n'est pas tant le protocole d'accord lui-même qui est ainsi assimilé à un engagement unilatéral de l'employeur, que « *l'avantage consenti aux salariés* » et figurant dans ce protocole. Selon les magistrats un effet du protocole d'accord, une obligation née de cette rencontre des volontés constitue un engagement unilatéral[336].

Il est indéniable qu'ils n'ont pas souhaité assimiler explicitement ces deux types d'acte juridique, mais le raisonnement adopté semble pour le moins artificiel : l'engagement unilatéral étant formé par une seule volonté, il ne peut être contenu dans une convention, sauf à considérer l'engagement

---

[333] Dr. soc. 1988, p. 466, obs. C. FREYRIA p. 464.

[334] V. également, employant le verbe *constituer*, Cass. soc. 14 juin 1984, Dr. soc. 1985, p. 192, obs. J. SAVATIER - Cass. soc. 22 avril 1992, Bull. civ. V, n° 296, p. 183.

[335] Cass. soc. 18 mars 1997, Dr. soc. 1997, p. 546, obs. G. COUTURIER et J. SAVATIER ; D. 1998, Somm. p. 256, obs. A. LYON-CAEN.

[336] Voir déjà Cass. soc. 23 octobre 1991, RJS 1/92, n° 60, p. 54 : « *si l'accord* (...) *ne constituait pas un accord collectif au sens de l'article L. 132-2 du Code du travail, il n'en contenait pas moins un engagement de l'employeur envers ses salariés* » (c'est nous qui soulignons).

unilatéral, dans ces hypothèses, comme un synonyme de contrat unilatéral, ce qui ne présentait guère d'intérêt quant à la force obligatoire de l'engagement[337].

81. - La Cour de cassation a adopté par la suite une terminologie en apparence plus rigoureuse vis-à-vis de la théorie générale de l'acte juridique : dans une décision du 19 novembre 1997[338] (arrêt Cappelle), elle a affirmé « *qu'un accord conclu avec les représentants du personnel n'a que la valeur d'un engagement unilatéral* ». Cet arrêt est à mettre en parallèle avec une autre décision du même jour et selon laquelle « *la décision prise (...) devant le comité d'entreprise s'analysait en un simple engagement unilatéral de l'employeur* »[339] (arrêt Anelli). Dans les deux cas a été retenue la qualification d'engagement unilatéral de l'employeur, formé par sa seule volonté, mais avec une différence de raisonnement. Dans la seconde hypothèse, la décision prise par l'employeur, par définition manifestation unilatérale de volonté[340], a bien la nature d'un engagement unilatéral lorsqu'elle met à sa charge une dette, ce qui justifie l'emploi des termes « *s'analysait* »[341]. Au contraire, dans la première hypothèse, il s'agissait d'un accord atypique car conclu avec les représentants du personnel, donc d'une convention dont la nature est différente de celle de l'engagement unilatéral, acte unilatéral. C'est pourquoi les juges auraient attribué à cet accord la seule *valeur* d'engagement unilatéral, conscients que sa nature est quant à elle différente[342].

Ainsi, en relevant, même indirectement, une telle différence de nature, il semblerait que les magistrats n'assimilent plus aussi nettement l'accord atypique avec l'engagement unilatéral. Doit-on en conclure que la référence à l'engagement unilatéral ne se fait plus au détriment de la qualification conventionnelle et par conséquent, qu'il n'y a plus négation de

---

337 *Cf. infra* n° 85 s. et n° 102 s.

338 Cass. soc. 19 novembre 1997, Cappelle et Ruellan/Sté P&O Ferrymasters, Dr. soc. 1998, p. 89, obs. G. COUTURIER.

339 Cass. soc. 19 novembre 1997, Anelli et a./Sté Manducher, Dr. soc. 1998, p. 89, obs. G. COUTURIER.

340 Cass. soc. 19 novembre 1997, Bull. civ. V, n° 375, p. 270 : la décision s'entend d'une manifestation de volonté d'un organe dirigeant qui oblige l'entreprise.

341 Voir, sur la signification du terme *s'analyser* en matière de licenciement, *infra* n° 167.

342 Voir les observations en ce sens de G. COUTURIER, Dr. soc. 1998, p. 89.
Il faut néanmoins peut-être nuancer quelque peu le rapprochement entre ces deux décisions : si elles ont certes été rendues le même jour, il n'en demeure pas moins que le magistrat faisant fonction de président et le rapporteur étaient différents dans chaque arrêt. Si cette remarque paraît anecdotique, elle peut tout de même relativiser l'intention didactique comparative des magistrats.

l'accord de volontés initial ? Nous ne le pensons pas. Une telle interprétation de l'arrêt Cappelle du 19 novembre 1997 doit en effet être rejetée pour au moins deux raisons.

82. - D'une part, le raisonnement adopté dans cet arrêt n'est pas convaincant car il est artificiel. Certes, il n'est pas dit, comme dans l'arrêt précité du 18 mars 1997, que les effets de l'accord constituent un engagement unilatéral mais plutôt que la valeur de l'accord est la même que celle d'un engagement unilatéral. Cependant, ce raisonnement reviendrait à exclure toute efficacité à l'accord de volontés, puisque seuls les engagements de l'employeur seront retenus (un engagement unilatéral ne peut en effet créer d'obligations à la charge d'autrui). Or, il peut arriver, notamment dans les protocoles de fin de conflit, que les salariés ou leurs représentants s'engagent envers l'employeur. Si l'acte ainsi créé ne produit pas tous les effets prévus par cet accord de volontés, cela revient à nier le rôle de cet accord de volontés[343]. Par ailleurs, affirmer qu'un accord de volontés n'a que la valeur d'un acte unilatéral n'apparaît guère rigoureux, peu important à cet égard que l'assimilation ne concerne pas explicitement la nature de l'acte.

83. - D'autre part, la portée réelle de cette décision soulève quelques difficultés : en effet, en l'espèce, il s'agissait d'un litige relatif au conflit de normes entre la convention collective et l'accord conclu avec les représentants du personnel. Le problème juridique posé à la Cour de cassation concernait donc la hiérarchie des normes, et, en répondant que l'accord « *n'a que la valeur d'un engagement unilatéral* », elle ne fait que rappeler les solutions s'appliquant aux accords atypiques. Ceux-ci, situés à la dernière place dans cette hiérarchie[344], ne peuvent évidemment pas contenir des dispositions moins favorables qu'une convention ou un accord collectif. Or, la jurisprudence assimilant accord atypique et engagement unilatéral, il faut peut-être ne voir dans la référence à l'engagement unilatéral que l'aboutissement de son raisonnement qui tend, selon certains auteurs[345], à unifier ces normes atypiques autour de la figure de l'engagement unilatéral. Dès lors, le terme « *valeur* » pourrait simplement indiquer la place, dans la hiérarchie des normes, de cette norme atypique,

---

[343] Nous ne développerons pas plus ce point car il concerne non pas la formation mais les effets de l'acte juridique.

[344] *Cf. infra* n° 92.

[345] E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. soc. 1994, p. 227.

sans qu'il n'y ait de prise de position quant à la distinction entre la nature conventionnelle de l'acte et ses effets, équivalents à ceux d'un engagement unilatéral. Le seul apport de cet arrêt serait donc de préciser, en d'autres termes, que l'accord litigieux, comme toutes les normes atypiques regroupées sous l'appellation « *d'engagement unilatéral de l'employeur* », ne peut s'appliquer que s'il est plus favorable au salarié que les dispositions de la convention collective.

Ainsi, la tendance générale du droit du travail en matière d'accords atypiques reste bien la négation de l'accord des volontés au profit de la qualification d'engagement unilatéral. Le retour, aussi nuancé soit-il, vers une plus grande orthodoxie, amorcé par l'arrêt Cappelle du 19 novembre 1997[346] reste relativement peu significatif et finalement décevant. Une décision du 15 juillet 1998[347] n'a pas résolu la question en raison de sa rédaction ambiguë : « *l'accord conclu au sein d'une entreprise entre l'employeur et des salariés n'ayant pas la qualité de délégué syndical n'a ni la valeur ni les effets d'un accord collectif ;* (...) *son contenu n'est pas opposable aux salariés qui peuvent, cependant, se prévaloir d'un avantage contenu dans cet accord, qui ne vaut alors que comme engagement unilatéral de l'employeur* ». Si c'est l'avantage qui vaut comme engagement unilatéral de l'employeur, on en revient à la solution erronée énoncée le 18 mars 1997. Si c'est l'accord qui vaut comme engagement unilatéral de l'employeur, on en revient à la solution insatisfaisante posée le 19 novembre 1997 (arrêt Cappelle).

S'il est ainsi établi que l'engagement unilatéral est utilisé en droit du travail en matière d'accords atypiques, il reste à en déterminer les raisons.

§2 - La nécessité d'un tel recours pour assurer la destination collective des engagements pris par l'employeur

84. - Dans les hypothèses qui viennent d'être exposées, une modalité de conclusion de la convention ou de l'accord collectif, relative soit à la compétence des parties à l'acte, essentiellement la partie salariée, soit au formalisme entourant cet acte, n'a pas été respectée. Dès lors, la qualification de convention ou d'accord collectif ne peut être retenue

---

346 Cass. soc. 19 novembre 1997, Cappelle et Ruellan/Sté P&O Ferrymasters, Dr. soc. 1998, p. 89, obs. G. COUTURIER.

347 Cass. soc. 15 juillet 1998, RJS 10/98, n° 1254, p. 755 ; JCP 1999, éd. E, p. 181, n. M. DEL SOL.

puisqu'elle est légalement et strictement encadrée. Néanmoins, l'acte n'est pas annulé pour autant[348], il est requalifié. Le droit du travail, à partir d'un accord de volontés, ne reconnaît qu'un acte juridique unilatéral, niant ainsi tout rôle à cet accord de volontés. Une atteinte si forte à la théorie générale de l'acte juridique ne s'explique en réalité que par l'impérieuse nécessité pour le droit du travail d'assurer le caractère collectif de la destination de la volonté de l'employeur, et plus précisément des engagements pris qui vont améliorer la situation des salariés. En effet, les qualifications conventionnelles envisageables s'avéraient inadéquates sur ce point (A), alors que le recours à la qualification d'engagement unilatéral permet d'inscrire cet acte dans la sphère du pouvoir normatif de l'employeur, assurant l'efficacité de ces engagements (B).

A – Des qualifications antérieures inadéquates

85. - L'une des premières décisions à statuer sur la question du sort d'un accord ne respectant pas les conditions de formation des conventions et accords collectifs a été rendue en 1957[349], et a retenu la qualification d'accord synallagmatique de droit commun. En l'espèce, deux protocoles d'accord avaient été conclus en 1947 et 1949 entre l'Union fédérale des pharmaciens de France et l'ensemble des syndicats des salariés de l'industrie et du commerce de la pharmacie, sans que ces accords n'aient reçu l'agrément du ministre du travail par arrêté ministériel, comme l'exigeait la loi du 23 décembre 1946. Il s'agissait donc de l'omission d'une formalité de conclusion d'un tel accord. Le pourvoi prétendait que faute d'agrément, ces protocoles n'avaient aucune force obligatoire. Or, la Cour de cassation rejeta cette argumentation en affirmant que « *si* [ces protocoles d'accord] *n'étaient pas, faute d'agrément par arrêté ministériel et faute de publicité, assortis des effets spéciaux propres aux conventions collectives à caractère réglementaire, ils n'en constituaient pas moins des accords synallagmatiques obligeant immédiatement, dans les termes du droit commun des contrats, les parties contractantes et ceux qu'elles représentaient* ».

---

348 *Cf. infra* n° 114 s.

349 Cass. soc. 9 mars 1957, 4 arrêts, D. 1958, jurisp. p. 91, n. J. BRETHE de la GRESSAYE - Dr. soc. 1957, p. 278, concl. M. BLANCHET.

Ce raisonnement fut adopté par les magistrats à de nombreuses reprises[350], avec souvent comme référence l'article 1134 du Code civil pour justifier la force obligatoire de ces accords[351]. Si la qualification d'accord collectif au sens du droit du travail était rejetée, l'argumentation se situait toujours dans un cadre conventionnel, reflétant par là même la concordance des volontés qui s'était opérée.

C'est toujours dans cette optique conventionnelle que la jurisprudence a par la suite eu recours à la notion de transaction, qui semblait particulièrement bien adaptée en matière de protocoles de fin de conflit : c'est en 1979 que la Cour de cassation a expressément visé l'article 2044 du Code civil[352].

86. - Néanmoins, le recours à ce type de qualification a depuis quelques années été abandonné par les magistrats, satisfaisant en cela aux souhaits d'une grande partie de la doctrine. Très rapidement en effet, des interrogations ont vu le jour sur la pertinence de la référence aux accords de droit commun ou aux transactions. Il faut insister sur le fait que ce n'est pas tant le mode de formation de ces actes qui posait réellement problème, preuve que leur caractère bilatéral ne gênait alors guère les auteurs, mais leurs conséquences. S'ils ne pouvaient emprunter la qualification spécifique issue du Code du travail, ils ne bénéficiaient pas de sa caractéristique majeure, à savoir la qualité d'acte collectif liant *tous* les salariés de l'entreprise, présents et futurs[353]. Au contraire, le droit commun contractuel avait vocation à s'appliquer, notamment la règle fondamentale édictée par l'article 1165 du Code civil et selon laquelle « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».

87. - En effet, toute convention est soumise au principe de l'effet relatif posé par l'article 1165 du Code civil : seules les parties à l'acte

---

[350] Voir par exemple Cass. soc. 18 décembre 1958, Bull. civ. IV, n° 1368, p. 1051 - Cass. soc. 3 novembre 1960, Bull. civ. IV, n° 964, p. 738.

[351] Cass. soc. 18 décembre 1958, précité - Cass. soc. 2 mars 1960, Bull. civ. IV, n° 243, p. 192 - Cass. soc. 14 octobre 1970, Dr. soc. 1971, p. 193, obs. J. SAVATIER - Cass. soc. 3 juin 1971, Bull. civ. V, n° 405, p. 340 - Cass. soc. 5 mars 1987, Bull. civ. V, n° 115, p. 74. La référence à l'article 1134 du Code civil est souvent rappelée par le moyen dans ces décisions.

[352] Cass. soc. 25 avril 1979, Condom /Nordon, D. 1980, IR, 24, obs. P. LANGLOIS, Bull. civ. V, n° 330, p. 239. Voir R. DE QUENAUDON, *Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé*, Dr. soc. 1981, p. 401, spéc. p. 407 - J.-P. CHAUCHARD, *Les accords de fin de conflit*, Dr. soc. 1982, p. 678.

[353] Dès lors que toute idée d'incorporation au contrat de travail était rejetée, comme c'est le cas aujourd'hui.

peuvent se prévaloir des créances ou être redevables des dettes qui y sont stipulées. C'est ainsi que l'accord intervenu entre l'employeur et un groupe informel de salariés, par exemple à l'issue d'un conflit collectif, n'engagera et ne profitera qu'aux signataires et non pas aux autres salariés, *a fortiori* pas non plus aux futurs salariés. La solution est la même lorsque l'accord est conclu entre l'employeur et des représentants du personnel : ceux-ci n'ayant pas, en règle générale, le pouvoir d'engager les salariés par un accord collectif, ces derniers ne seront pas tenus par l'accord intervenu, qui ne leur profitera pas non plus. On pourrait certes avancer le fait que le comité d'entreprise, doté de la personnalité juridique (art. L. 431-6 C. trav.), représente de manière générale l'ensemble des salariés[354] et que ceux-ci sont par conséquent engagés en tant que mandants. Mais cette solution serait artificielle pour deux raisons.

D'une part, la représentation envisagée serait légale à défaut d'être conventionnelle puisqu'en pratique les salariés ne vont pas donner un mandat spécifique de négociation collective à leurs représentants du personnel. Or, la loi ne prévoit cette représentation légale en matière d'accords collectifs que pour les seuls organisations syndicales.

D'autre part, ce raisonnement ne vaudrait pas pour les délégués du personnel qui ne représentent que les salariés des collèges qui les ont élus[355]. Le risque serait grand alors que tous les salariés ne soient pas censés être représentés par les délégués du personnel et par conséquent que l'accord conclu n'ait pas la portée normative souhaitée. Or, le but poursuivi est bien de faire profiter tous les salariés des avantages stipulés dans l'accord.

88. - La qualification conventionnelle étant retenue par la jurisprudence, et les magistrats faisant produire à ces accords atypiques des effets normatifs similaires à ceux des accords collectifs, les auteurs s'ingénièrent à élaborer des théories juridiques permettant de justifier à partir d'une référence contractuelle issue du droit commun, le contournement de l'obstacle posé par l'article 1165 du Code civil.

Il a été en premier lieu fait référence à la notion de *mandat conventionnel*. Il a déjà été précisé qu'en cette matière le mécanisme de la représentation présente l'inconvénient de trop reposer sur des manifestations implicites de volonté. Surtout, son principal inconvénient est de ne lier que

---

354 G. VACHET, *Les accords atypiques*, Dr. soc. 1990, p. 620, spéc. p. 622.

355 G. VACHET, *Les accords atypiques*, Dr. soc. 1990, p. 620, spéc. p. 622 - *Les délégués du personnel*, n° spécial Liaisons sociales, déc. 1998, n° 9695, n° 68. Il faut néanmoins réserver l'hypothèse du collège unique.

les seuls salariés présents au jour de la conclusion du contrat, si bien que « *les salariés embauchés postérieurement ne pourront revendiquer le bénéfice des dispositions de l'accord* »[356].

En second lieu, la théorie de la *gestion d'affaires* a été avancée, dans laquelle le maître de l'affaire serait le salarié. Si cette théorie était retenue[357], son efficacité serait néanmoins limitée par la possibilité pour le maître de s'opposer à l'acte accompli, ce qui pourrait arriver si les salariés non signataires ou non représentés ne sont pas d'accord avec les avantages obtenus, les estimant insuffisants, ou avec les concessions octroyées, voire dans le cas particulier des protocoles de fin de conflit avec la reprise du travail. Par ailleurs, les salariés embauchés postérieurement ne seraient pas non plus concernés par ce mécanisme[358].

Enfin, il a été proposé de recourir à la *stipulation pour autrui* prévue à l'article 1121 du Code civil. En droit commun, la stipulation peut n'être que tacite[359]. Dans ce mécanisme, l'employeur serait le promettant, les salariés signataires (ou leurs représentants) les stipulants, les autres salariés les bénéficiaires. Ceux-ci pouvant être déterminés ou déterminables, les salariés postérieurement embauchés pourraient bénéficier de ce mécanisme. Néanmoins, des inconvénients subsistent parmi lesquels la règle selon laquelle la stipulation ne peut faire naître qu'un droit au profit du bénéficiaire, et non une obligation. Certaines concessions obtenues par l'employeur ne seraient donc pas ici opposables aux salariés[360]. Par ailleurs, le stipulant a une faculté de révocation de l'engagement tant que le bénéficiaire ne l'a pas accepté. Si l'engagement de l'employeur était révoqué alors que certains salariés l'ont déjà accepté, et d'autres non, le risque existerait que tous les salariés ne soient pas uniformément soumis au même statut collectif. La cohérence et l'efficacité de la norme en seraient affectées. Cependant, en pratique, on ne voit pas pourquoi cette faculté de révocation serait exercée par le négociateur salarié.

Quant à la qualification de *transaction* en matière de protocole de fin de conflit, elle posait également quelques problèmes, plus anecdotiques et

---

356 G. VACHET, *Les accords atypiques*, Dr. soc. 1990, p. 620, spéc. p. 623.

357 Ce qui poserait d'emblée le problème de savoir si l'acte de gestion ne doit pas être fait à l'insu du maître (J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF 21° éd. 1998, n° 298, p. 498), sachant que les salariés ne devraient rien ignorer des négociations en cours.

358 C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43, spéc. p. 52.

359 La jurisprudence est très souple pour découvrir une stipulation pour autrui dans une convention, voir J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 472, p. 345 - F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 492, p. 474.

360 G. VACHET, *Les accords atypiques*, Dr. soc. 1990, p. 620, spéc. p. 623.

relatifs à la notion même de transaction. En effet, les éléments caractéristiques de cette convention faisaient le plus souvent défaut, en particulier l'existence d'un litige, impliquant l'idée d'une controverse juridique[361], alors qu'un protocole de fin de conflit a plus fréquemment comme objectif de mettre fin à un conflit d'intérêt[362].

Ainsi, il semblait extrêmement difficile de justifier juridiquement le recours aux accords contractuels de droit commun (ou à la transaction) en matière d'accords atypiques, puisqu'ils s'avèrent inaptes à assurer parfaitement la portée collective de la volonté exprimée par l'employeur. C'est le principe de l'effet relatif des conventions, mécanisme issu du droit commun qui constituait un obstacle à cet objectif. C'est alors que le recours à la théorie de l'engagement unilatéral s'est imposé.

B - La destination collective de l'engagement unilatéral, gage de son efficacité

89. - Les accords dits atypiques ne permettant pas d'assurer la destination collective de la volonté de l'employeur, le droit du travail a développé le recours à la notion d'engagement unilatéral à portée collective, qui présente en effet de nombreux avantages. D'une part, elle constitue un mode d'expression du pouvoir normatif de l'employeur conférant une portée collective à la volonté exprimée, et s'inscrit donc dans la hiérarchie des normes (1), d'autre part, en vertu de l'application du principe de faveur qui s'impose en conséquence, seules les dispositions favorables aux salariés leur sont opposables (2). Ainsi, la notion d'engagement unilatéral à portée collective permet la reconnaissance d'une volonté collective par destination, dont les effets sont par nature avantageux pour les salariés.

1 - L'engagement unilatéral est l'expression du pouvoir normatif de l'employeur[363]

90. - Il existe deux grands modes de régulation des rapports internes de l'entreprise, également qualifiée d'« *auto-réglementation de*

---

361 L. BOYER, *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, th. Paris 1947, Sirey, p. 40 s.

362 R. DE QUENAUDON, *Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé*, Dr. soc. 1981, p. 401, spéc. n° 19, p. 407.

363 A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215, spéc. p. 216 : c'est l'employeur qui est normateur, son pouvoir étant dès lors normatif.

l'entreprise »[364] : le droit conventionnel et le règlement intérieur, unilatéralement édicté par l'employeur[365]. Mais d'autres mesures d'origine patronale existent, notamment celles prises par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction (décision quant à la stratégie économique de l'entreprise, décisions individuelles vis-à-vis de certains salariés). Surtout, l'employeur peut édicter de véritables normes. Plusieurs articles du Code du travail fondent d'ailleurs l'employeur à poser des règles dans l'exercice de son pouvoir de direction[366] et la Cour de cassation a déjà, en dehors de tout texte, reconnu à l'employeur un tel pouvoir[367]. La licéité de telles normes patronales n'est plus vraiment contestée aujourd'hui[368].

91. - Certains auteurs ont pu critiquer l'usage de l'engagement unilatéral comme fondement du pouvoir normatif de l'employeur[369], au motif notamment qu' « *en édictant la norme, l'employeur n'a pas voulu souscrire une obligation individuelle à l'égard de chaque salarié, il a*

---

[364] A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215 - A. SUPIOT, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, Dr. soc. 1989, p. 195 - A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 175.

[365] B. SOINNE, *Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur*, Dr. soc. 1983, p. 509.

[366] V. par ex. les art. L. 132-29, L. 223-7 al. 2, L. 321-1-1, L. 321-4-1 al. 1 C. trav.
R. DE QUENAUDON, *Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 265.

[367] Cass. soc. 12 février 1985, Bull. civ. V, n° 99 , p. 73 - Cass. soc. 13 juin 1989, Dr. soc. 1990, p. 319, obs. J. SAVATIER : l'employeur peut fixer unilatéralement les modalités des opérations de vote pour les élections des représentants du personnel lorsqu'elles n'ont pas été réglées par le protocole préélectoral et que le juge d'instance n'a pas été saisi.
Voir A. SUPIOT, *Les accords préélectoraux*, Dr. soc. 1988, p. 115.

[368] M. VERICEL, *Sur le pouvoir normateur de l'employeur*, Dr. soc. 1991, p. 120, spéc. p. 121 - M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Préf. M. Despax, LGDJ 1994, Bibl. dr. soc. t. 27, n° 473 s., p. 403 s. (« *le droit de la négociation collective lui-même laisse place aussi à un pouvoir réglementaire du chef d'entreprise* ») - P. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, Préf. T. REVET, Litec 1998, n° 250 s., p. 165 s.
Voir néanmoins Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 158, p. 143, qui invoque la volonté du législateur, dans la loi du 4 août 1982 en matière de règlement intérieur, de cantonner le pouvoir normatif de l'employeur. En effet, l'exposé des motifs du projet de loi qui deviendra la loi du 4 août 1982 précise que « *le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise est limité : en effet, ces matières, en raison de leur caractère contraignant, se prêtent en principe difficilement à des négociations* ».
Voir également N. ALIPRANTIS, *L'entreprise en tant qu'ordre juridique*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 185, spéc. p. 196. L'auteur distingue le *pouvoir de direction* et le *pouvoir sanctionnateur* de l'employeur, mais nie l'existence d'un pouvoir réglementaire (*contra*, A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215).

[369] M. VERICEL, *Sur le pouvoir normateur de l'employeur*, Dr. soc. 1991, p. 120, spéc. p. 123 - M. VERICEL, *Les substituts consensuels à l'accord collectif*, Dr. ouvr. 1997, p. 509, spéc. p. 512 - M. VERICEL, *L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur ?*, Dr. soc. 2000, p. 1059 - N. MOLFESSIS, *La nature juridique des recommandations patronales*, Rev. trim. dr. civ. 2000, p. 200, spéc. p. 206.

entendu poser une règle, un modèle de rapports dans l'entreprise, élément d'un statut collectif, applicable à tout le personnel, actuel et futur »[370].

Mais d'une part, l'engagement unilatéral de l'employeur peut parfaitement remplir ces différentes conditions, lorsqu'il est à destination collective[371]. Il présente alors un aspect impersonnel, caractéristique d'une nature réglementaire dont les destinataires peuvent n'être que déterminables.

D'autre part, en matière d'accords atypiques, l'engagement unilatéral est utilisé de manière originale car le contexte, sinon l'acte lui-même, est conventionnel et néanmoins seule la volonté unilatérale de l'employeur est prise en compte. Il ne s'agit donc pas de l'engagement unilatéral tel que cette notion s'exprime en droit commun[372], mais comme l'a écrit M. OLLIER à propos des usages, d' « *un avatar de la négociation collective, un substitut imparfait de la convention d'entreprise* »[373]. C'est sous cette réserve que le droit du travail lie l'engagement unilatéral à l'expression du pouvoir normatif de l'employeur.

En tant qu'il est l'expression du pouvoir normatif de l'employeur, l'engagement unilatéral permet ainsi d'atteindre la collectivité des salariés. Selon un auteur, « *il est probablement plus simple, à la réflexion, d'en revenir à une analyse qui fasse abstraction du droit commun contractuel, pour être plus fidèle à la notion de pouvoir de direction du chef d'entreprise, plus conforme aux techniques propres du droit du travail* »[374]. Cette autonomie retrouvée du droit du travail est d'autant plus remarquable que dans un premier temps, c'est le droit commun civiliste contractuel qui venait « *sauver* » ces accords atypiques[375].

92. - Un élément significatif du lien entre l'engagement unilatéral de l'employeur et son pouvoir normatif découle par ailleurs de l'inscription de cet engagement dans la hiérarchie des normes, plus précisément au niveau

---

370 M. VERICEL, *Sur le pouvoir normateur de l'employeur*, Dr. soc. 1991, p. 120, spéc. p. 123.

371 S. JEAN, *L'acte unilatéral de l'employeur*, th. Paris I, 1999. *Cf. supra* n° 50 s.
Voir également E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. soc. 1994, p. 227, spéc. p. 232, note 47.
A titre d'illustration , on citera Cass. soc. 17 mars 1993, Dr. soc. 1993, p. 457 : « *engagement de nature collective* ».

372 A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215, spéc. p. 220 : « *Il est donc permis d'y voir une forme d'engagement unilatéral, mais une forme propre au droit du travail* ».

373 P. OLLIER, *L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources du droit dans l'entreprise*, Dr. soc. 1982, p. 680, spéc. p. 683.

374 C. FREYRIA, obs. sous Cass. soc. 7 janvier 1988, Dr. soc. 1988, p. 464, spéc. p. 465.

375 C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43, spéc. n° 11 p. 50.

le plus inférieur[376]. Une telle inscription ne fait évidemment aucun doute en ce qui concerne la réglementation patronale impérative, c'est-à-dire le règlement intérieur[377], mais elle a également été consacrée par la jurisprudence et approuvée par les auteurs en matière d'engagement unilatéral de l'employeur[378]. « *Cette position dernière dans la hiérarchie des règles de droit ne résulte pas alors directement d'un texte, mais du fondement même de cette réglementation. Suppléant un accord collectif d'entreprise, elle se trouve nécessairement située en dessous des accords d'entreprise dans la hiérarchie des normes, et ne peut donc qu'améliorer la situation des salariés* »[379].

A cette position particulière dans la hiérarchie des normes, s'ajoute l'application du principe de faveur dans l'articulation de ces différentes normes.

2 - L'application du principe de faveur

93. - En vertu de ce principe, notamment défini par l'avis du Conseil d'Etat du 22 mars 1973[380], l'engagement unilatéral de l'employeur n'est

---

376 A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215, spéc. p. 222. Cette position est alors similaire à celle des usages d'entreprise.

377 A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215, spéc. p. 220.

378 A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215, spéc. p. 221.

379 A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215, spéc. p. 221 - R. DE QUENAUDON, *Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 265, spéc. p. 267 : « *l'employeur serait en droit d'édicter des règles lorsque se trouve constatée l'impossibilité ou l'échec de la négociation. Ce fondement permettrait de reconnaître à l'accord atypique le même domaine, les mêmes effets et les mêmes limites que l'accord d'entreprise ordinaire* »..

380 Dr. soc. 1973, p. 514 ; G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, *Les grands arrêts du droit du travail*, Sirey 1978, n° 121 : « *Considérant qu'en vertu du 2° alinéa de l'article 31-a du Livre 2, C. trav. , conformément d'ailleurs aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce droit présentent un caractère d'ordre public, en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des droits minimaux, lesquels ne peuvent en aucun cas être supprimés ou réduits mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle ; qu'en revanche, une convention collective de travail ne saurait légalement déroger ni aux dispositions qui par leurs termes mêmes présentent un caractère impératif ni aux principes fondamentaux énoncés dans la Constitution, ou aux règles du droit interne - ou le cas échéant, international - lorsque ces principes ou règles débordent le domaine du droit du travail, ou intéressent des avantages ou garanties échappant par leur nature aux rapports conventionnels* ». Voir également CE 8 juillet 1994, RJS 94, n° 105, p. 471 - Cass. soc. 17 juillet 1996 (2 esp.), Dr. soc. 1996, p. 1049, concl. P. LYON-CAEN, n. J. SAVATIER, qui visent « *le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application* » - Cons. const. 25 juillet 1989, JO 28 juillet 1989, qui qualifie le principe de faveur de principe fondamental du droit du travail.
Adde A. JEAMMAUD, *Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente*, Dr. soc. 1999, p. 115 - A. JEAMMAUD, *Les principes dans le droit français du travail*, Dr. soc. 1982, p. 618, spéc. p. 624 - F. BOCQUILLON, *Que reste-t-il du « principe de faveur » ?*, Dr. soc. 2001, p. 255 - G.

opposable aux salariés que dans la mesure où il contient des dispositions plus favorables, plus avantageuses pour ces derniers que ce qui figure dans la loi, la convention collective ou l'accord collectif[381].

Cette subordination de l'engagement unilatéral au principe de faveur rejoint alors le critère d'utilité dégagé par certains auteurs pour justifier la reconnaissance de cet acte juridique unilatéral particulier. Son effet obligatoire ne devrait être admis que lorsqu'il apparaît opportun, et « *cette opportunité doit être appréciée, principalement, par référence à des considérations de sécurité juridique et d'intérêt social* »[382]. C'est ce second aspect qui s'applique bien évidemment en droit du travail, c'est-à-dire la protection des salariés[383]. Il est ainsi clairement établi qu'un accord atypique ne peut être dérogatoire[384].

LYON-CAEN, *Les principes généraux du droit du travail*, in *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 35, spéc. p. 38 - N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Préf. H. Sinay, LGDJ 1980, Bibl. dr. soc. t. 22, p. 52.
Voir les art. L. 132-4 et L. 135-2 C. trav.
M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Préf. M. Despax, LGDJ 1994, Bibl. dr. soc. t. 27, n° 259, p. 236 - M.-L. MORIN, *Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective*, Dr. soc. 1997, p. 25.
Il faut bien distinguer le principe de faveur et l'impérativité de la loi d'ordre public (*cf.* Y. CHALARON, *L'accord dérogatoire en matière de temps de travail*, Dr. soc. 1998, p. 355, spéc. p. 357).

381 Voir par exemple Cass. soc. 19 novembre 1997, Cappelle et Ruellan/Sté P&O Ferrymasters, Dr. soc. 1998, p. 89, obs. G. COUTURIER : « *un accord conclu avec les représentants du personnel n'a que la valeur d'un engagement unilatéral de l'employeur et ne peut s'appliquer que s'il est plus favorable au salarié que les dispositions de la convention collective* ».

382 J.-L. AUBERT, Encycl. Dalloz, Rép. civ., v° *Engagement par volonté unilatérale*, mars 1998, n° 30, p. 4 - F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, LGDJ 2° éd. 1919, n° 172 bis, p. 164 : « *on est amené à déclarer obligatoires, non pas toutes promesses unilatérales, mais celles-là seulement qui paraîtront indispensables pour atteindre un résultat socialement désirable* ».

383 P. TRISSON-COLLARD, *La contribution du droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral*, Les Petites Affiches n° 49 du 9 mars 2000, p. 4, spéc. n° 7, p. 6.

384 A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215, spéc. p. 220, note 50 : *cf.* Cass. crim. 5 décembre 1989, Bull. crim., n° 466, p. 1138 - Cass. crim. 22 janvier 1991, RJS 4/91, n° 473, p. 250.
Sur l'accord dérogatoire, voir F. BOCQUILLON, *La dérogation en droit du travail*, th. Strasbourg 1999 – J. BARTHELEMY, *Négociation collective d'entreprise : dérogations ou concessions*, Dr. soc. 1988, p. 254 - G. BORENFREUND, *La résistance du salarié à l'accord collectif, l'exemple des accords dérogatoires*, Dr. soc. 1990, p. 626 - M. DESPAX, *Les paradoxes de la négociation d'entreprise*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 267 - G. LYON-CAEN, *La bataille truquée de la flexibilité*, Dr. soc. 1985, p. 801 - M. POIRIER, *La clause dérogatoire* in pejus, Dr. soc. 1995, p. 885 - F. SARAMITO, *Les accords dérogatoires*, Dr. ouvr. 1990, p. 253 - R. SOUBIE, *Quelques réflexions sur les accords donnant-donnant*, Dr. soc. 1985, p. 614 - A. SUPIOT, *Délégalisation, normalisation et droit du travail*, Dr. soc. 1984, p. 296 et *Déréglementation des relations de travail et auto-réglementation de l'entreprise*, Dr. soc. 1989, p. 195.

Conclusion du Chapitre I

94. – Les dispositions stipulées par l'employeur dans le cadre d'un accord atypique peuvent se révéler avantageuses pour les salariés. L'analyse conventionnelle ne permet pas de conférer à cette volonté une véritable destination collective. Or, il paraît opportun de faire bénéficier de ces avantages le plus grand nombre possible de salariés[385]. La solution est alors de recourir à la notion d'engagement unilatéral de l'employeur, en l'occurrence à portée collective. Véritable norme, elle lie l'employeur envers une collectivité abstraite de salariés, mais seulement dans la mesure de l'application du principe de faveur, sans que des obligations nouvelles ne naissent à la charge des salariés[386]. Elle contribue dès lors à enrichir le statut collectif des salariés dans un sens qui leur est favorable[387].

C'est donc cet objectif d'assurer, au bénéfice des salariés, la destination collective de la volonté exprimée lors de la formation d'un accord atypique qui conduit le droit du travail à qualifier la situation d'engagement unilatéral. Le droit du travail a ainsi recours à un acte juridique unilatéral. Or, nous allons maintenant démontrer qu'une véritable situation conventionnelle préexiste et qu'il s'agit par conséquent de la négation du rôle d'un accord de volontés.

---

385 R. DE QUENAUDON, *Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé*, Dr. soc. 1981, p. 401, spéc. n° 16, p. 406.

386 R. DE QUENAUDON, *Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 265, spéc. p. 269 : la portée explicative du recours à l'engagement unilatéral « *est limitée au cas où l'accord n'emporte pas d'obligations significatives pour les salariés* » - A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215, spéc. n° 20, p. 220 : « *le pouvoir normatif qui en découle pour l'employeur se trouve donc indirectement fondé sur le droit à la négociation collective* ».

387 A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, chron. p. 359, spéc. n° 20, p. 364.

Chapitre II - La conséquence : la négation du rôle d'un accord de volontés

95. - Retenir la qualification d'engagement unilatéral de l'employeur à propos de situations juridiques auparavant identifiées sous l'appellation générale d'accords atypiques suscite immédiatement une interrogation capitale quant au rôle de l'accord de volontés dans la formation de l'acte juridique en droit du travail : alors que selon toute vraisemblance deux volontés au moins se sont unies, ce que transcrit bien le terme d'accord, tout rôle juridique sera dénié à cette rencontre des volontés, qui sera occultée au profit de la reconnaissance d'une volonté unilatérale, en l'occurrence celle de l'employeur. En effet, l'engagement unilatéral étant un acte juridique unilatéral[388], une seule volonté suffit à le former. De toute évidence, cette qualification d'engagement unilatéral heurte - ici - de plein fouet la théorie générale de l'acte juridique.

96. - Une partie de la doctrine a cependant nié la réalité d'une telle atteinte en affirmant notamment que l'appellation, elle-même controversée, d'accord atypique est inexacte[389], puisque l'on ne constate pas, dans ces hypothèses, de rencontre des volontés, seule celle de l'employeur s'étant manifestée efficacement sur le plan juridique. Par conséquent, le recours à l'acte juridique unilatéral ne méconnaîtrait absolument pas la théorie générale de l'acte juridique et serait conforme à la réalité.

Néanmoins, même si certains des arguments avancés sont pertinents, il subsiste des hypothèses dans lesquelles l'engagement unilatéral est retenu alors qu'un réel accord de volontés est intervenu. Dans les situations désignées par l'appellation générique d'accords atypiques, l'acte juridique ainsi formé devrait être qualifié de convention et non d'acte juridique unilatéral, ou plus précisément d'engagement unilatéral. En effet, la convention peut être définie comme « *un accord de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets de droit* »[390].

---

388 M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Préface de J. Mestre, PUAM 1995, n° 883, p. 441.

389 G. VACHET, *Les accords atypiques*, Dr. soc. 1990, p. 620, spéc. p. 624.

390 J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990, chron. XXVII, p. 147.

Or, il va être démontré que la notion d'accord atypique reflète bien un accord de volontés (Section I) destiné à produire des effets de droit (Section II). Par conséquent, comme la réunion de ces deux éléments impose la qualification conventionnelle, il sera établi que le droit du travail, en recourant à la notion d'engagement unilatéral, et en déniant tout rôle à un accord de volontés, qualifie faussement la situation juridique au regard de la théorie générale de l'acte juridique.

Section I - La réalité de l'accord de volontés

97. - Les magistrats vont eux-mêmes caractériser cette rencontre de deux volontés, qui n'est d'ailleurs pas niée par de nombreux auteurs (§1). Afin de ne pas éluder complètement le contexte conventionnel entourant la formation de l'accord atypique, il a été proposé de recourir à la notion d'engagement unilatéral « *concerté* » ou « *négocié* »[391], mais cette solution n'apparaît guère convaincante (§2).

§1 - La rencontre de deux ou plusieurs volontés

98. - Une telle rencontre ne peut à l'évidence être niée (A), peu important à cet égard que la convention ainsi formée soit synallagmatique ou unilatérale (B).

A - Une rencontre évidente

99. – La rencontre des volontés est particulièrement évidente lorsque l'accord a été conclu avec les représentants syndicaux, mais sans respecter les conditions de forme. Il s'agit bien d'un accord de volontés. Mais quand la négociation a eu lieu avec des représentants du personnel ou directement avec les salariés eux-mêmes, elle peut également aboutir à la formation d'un accord. Le fait qu'il ait été conclu en dehors de toute intervention syndicale ne remet pas en cause sa genèse conventionnelle : deux volontés se sont unies pour produire des effets de droit.

100. - En droit positif, cette nature conventionnelle des accords atypiques fut en premier lieu soulignée par les magistrats[392]. Ainsi avait-il été décidé que « *si les protocoles n'étaient pas, faute d'agrément par arrêté ministériel assortis des effets spéciaux propres aux conventions collectives à caractère réglementaire, ils n'en constituaient pas moins des accords synallagmatiques immédiatement obligatoires, dans les termes du droit commun des contrats* »[393]. La référence à l'article 1134 était d'ailleurs

---

391 E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur,* Dr. soc. 1994, p. 227, spéc. p. 230.

392 *Cf. supra* n° 85 s.

393 Cass. soc. 9 mars 1957, 4 arrêts, D. 1958, jurisp. p. 91, n. J. BRETHE de la GRESSAYE ; Dr. soc. 1957, p. 278, concl. M. BLANCHET - Cass. soc. 3 novembre 1960, Bull. civ. IV, n° 964, p. 738.

courante dans les moyens[394] comme dans les réponses de la Cour de cassation[395]. La qualification de transaction[396] ou celle plus générale d'accord traduisait la même idée. Cette terminologie n'était pas le fruit du hasard mais le reflet de la réalité de l'union de deux volontés. Quelle que soit la qualification adoptée, c'était toujours d'un acte conventionnel qu'il s'agissait.

Or, aujourd'hui, la mention d'un accord est toujours relevée par les magistrats, même dans les espèces les plus récentes évoquant explicitement l'engagement unilatéral de l'employeur[397].

101. - Il en va de même en doctrine, car des auteurs ont souligné avec force la réalité de l'accord de volontés. C'est ainsi qu'il est apparu « *simplificateur* [d'] *assimiler purement et simplement l'accord atypique à l'engagement unilatéral. On peut bien considérer qu'un tel accord a au moins la force obligatoire d'un engagement pris par l'employeur ou que telle de ses dispositions comporte un engagement valablement pris par l'employeur, sans pour autant attribuer à l'accord la nature d'un acte juridique unilatéral. Il y a, semble-t-il, des accords atypiques dont la dimension conventionnelle est marquée car ils procèdent bel et bien d'un accord de volontés conclu entre deux sujets de droit distincts* »[398]. Selon un autre auteur, « *qualifier de décision unilatérale un texte conçu comme un accord collectif, c'est (...) altérer sa nature juridique* »[399]. « *L'artifice du raisonnement est criant. Qu'on le veuille ou non, il est impossible de faire*

---

394 Cass. soc. 2 mars 1960, Bull. civ. IV, n° 243, p. 192 - Cass. soc. 14 octobre 1970, Dr. soc. 1971, p. 193, obs. J. SAVATIER - Cass. soc. 3 juin 1971, Bull. civ. V, n° 405, p. 340 - Cass. soc. 5 mars 1987, Bull. civ. V, n° 115, p. 74.

395 Cass. soc. 18 décembre 1958, Bull. civ. IV, n° 1368, p. 105.

396 Cass. soc. 25 avril 1979, Bull. civ. V, n° 330, p. 239 ; D. 1980, IR, p. 24, obs. P. LANGLOIS.

397 *Cf. supra* n° 80 s.
Cass. soc. 18 mars 1997, Dr. soc. 1997, p. 546, obs. G. COUTURIER et J. SAVATIER ; D. 1998, Somm. p. 256, obs. A. LYON-CAEN : « *l'avantage consenti aux salariés dans le protocole d'accord conclu par les sociétés avec leur comité d'entreprise* ».
Cass. soc. 19 novembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 89, obs. G. COUTURIER : « *un accord conclu avec les représentants du personnel n'a que la valeur d'un engagement unilatéral* ».
Cass. soc. 4 janvier 2000, Dr. soc. 2000, p. 449, obs. J. BARTHELEMY : « *protocole d'accord* [dénué d'agrément] ».
Voir déjà Cass. soc. 3 juillet 1979, Bull. civ. V, n° 595, p. 437 - Cass. soc. 3 juillet 1991, RJS 11/91, n° 1222, p. 649 (« *accord signé (...) avec les délégués du personnel* ») - Cass. soc. 23 octobre 1991, RJS 1/92, n° 60, p. 54 (« *accord* ») - Cass. soc. 2 décembre 1992, Dr. soc. 1993, p. 192 (« *accord conclu avec les délégués du personnel* »).

398 G. COUTURIER, obs. sous Cass. soc. 18 mars 1997, Dr. soc. 1997, p. 546. V. également G. COUTURIER, *Droit du travail, 2/ Les relations collectives de travail*, PUF 2° éd. 1993, n° 223, p. 501 : « *Mais il ne peut être indifférent que cet engagement ait été pris dans le cadre d'un accord* ».
Voir d'ailleurs Cass. soc. 23 octobre 1985, Bull. civ. V, n° 486, p. 352 : lorsqu'une telle convention a été conclue, le comité peut agir en justice pour en faire respecter les dispositions.

399 J. BARTHELEMY, obs. sous Cass. soc. 4 janvier 2000, Dr. soc. 2000, p. 449.

abstraction que le résultat obtenu - celui de l'engagement patronal - est bel et bien le produit d'un échange de signatures, donc d'un accord de volontés »[400].

Par ailleurs, un acte juridique unilatéral ne peut créer d'obligation à la charge de son destinataire[401], alors qu'un contrat peut évidemment être synallagmatique[402]. Or, il arrivera parfois que la partie salariée émette également des concessions. Il a ainsi été souvent remarqué la nature synallagmatique des accords de fin de conflit, une obligation fréquemment souscrite par les salariés ou leurs représentants étant la reprise du travail à une date précise. La qualification conventionnelle devrait donc s'imposer ici et pourtant, la qualification d'engagement unilatéral est également préconisée en cette matière[403].

Il ressort donc tant de la jurisprudence que de l'analyse de plusieurs auteurs que deux volontés se sont rencontrées. Mais le droit du travail n'en tire pas les conséquences logiques du point de vue de la théorie générale de l'acte juridique.

Par ailleurs, la réalité de cette rencontre de volontés n'est pas mise en cause par l'éventuelle assimilation de l'accord atypique à un contrat unilatéral.

B - L'absence d'incidence du caractère unilatéral de l'accord

102. - Un argument pourrait être avancé selon lequel la référence à la notion d'engagement unilatéral de l'employeur désignerait en réalité le caractère unilatéral de l'accord. Dans une décision déjà évoquée du 18 mars

---

[400] C. FREYRIA, obs. sous Cass. soc. 7 janvier 1988, Dr. soc. 1988, p. 464, spéc. p. 465 et C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43, spéc. n° 12 p. 51 : « *Un accord d'entreprise non conforme aux textes peut effectivement répondre à la définition de base du contrat, qui suppose un échange de consentements, une rencontre de volontés complémentaires l'une de l'autre* ». Ce terme d'*artifice* est également employé par M. VERICEL, *Les substituts consensuels à l'accord collectif*, Dr. ouvr. 1997, p. 509, spéc. p. 510.

[401] Art. 1119 C. civ.

[402] Art. 1102 C. civ. : « *le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* ».

[403] R. DE QUENAUDON, *Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé*, Dr. soc. 1981, p. 401. Voir cependant C. FREYRIA, obs. sous Cass. soc. 7 janvier 1988, Dr. soc. 1988, p. 464, spéc. p. 465, qui relève le caractère éventuellement synallagmatique de l'accord pour contester la qualification d'engagement unilatéral : « *un accord atypique peut prendre une physionomie synallagmatique. Si le signataire salarié prend lui-même au nom de ses camarades de travail certains engagements qui constitueront le support nécessaire de ceux pris par l'employeur* ».

1997[404], les magistrats avaient en effet énoncé que « *l'avantage consenti aux salariés dans le protocole d'accord conclu par les salariés avec leur comité d'entreprise ne résultait pas d'un accord collectif de travail mais constituait un engagement unilatéral de l'employeur* ». Il a été dit que l'emploi du terme « *constituer* » présentait une signification très forte quant à l'assimilation entre la convention et l'acte juridique unilatéral. Mais il faut rappeler[405] qu'en l'espèce, ce n'est pas tant le protocole d'accord lui-même qui est ainsi assimilé à un engagement unilatéral de l'employeur, mais « *l'avantage consenti aux salariés* » et figurant dans ce protocole. Selon les magistrats, un effet du protocole d'accord, une obligation née de cette rencontre des volontés constitue un engagement unilatéral.

La situation est alors proche de celle résultant de la formation d'un contrat unilatéral, au sens de l'article 1103 du Code civil[406], c'est-à-dire un accord de volontés qui « *ne fait naître d'obligation qu'à la charge de l'une des parties* »[407], en l'occurrence ici l'employeur. Mais cet acte juridique, s'il produit des effets unilatéraux, n'en reste pas moins une convention, produit de la rencontre de plusieurs volontés. Sa genèse conventionnelle s'oppose donc à son assimilation à un acte juridique unilatéral, peu important que les obligations ne soient mises à la charge que d'une seule partie[408].

Ainsi, l'accord atypique est bien le fruit d'un accord de volontés, fût-il unilatéral, car ce caractère unilatéral ne concerne que les effets de l'acte et non sa formation qui reste conventionnelle[409]. La contradiction est très nette par rapport à la théorie générale de l'acte juridique.

Par ailleurs, le recours à la notion d'engagement unilatéral négocié ou concerté ne remet nullement en cause la réalité de cet accord de volontés.

---

404 Cass. soc. 18 mars 1997, Dr. soc. 1997, p. 544, obs. G. COUTURIER et J. SAVATIER ; D. 1998, Somm. p. 256, obs. A. LYON-CAEN.

405 *Cf. supra* n° 80.

406 « [Le contrat] *est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement* ».

407 J. FLOUR et J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 82, p. 56.

408 Voir M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Préface de J. Mestre, PUAM 1995, n° 883, p. 441, qui fait certes le parallèle entre l'engagement unilatéral et le contrat unilatéral en ce qui concerne le résultat de l'action de s'engager (l'auteur seul est engagé), mais au niveau de sa formation, une seule volonté intervient, ce qui distingue l'engagement unilatéral du contrat, fût-il unilatéral.

409 C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43, spéc. n° 12, p. 51 : « *Bien que dépourvu des caractères synallagmatiques, le contrat n'en existe pas moins pour procéder d'un échange de consentements entre les négociateurs* ».

§2 - L'insuffisance de la notion d'engagement unilatéral négocié ou concerté

103. - Ces appellations d'engagement unilatéral *négocié* ou *concerté* ont été proposées par la doctrine[410] pour identifier, parmi les engagements unilatéraux, ceux qui étaient auparavant qualifiés d'*accords atypiques*. Elles indiquent que si la formation de l'acte juridique résulte de la seule volonté de l'employeur, un dialogue préalable est possible qui va permettre de préciser les attentes des interlocuteurs de l'employeur[411]. Cette conception s'inscrit dans la tendance à la procéduralisation du droit du travail[412].

Ce raisonnement est *a priori* fort convaincant. En effet, de nombreux actes unilatéraux sont précédés d'une discussion qui revêtira la forme soit d'une négociation, soit d'une simple consultation.

104. - Il peut s'agir de véritables *négociations*, lorsque l'employeur et son ou ses interlocuteurs souhaitaient former une convention. Le Code du travail fournit lui-même un exemple particulièrement évocateur : selon l'article L. 132-29, si au terme de la négociation avec les organisations syndicales, « *aucun accord n'a été conclu, il est établi un procès-verbal de désaccord dans lequel sont consignées, en leur dernier état, les propositions respectives des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement* »[413]. Il s'agit donc d'un cas dans lequel l'employeur va former, par sa seule volonté, un engagement unilatéral qui aura été précédé, par hypothèse, de négociations sans doute très approfondies. Et pourtant, la qualification d'engagement unilatéral ne semble pas du tout discutable ici.

105. - Il peut s'agir d'une simple *consultation*, lorsque dès le départ, l'employeur entend former seul l'acte juridique, mais il va tout de même

---

410 E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. soc. 1994, p. 227, spéc. p. 230 - C. GERMAIN, *Droit du travail et théorie générale de l'acte juridique*, th. Bordeaux IV, 2000, n° 82, p. 93. Voir également S. NEUVILLE, *Le plan en droit privé*, Préface C. Saint Alary Houin, LGDJ 1998, Bibl. dr. priv., t. 296, n° 113 s., p. 114 s.

411 J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990, chron. XXVII, p. 147, spéc. p. 151 : « *l'existence d'une négociation ne suffit pas à justifier la qualification de contrat* ».
Voir également C. RADE, note sous Cass. soc. 4 janvier 2000, D. 2000, p. 265, spéc. n° 14, p. 267.

412 Voir par exemple S. FROSSARD, note sous Cass. soc. 23 mars 1999, D. 2001, p. 417. Sur la définition de la procéduralisation, voir A. JEAMMAUD, *Introduction à la sémantique de la régulation juridique*, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ 1998, p. 66.

413 J. SAVATIER, *Décisions unilatérales de l'employeur à défaut d'un accord collectif prévu par la loi*, Dr. soc. 1990, p. 316.

demander son avis à une autre personne. Ainsi en est-il du plan social, pour l'élaboration duquel l'employeur est tenu de consulter les représentants du personnel[414]. Dans ce cas particulier, la jurisprudence impose à l'employeur de tenir compte de ces avis, du moins d'étudier très sérieusement les recommandations formulées, notamment par le comité d'entreprise[415]. Plus qu'une simple consultation, il y a alors une véritable et nécessaire concertation entre ces différents interlocuteurs. Néanmoins, le plan social reste un acte juridique unilatéral et la qualification d'engagement unilatéral, même affecté de l'adjectif *concerté*, n'est pas non plus contestable ici.

106. - Ainsi, la notion d'engagement unilatéral négocié ou concerté correspond à une réalité juridique. Néanmoins, la situation est différente à propos des accords atypiques : un accord a bel et bien été conclu, les discussions ne sont pas restées à un stade ignoré par le droit, elles ont abouti à la rencontre des volontés. Peu importe, à cet égard, que l'acte juridique ne puisse produire les effets juridiques escomptés, deux volontés se sont unies.

Une discussion similaire a eu lieu à propos des « *démissions négociées* »[416]. Les auteurs sont parvenus à la conclusion que juridiquement, soit il y a rupture d'un commun accord du contrat de travail, acte bilatéral, soit il y a démission, acte juridique unilatéral sans que de simples discussions préalables à la démission n'aient d'influence sur la nature juridique de celle-ci. Il devrait en aller de même ici : soit il y a eu accord de volontés, et l'acte est conventionnel, soit il y a manifestation d'une seule volonté, et l'acte est unilatéral, bien que des négociations se soient déroulées antérieurement à sa formation[417]. Or, en matière d'accord atypique, on constate bien une rencontre de volontés, et non pas une simple consultation ou négociation préalable.

Dès lors, la qualification d'engagement unilatéral ne semble pas justifiée ici, même si l'on tente de l'atténuer en lui ajoutant le qualificatif de concerté ou de négocié.

---

414 Art. L. 321-3 C. trav.

415 Cass. soc. 28 mars 2000, Dr. soc. 2000, p. 600. Voir P.-H. ANTONMATTEI, *Plan social, il y a urgence à réformer !*, Dr. soc. 2000, p. 597 - F. GEA, *Le plan social, un acte normateur*, D. 2000, chron. p. 550, spéc. p. 551.

416 J. DUPUY, *La démission du salarié*, D. 1980, chron. XXXVII, p. 253 - C. RADE, note sous Cass. soc. 4 janvier 2000, D. 2000, jurisp., p. 265.

417 J.-C. JAVILLIER, *Le contenu des accords d'entreprise*, Dr. soc. 1982, p. 691, spéc. p. 697 : « *même s'il existe des procédures préalables d'information ou de consultation des travailleurs et de leurs représentants dans l'entreprise, l'acte juridique émane de la seule volonté de l'employeur qui en est l'exclusif auteur* ».

Ainsi, en matière d'accords atypiques, la qualification d'engagement unilatéral est retenue alors que deux volontés se sont réellement rencontrées. L'entorse à la théorie générale de l'acte juridique semble évidente. Elle sera cependant plus flagrante encore lorsque l'on aura établi que l'accord de volontés ainsi réalisé a une certaine portée juridique. En effet, la qualification conventionnelle n'est pleinement justifiée que si deux volontés se sont accordées en vue de produire des effets de droit. Il faut donc maintenant vérifier si c'est le cas en matière d'accord atypique.

Section II – La portée juridique de l'accord de volontés

107. - Si la convention nécessite un accord de volontés, cette condition ne suffit pas pour considérer que l'acte juridique conventionnel est pleinement formé. En effet, de nombreux accords de volontés se situent en dehors du domaine du droit et ne comportent donc pas de sanction juridique[418]. Il est par conséquent nécessaire, pour que cette qualification conventionnelle soit justifiée, de constater que les différents interlocuteurs ont entendu unir leur volonté dans le but de produire des effets de droit[419]. Or, c'est précisément le cas en matière d'accord atypique (§1).

Certes, il apparaît en outre indispensable à certains auteurs que la qualification de contrat soit exclusivement réservée aux contrats valables[420], ce qui pourrait poser quelques problèmes car la qualification d'accord atypique résulte de la violation des règles relatives au formalisme et à la compétence des parties à un accord collectif. Néanmoins, ici non plus cet obstacle n'en est pas réellement un, car l'accord atypique n'est guère problématique quant à sa validité. N'étant pas nul, l'accord de volontés n'est pas anéanti rétroactivement. Il est bel et bien valable, ce qui rend définitivement incompatible avec la théorie générale de l'acte juridique la qualification d'engagement unilatéral (§2).

§1 - La volonté des parties de produire des effets de droit

108. - Elle n'est guère contestable en matière d'accords atypiques (A), peu important à cet égard que tous les effets souhaités ne puissent se réaliser (B).

A - Une volonté incontestable

109. - Les accords conclus entre l'employeur et des représentants des salariés ne sont pas des conventions de pure courtoisie. Il est bien évident

---

[418] J. CARBONNIER, *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ 8° éd. 1995, p. 20 s., spéc. p. 31-32 - A. VIANDIER, *La complaisance*, JCP 1980, I, 2987 - B. OPPETIT, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, chron. p. 107 - H. PERREAU, *Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence*, Rev. trim. dr. civ. 1914, p. 481 – C. JAUFFRET-SPINOSI, *Le domaine du contrat, Rapport français*, in *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, D. Tallon, D. Harris (Dir.), LGDJ 1987, Bibl. dr. priv., t. 196, p. 91.

[419] J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990, p. 147, spéc. p. 152.

[420] J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990, p. 147, spéc. p. 154.

que chaque partie entendra respecter les stipulations et s'en prévaloir à l'encontre de l'autre partie. La volonté exprimée comporte bien l'intentionnalité juridique requise pour qu'elle puisse être, juridiquement, qualifiée de volonté[421]. Par exemple, la stipulation selon laquelle les salaires seront augmentés d'un certain pourcentage minimal chaque année aura, dans l'esprit des parties, force obligatoire. Il en ira de même des conditions posées par l'employeur pour l'octroi d'une prime de fin d'année.

Cette force contraignante est d'ailleurs relevée par les magistrats en cas de litiges. Ainsi, lorsque la qualification d'accord synallagmatique de droit commun était retenue, les stipulations contractées s'imposaient aux parties sur le fondement de l'article 1134 du Code civil. Il en allait de même lorsque la qualification de transaction était retenue, sur le fondement de l'article 2052 du Code civil. Aujourd'hui, la situation est la même bien que les magistrats évoquent l'engagement unilatéral de l'employeur[422].

Si ce premier point ne présente guère de difficultés, un écueil important surviendra du fait que les principaux effets de droit souhaités ne vont pas pouvoir se réaliser.

B - Les effets de droit réellement produits

110. - Un accord atypique est, dans l'esprit des parties, un accord collectif, c'est-à-dire un acte normatif qui a vocation à s'appliquer à tous les salariés actuels et futurs d'une entreprise déterminée[423], qui seront éventuellement tenus de respecter certains engagements, mais qui pourront surtout exiger de l'employeur le respect des siens. Or, cette possibilité de lier les parties et surtout de bénéficier aux salariés non signataires est réservée par le Code du travail aux accords collectifs, tels qu'ils sont précisément définis et sous réserve du respect de toutes leurs conditions de formation[424]. Celles-ci n'étant pas respectées en matière d'accords atypiques, la qualification d'accord collectif ne peut leur être conférée, ce qui a pour principal inconvénient de leur dénier tout effet normatif dépassant le cadre

---

421 *Cf. supra* n° 5.

422 Les parties ont conclu un accord dans le but de créer des effets de droit, le plus souvent à caractère normatif.

423 La portée peut être plus grande lorsque la conclusion d'une convention collective était envisagée, mais l'analyse reste la même. Pour ne pas alourdir la rédaction, et parce que les exemples pratiques sont sans doute plus fréquents dans ces hypothèses, nous n'évoquerons que le cas des accords d'entreprise, mais le raisonnement exposé serait pour l'essentiel transposable à toutes les négociations collectives.

424 *Cf. supra* n° 65 s.

des seuls signataires. Mais ceci ne signifie pas que l'accord ainsi intervenu ne produit aucun effet de droit.

En effet, si l'accord atypique n'a pas la portée normative souhaitée, il lie néanmoins les parties à cet accord. Celles-ci souhaitaient former un acte juridique collectif de portée générale profitant à tous les salariés. La portée réelle de l'accord est donc réduite par rapport aux prétentions originelles mais elle ne disparaît pas pour autant[425]. Cette portée, ces effets de droit plus restreints sont variables selon les règles qui n'ont pas été respectées lors de la conclusion de l'accord.

Deux orientations générales peuvent être présentées. Il faut distinguer, afin de déterminer les effets de droit produits par l'accord atypique, le non respect des conditions de forme du non respect des conditions de fond, et plus particulièrement dans ce dernier cas des règles de compétence des parties.

111. - Dans une première hypothèse, l'accord a été conclu entre l'employeur et des délégués syndicaux comme le prescrit le Code du travail, mais une des conditions de forme n'a pas été respectée. Se posera alors un problème de validité de l'acte[426], mais également d'efficacité si celle-là n'est pas contestée : or, la jurisprudence a antérieurement assimilé cet acte à l'accord synallagmatique soumis au droit commun des contrats, qui en tant que tel produit certains effets de droit. La doctrine a en outre estimé que cet accord valait au moins comme avant contrat et comportait l'obligation de régulariser ultérieurement la situation en rédigeant et en signant un écrit[427]. L'accord de volontés produit donc bien dans cette hypothèse des effets de

---

[425] M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK*, t. 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, n° 191 bis, p. 336, parle de « *conversion par réduction* » selon la formule de P. DURAND et A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. III, Dalloz 1956, p. 516 (voir également M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. Paris 1986, p. 712). Sur cette notion, voir F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 397, p. 386 et F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. Le Balle, LGDJ 1957, Bibl. dr. priv. t. 2, n° 224 s., p. 209 s.
Cette notion ne semble pourtant pas appropriée ici : en effet, selon P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Préf. A. Weill, LGDJ 1969, Bibl. dr. priv. t. 101, n° 13, p. 12-13 : « *la conversion pose (...) essentiellement un problème de qualification* » et suppose que l'acte initial soit nul et que soit retenu un autre acte « *ayant un résultat semblable et conforme au but envisagé par les parties* ». Or, nous démontrerons que l'accord atypique n'est pas nul.

[426] *Cf. infra* n° 121 s.

[427] Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 78, p. 66 - M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. Paris 1986, p. 695 - P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. III, Dalloz 1956, p. 517 - *Contra* M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK*, t. 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, n° 191 bis, p. 336.

droit, tels qu'ils peuvent résulter de la formation d'une convention, en dehors de tout effet normatif.

112. - Dans une seconde hypothèse, l'accord n'a pas été conclu avec un interlocuteur représentatif des salariés au sens du Code du travail, mais avec des salariés directement, ou avec des représentants du personnel.

D'une part, l'accord a été conclu entre l'employeur et un groupe de salariés, éventuellement représentés par l'un d'entre eux. C'est le cas par exemple à la suite d'une grève. Si cet accord ne bénéficie pas aux autres salariés et ne les lie pas, il produit en revanche pleinement ses effets à l'égard de la partie salariée. Il n'y aurait guère de raisons pour lesquelles les obligations souscrites par l'employeur ne s'appliqueraient pas au bénéfice des salariés parties à l'acte. Dans certains cas, le mécanisme de la condition suspensive ou résolutoire peut être prévu par l'employeur, celui-ci ne s'engageant par exemple qu'à la condition que tous les salariés, et pas seulement ceux qui sont parties à l'accord, mettent fin au conflit collectif et reprennent le travail. Or, la mise en oeuvre d'une condition participe également des effets de l'acte juridique[428]. Une particularité surgirait en cas de référendum organisé par l'employeur et si la procédure retenue a imposé un vote à bulletin secret. Dans ce cas évidemment, même si la qualification conventionnelle, fort contestable, était retenue, il serait impossible d'identifier avec précision la partie salariée et l'accord n'aurait par conséquent aucune portée[429].

D'autre part, l'accord a été conclu entre l'employeur et des représentants du personnel, délégués du personnel ou membres du comité d'entreprise. Il se peut tout d'abord que certaines stipulations concernent le cocontractant de l'employeur en tant que tel. Dans ce cas, le comité d'entreprise a le droit d'agir en justice pour en faire assurer le respect[430]. L'accord atypique produit alors bien des effets de droit.

Lorsque l'accord ne contient pas de telles stipulations particulières, mais seulement des dispositions concernant l'ensemble ou une partie du personnel, les conséquences sont ici plus problématiques car l'employeur n'a certainement pas voulu créer des effets de droit à l'égard de ce ou de ces

---

[428] Cass. soc. 2 décembre 1992, Dr. soc. 1993, p. 192 : « *ayant constaté que les salariés avaient repris le travail et qu'ainsi la condition posée par l'employeur à son engagement était remplie* ».

[429] N. COLIN, *Conventions et accords collectifs de droit social à l'épreuve du temps*, Préf. de F. Favennec-Héry, L'Harmattan 2000, n° 118, p. 70.

[430] G. COUTURIER, note sous Cass. soc. 19 novembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 91. Voir Cass. soc. 23 octobre 1985, Bull. civ. V, n° 486, p. 352.

représentants du personnel en tant que tels. Il entendait vraiment se lier avec l'ensemble ou une partie des salariés[431]. Il est alors plus délicat d'isoler un effet malgré tout produit par cet accord de volontés. Selon un auteur[432], dans cette hypothèse, « *il n'y a pas en réalité rencontre de deux volontés destinées à produire des effets juridiques* ». La conclusion d'un accord avec les représentants du personnel n'aurait alors d'intérêt que pour « *un problème de preuve* ». Mais comment soutenir que les deux parties n'ont uni leur volonté que dans un but probatoire ? On ne peut que constater que l'intention des parties n'était pas de s'en tenir à la préconstitution de la preuve d'un acte juridique de l'employeur. Une telle conception, tant pour les protocoles de fin de conflit que pour les autres accords atypiques, nous semble trop réductrice[433].

113. - Ainsi, il est des hypothèses d'accords atypiques dans lesquelles il peut être affirmé que l'accord de volontés réalisé est susceptible de produire certains effets de droit. En tout état de cause, cette absence de production d'effets de droit est-elle vraiment un obstacle à la démonstration selon laquelle l'accord atypique est un réel accord de volontés ? Il existe des contrats qui ne produisent pas d'effet, et pourtant la qualification conventionnelle ne leur est pas contestée. L'exemple le plus significatif est celui de la caducité de l'acte juridique : alors qu'il est valablement formé, un événement le prive d'effet pour l'avenir[434]. Ce qui importe est que dans l'esprit des parties, l'acte était formé dans le but de produire des effets de droit, ce qui est le cas ici. Ensuite la réalisation effective de ces effets, qu'elle soit partielle ou inexistante n'importera pas sur l'existence de l'acte juridique conventionnel.

Cependant, la démonstration n'est pas encore complète : si la convention se définit comme un accord de volontés destiné à produire des effets de droit, il semblerait qu'il faille vérifier en outre que cette convention ainsi formée l'a été valablement.

---

[431] Le salarié représentant du personnel n'est pas en effet signataire de la convention en tant que salarié, mais en tant que représentant du personnel, intermédiaire entre l'employeur et les salariés. On ne peut donc en déduire qu'il sera engagé en tant que salarié du simple fait de sa signature.

[432] G. VACHET, *Les accords atypiques*, Dr. soc. 1990, p. 620, spéc. p. 624.

[433] Voir, critiquant également ce raisonnement, S. JEAN, *L'acte unilatéral de l'employeur*, th. Paris I, 1999, p. 9.

[434] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6° éd. 1996, *v° caducité.*

§2 - La validité de l'accord de volontés

114. - De plus en plus convaincante apparaît la démonstration, selon laquelle évoquer l'engagement unilatéral de l'employeur en matière d'accords atypiques revient à nier le rôle de l'accord de volontés comme condition de formation de l'acte juridique conventionnel. Il reste néanmoins une objection relative à la validité de cet acte juridique. En effet, pour pouvoir affirmer que le droit du travail a recours à un acte juridique unilatéral, alors que, selon la théorie générale de l'acte juridique, c'est un acte conventionnel qui aurait dû apparaître en droit, il faut justifier de cette qualification conventionnelle. Or, la qualification conventionnelle est subordonnée à la validité de l'accord de volontés intervenu, car l'on doit déduire de cette nullité l'anéantissement rétroactif de l'accord de volontés. Dans ce cas, celui-ci étant par conséquent réputé n'avoir jamais existé, recourir à la notion d'engagement unilatéral ne nierait plus le rôle de cet accord de volontés. On ne nie pas le néant. Comme l'accord atypique est conclu au mépris des conditions de forme et de compétence des parties, il se peut que cette irrégularité soit la cause d'une nullité de cet acte.

115. - En réalité, cette hypothèse ne remettra pas en cause la démonstration opérée : si l'enjeu de la validité de l'accord atypique doit effectivement être précisé en raison de son importance (A), il apparaîtra en réalité que les cas de nullité d'un tel acte doivent quant à eux être relativisés (B). Par conséquent, il sera établi que l'accord atypique constitue bien un accord de volontés, susceptible de produire des effets de droit, et parfaitement valable. La qualification conventionnelle est dès lors pleinement justifiée, ce qui permet d'affirmer qu'en recourant à un acte juridique unilatéral, le droit du travail se place en contradiction avec la théorie générale de l'acte juridique.

A - Enjeu de la validité de l'accord atypique

116. - L'incidence de la vérification des conditions de validité de l'accord atypique porte à la fois sur la qualification conventionnelle et sur le sort des volontés exprimées. L'anéantissement rétroactif ne laisse subsister que le néant. Il serait alors justifié de ne plus évoquer la qualification conventionnelle en matière d'accord atypique (1). Il faudrait donc en déduire que le recours à la notion d'engagement unilatéral ne s'opère pas au détriment d'un quelconque accord de volontés (puisque celui-ci serait nul),

et donc qu'il n'y a ici aucune contradiction avec la théorie générale de l'acte juridique. Mais même si la nullité de l'accord atypique était retenue, la qualification d'engagement unilatéral ne serait pas plus pertinente car plus aucune volonté, même celle de l'employeur, ne serait censée s'être exprimée (2).

1 - La qualification conventionnelle

117. - Un auteur s'est interrogé sur le fait de savoir si la qualification de contrat devait être réservée aux contrats valables[435] et y a apporté une réponse positive, précisant la définition du contrat en ces termes : « *le contrat est un accord de volontés, qui se sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets* »[436]. Dès lors, si l'acte est nul, par exemple s'il est illicite quant à son objet, tel que la renonciation par le salarié à certains droits[437], ou la rupture d'un commun accord du contrat de travail dans certaines hypothèses[438], le droit objectif empêchera toute production d'effets de droit, ce qui ôterait sa qualification conventionnelle et au-delà sa qualification d'acte juridique à l'accord de volontés.

Or, si l'accord atypique pouvait être annulé en raison de ses vices de formation, il faudrait en déduire qu'il ne peut s'agir d'une convention, et donc qu'il n'y aurait peut-être plus de contradictions à recourir à la notion d'engagement unilatéral, puisque l'accord de volontés, dont le rôle est selon nous nié, serait censé n'être jamais intervenu.

---

[435] J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990, p. 147, spéc. p. 154.

[436] J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990, p. 147, spéc. p. 154.

[437] Voir par exemple l'article L. 122-14-7 al. 3 C. trav. sur l'impossibilité de renoncer par avance aux règles régissant le licenciement.

[438] Celle-ci n'est pas autorisée lorsque se trouve éludée l'application de règles particulièrement protectrices des salariés, qu'il s'agisse des représentants du personnel (Cass. crim. 26 novembre 1985, Bull. crim., n° 379, p. 970 - Cass. soc. 2 décembre 1992, Dr. soc. 1993, p. 155, rapp. P. WAQUET - Cass. soc. 1° juin 1994, Dr. soc. 1994, p. 783, concl. Y. CHAUVY - Cass. soc. 21 février 1996, Dr. soc. 1996, p. 640, obs. M. COHEN) ou des victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles (Cass. soc. 29 juin 1999, Dr. soc. 2000, p. 178, art. C. RADE ; Dr. soc. 1999, p. 963, obs. B. GAURIAU ; JCP 1999, E, p. 2069, n. J. SAVATIER - Cass. soc. 4 janvier 2000, D. 2000, jurisp., p. 265, note C. RADE), en attendant peut-être une généralisation de cette interdiction (C. RADE, note sous Cass. soc. 4 janvier 2000, D. 2000, jurisp., p. 265, n° 7 s., p. 266 - C. RADE, *L'autonomie du droit du licenciement (brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions)*, Dr. soc. 2000, p. 178).
La nullité ou l'illicéité de la rupture amiable est alors expressément prononcée par la jurisprudence (Cass. soc. 4 janvier 2000, précité - Cass. soc. 29 juin 1999, précité). Ceci explique que les hypothèses de requalification de cette rupture en licenciement ne soient pas développées ici, puisque la nullité va anéantir rétroactivement l'accord de volontés intervenu. On ne peut alors évoquer à cet égard une quelconque négation de l'accord de volontés, le problème se situant plutôt au niveau de la volonté individuelle de l'employeur (*cf. infra* n° 178).

118. - Certes, cette exigence supplémentaire requise pour caractériser la qualification contractuelle semble engendrer une confusion entre la qualification de contrat et la validité de celui-ci[439]. Chronologiquement, il serait logique de qualifier de contrat la relation juridique, puis de s'intéresser à sa validité car ce sont deux étapes différentes. Mais la force de l'anéantissement rétroactif de l'acte, produit de son annulation, doit conduire à considérer que l'accord de volontés, et par conséquent la qualification conventionnelle, n'ont jamais eu lieu.

Si l'absence de validité de l'acte nous semble donc devoir empêcher sa qualification conventionnelle, elle aura en outre une incidence sur les volontés exprimées.

2 - Le sort des volontés exprimées

119. - Un acte nul est censé n'avoir jamais existé[440]. Par conséquent, si le contrat s'analyse comme un accord de volontés destiné à produire des effets de droit, cet accord lui-même sera censé ne pas avoir existé car il sera anéanti rétroactivement. Il ne sera pas juridiquement reconnu. On pourrait dès lors être tenté de penser que la négation de tout accord de volontés en matière d'accord atypique et la requalification en engagement unilatéral n'apparaîtraient pas contradictoires avec la théorie générale de l'acte juridique, mais correspondraient à son exacte application.

120. - Néanmoins, ce raisonnement présente un inconvénient rédhibitoire : la nullité ne laisse subsister aucune des deux manifestations de volonté. Elles sont elles-mêmes rétroactivement anéanties, ce qui rendra difficilement justifiable la qualification d'engagement unilatéral. Celle-ci suppose en effet par définition la volonté de son auteur, en l'occurrence l'employeur. Comme l'a affirmé un auteur, « *un contrat nul* (...) *ne peut laisser subsister les obligations d'une seule des deux parties ; la nullité emporte dans le néant les engagements de chacun* »[441]. Si le recours à l'engagement unilatéral ne caractérise pas la négation d'un accord de volontés, il revient quand même à caractériser un acte juridique alors

---

[439] J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990, p. 147, spéc. p. 154.

[440] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 398, p. 387.

[441] C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques, jurisprudence commentée*, Dr. soc. 1988, p. 464, spéc. p. 465.

qu'aucune volonté ne subsiste qui serait à son origine. Un tel recours ne se présenterait toujours pas en conformité avec la théorie générale de l'acte juridique.

Ainsi, invoquer la nullité de l'accord atypique ne permettrait même pas de résoudre complètement la contradiction entre le droit du travail et la théorie générale de l'acte juridique, en ce qui concerne l'appréhension du rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique. Le problème serait simplement déplacé, il ne consisterait plus en la négation du rôle d'un accord de volontés.

En tout état de cause, nous allons démontrer que, contrairement aux apparences, les cas de nullité de l'accord de volontés sont extrêmement limités et que par conséquent, la qualification conventionnelle est pleinement justifiée.

B - Des cas de nullité restreints

121. - L'accord atypique serait, pour de nombreux auteurs, irrégulier[442], sans pour autant que ceux-ci se prononcent clairement sur une éventuelle nullité[443]. Effectivement, déterminer les causes de nullité de tels accords s'avère relativement délicat et, pour plus de clarté, il faudra distinguer, comme cela a déjà été présenté[444], le non respect des conditions de forme (1) de celui des règles de compétence des parties (2).

1 - Les conditions de forme

122. - D'une part, les formalités telles que l'agrément, précédemment[445], ou le dépôt, actuellement, de l'accord ne sont pas requises

---

[442] C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43, spéc. n° 5 p. 45 : « *l'accord est irrégulier et faute de réunir les conditions de validité requises, il est disqualifié en tant qu'accord d'entreprise* » - M.-F. BIED-CHARRETON, *Le comité d'entreprise peut-il négocier ?*, Dr. ouvr. 1993, p. 129, spéc. p. 136. Voir également notant que l'accord atypique ne peut valoir comme accord collectif, J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20° éd. 2000, n° 93, p. 107.

[443] Voir cependant M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK*, t. 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, n° 65 s., p. 112 s. - Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 152, p. 133.

[444] *Cf. supra* n° 65 s.

[445] Celui-ci n'est plus requis que dans des domaines spécifiques, tels que les conventions et accords collectifs intéressant les secteurs sanitaire et social à but non lucratif (art. 16 loi 30 juin 1975). Voir Cass. soc. 4 janvier 2000, Dr. soc. 2000, p. 449, n. J. BARTHELEMY. L'accord est alors inopposable aux salariés. Mais ceux-ci peuvent contourner cet obstacle en se prévalant d'un engagement unilatéral de l'employeur.

à peine de nullité de l'acte : ce sont en effet des conditions de publicité de l'acte, avec comme enjeu l'opposabilité de ses stipulations, c'est-à-dire l'efficacité de l'acte et non sa validité[446]. Cette distinction est parfaitement opérée par la jurisprudence[447].

D'autre part, la loi prévoit elle-même la nullité en cas d'inobservation de l'exigence d'un écrit[448], ce qui semble donc bien constituer une condition de validité de l'acte juridique en question. Mais il ne semble pas qu'un contentieux significatif se soit développé sur cette question et les rares décisions n'ont pas opté pour la nullité de l'acte[449].

2 - Les règles de compétence des parties

123. - La jurisprudence n'annule pas les accords atypiques pour violation des règles de compétence des parties. Il est certes très rare que la question de la validité de l'accord atypique soit posée directement aux magistrats, puisque son assimilation à l'engagement unilatéral de l'employeur est aujourd'hui, à quelques nuances près, automatique. Mais lorsque c'est le cas, ils rejettent cette nullité[450], analysant le non respect de l'article L. 132-2 du Code du travail comme la cause de la seule disqualification d'accord collectif[451].

---

446 G. COUTURIER, *Droit du travail, 2/ Les relations collectives de travail*, PUF 2° éd. 1993, n° 200, p. 450 : « *ces formalités de dépôt ne semblent pas prescrites à peine de nullité. Cependant, elles déterminent, en principe, l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord* ».

447 Cass. soc. 27 juin 1957, Bull. civ. IV, n° 790, p. 561 - Cass. soc. 3 octobre 1962, Dr. soc. 1962, p. 630, obs. J. SAVATIER - Cass. soc. 18 novembre 1976, Bull. civ. V, n° 612, p. 497 - Cass. soc. 3 mars 1978, Bull. civ. V, n° 163, p. 123 - Cass. soc. 28 avril 1982, Bull. civ. V, n° 269, p. 199 - Cass. soc. 22 avril 1985, Bull. civ. V, n° 249, p. 180. Voir C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43, spéc. p. 46 - Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 79, p. 68 - M. DESPAX, *La mesure de l'application de la loi sur les conventions collectives à la négociation d'entreprise : les accords en marge de la loi*, Dr. soc. 1982, p. 672.
Voir cependant Cass. soc. 20 février 1991, RJS 4/91, n° 493, p. 260, qui disqualifie en simple usage une convention non signée mais effectivement appliquée (J. DEPREZ, *Conventions et accords collectifs, accords atypiques, usages*, RJS 1/92, p. 3, spéc. p. 13).

448 Art. L. 132-2 C. trav.

449 Cass. soc. 23 février 1972, Bull. civ. V, n° 150, p. 140 - Cass. soc. 28 avril 1982, Bull. civ. V, n° 269, p. 199. V. cependant Cass. soc. 27 mars 1996, RJS 6/96, n° 579, p. 366 (cassation au visa de l'art. L. 132-2 C. trav. d'un jugement de conseil de prud'hommes qui a fait application d'un accord, alors que la preuve de cet accord n'était pas explicitée, ce qui rend la portée de cet arrêt difficile à établir quant à la sanction du non respect du formalisme).

450 Voir par exemple Cass. soc. 7 janvier 1988, Dr. soc. 1988, p. 466, obs. C. FREYRIA : le pourvoi contestait la validité de l'accord prononcée par la Cour d'appel. La Cour de cassation rejette cet argument, se plaçant sur le terrain de l'engagement de l'employeur.
V. cependant Cass. soc. 13 mai 1980, Bull. civ. V, n° 424, p. 323 (circonstance particulière du réaménagement d'une convention collective par un délégué du personnel).

451 Voir par exemple Cass. soc. 15 juillet 1998, RJS 10/98, n° 1254, p. 755; JCP 1999, éd. E, p. 181, n. M. DEL SOL.
Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 153 s., p. 137 s.

124. – Ce rejet de la nullité est à notre sens parfaitement justifié d'un point de vue théorique. Pour déterminer les conséquences du non respect du monopole syndical institué par les articles L. 132-2 et L. 411-17 du Code du travail, il est extrêmement important de préciser la nature de cette règle de compétence, c'est-à-dire d'établir si elle concerne la capacité ou le pouvoir du signataire. S'il s'agit de la violation d'une règle de capacité, l'acte n'est pas valable et sa nullité est encourue[452]. En revanche, s'il s'agit d'un dépassement de pouvoirs, l'acte est simplement inopposable. « *En principe, le contrat pour autrui, conclu par une personne sans pouvoirs, est parfaitement valable. La nullité suppose en effet la violation d'une règle de formation des contrats ; or, aucune règle de cet ordre n'a été transgressée. Toutes les conditions requises pour la validité de l'acte, à savoir consentement, capacité, objet et cause (art. 1108 C. civ.) sont réunies. Un seul élément fait défaut : le pouvoir de celui qui contracta pour autrui. La conséquence de cette analyse apparaît alors clairement : le contrat existe, mais il ne peut produire d'effet à l'égard du tiers ; il lui est inopposable* »[453].

L'enjeu est donc déterminant de bien distinguer les hypothèses d'incapacité de celles de défaut ou de dépassement de pouvoirs. Or, en matière d'accord atypique, il semble qu'il s'agisse d'un simple dépassement de pouvoirs.

125. - * La distinction entre le défaut de capacité et le défaut, ou plus précisément le dépassement, de pouvoirs est certes délicate, mais M. STORCK l'a clairement exprimée : « *soit l'auteur avait la capacité ou la*

Certains arrêts peuvent donner l'impression d'être plus sévères en rejetant l'efficacité de tels accords, mais ils s'expliquent par le domaine particulier de la négociation, appelant un régime spécifique : Cass. soc. 8 novembre et 5 décembre 1979, D. 1980, IR 347, obs. P. LANGLOIS. Voir Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 152, p. 135 - M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. Paris 1986, p. 712 s.

[452] Art. 1108 C. civ.

[453] A. RIEG, *Encycl. Dalloz, Rép. civ.*, v° *Porte-fort*, n° 8, cité par M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Préf. D. Huet-Weiller, LGDJ, Bibl. dr. priv. 1982, t. 172, n° 231, p. 171. Voir également J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, PUF, 21° éd. 1998, n° 117, p. 228 - R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, t. 1, Sources des obligations*, Rousseau 1923, n° 118 - G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 1, LGDJ 1956, n° 2538, p. 917 : « *Quand la personne agit dans les limites de sa capacité ou de son pouvoir, l'acte est valable et produit ses effets. Mais la capacité et le pouvoir se séparent d'une manière visible quand l'acte en excède les limites ; au cas d'incapacité, l'acte est seulement* annulable *et deviendra valable par le seul effet de l'écoulement de la prescription ; au cas de défaut de pouvoir, l'acte est* inopposable *au véritable intéressé, qui peut seulement se l'approprier par une* ratification ».

Pour une vue générale, voir C.-W. CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, Préf. J. Ghestin, LGDJ 2000, Bibl. dr. priv., t. 340, n° 306, p. 146.

compétence d'intervenir pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, mais il n'était pas attributaire des droits ou des pouvoirs requis pour faire un acte déterminé ; soit il n'avait ni cette aptitude personnelle, ni cette prérogative. Dans la première hypothèse, le défaut de droits ou de pouvoirs est sanctionné en tant que tel, alors que, dans la seconde situation, l'acte est anéanti pour incapacité ou pour incompétence de son auteur »[454]. Cet auteur explique également qu' « *une personne qui passe un acte pour le compte d'une société, d'un ménage, d'un incapable, d'un mandant (...) sans avoir la qualité réelle ou apparente d'administrateur ou de gérant de société, d'époux, de tuteur, de mandataire (...) n'a pas la compétence d'intervenir pour le compte d'autrui : cette inaptitude de l'auteur à lier autrui entraîne la nullité de l'acte. Au contraire, si l'auteur de l'acte peut justifier de sa qualité d'organe de la société, d'époux, de tuteur, de mandataire (...) mais qu'il est établi qu'en intervenant pour le compte d'autrui il a excédé la limite des pouvoirs reconnus, il y a non incompétence, mais seulement dépassement de pouvoirs* »[455].

126. - La question est donc de savoir si les représentants des salariés ont méconnu une règle de capacité ou une règle de pouvoir. La capacité est l'aptitude à exercer un droit dont on est titulaire[456]. Selon des travaux récents, le pouvoir est la « *prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui* »[457].

Certains auteurs ont caractérisé l'incompétence des représentants du personnel à conclure un accord collectif en se référant à leur incapacité[458], alors que d'autres leur dénient simplement un tel pouvoir[459], mais sans

---

[454] M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Préf. D. Huet-Weiller, LGDJ, Bibl. dr. priv. 1982, t. 172, n° 224, p. 167.

[455] M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Préf. D. Huet-Weiller, LGDJ, Bibl. dr. priv. 1982, t. 172, n° 224, p. 168.

[456] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6° éd. 1996, *v° capacité* - J. FLOUR et J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 228, p. 158 - E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Préface de G. Cornu, Economica 1985, p. 232.

[457] E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Préface de G. Cornu, Economica 1985, p. 232.

[458] E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. soc. 1994, p. 227, spéc. p. 229, même si l'auteur utilise également le terme de pouvoir, sans en déduire apparemment une différence de régime. Par ailleurs, il estime par la suite, à propos de Cass. soc. 25 avril 1979, D. 1980, IR 24, obs. P. LANGLOIS, « *qu'en l'espèce l'accord avait été signé par les délégués du personnel agissant en cela au-delà des pouvoirs qui leur sont accordés par la loi* ». Voir également M. MOREAU, *Les règlements de fin de conflit (protocole, protocole d'accord ou accord de fin de conflit)*, Dr. soc. 2001, p. 139, spéc. p. 140.

[459] M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 4° éd. 1997, p. 403 - M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. Paris

utiliser peut-être le terme pouvoir avec comme enjeu la distinction ci-dessus rappelée[460].

127. - **Malgré cette imprécision doctrinale, il apparaît clairement que les représentants du personnel ne sont pas *incapables* de conclure un accord collectif, ils n'en n'ont tout simplement pas le *pouvoir*. Cette analyse n'a fait qu'être confirmée par les récents développements législatifs relatifs à la négociation collective.

128. - D'une part, les représentants du personnel exercent une fonction de représentation. Certes, elle ne s'apparente pas au mandat tel qu'il est défini à l'article 1984 du Code civil, c'est-à-dire à une représentation de personnes, mais consiste plus précisément en une représentation des intérêts des salariés[461]. Il a ainsi été démontré que les représentants du personnel et les délégués syndicaux ont en commun l'exercice d'un mandat représentatif. Or, la représentation au sens strict (représentation d'une personne) n'est que l'espèce d'un genre plus vaste qu'est le pouvoir[462]. C'est pourquoi il existe des pouvoirs sans représentation d'une personne : les représentants du personnel ne représentent pas les salariés, mais leurs intérêts[463]. Ce faisant, s'ils n'en sont pas les mandataires, les représentants au sens strict, ils sont néanmoins titulaires d'un certain pouvoir[464]. De la sorte, lorsqu'ils concluent

---

1986, p. 719 et 730 - J. SAVATIER, *Accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1985, p. 188, spéc. p. 191 : « *C'est parce que* [la délégation du personnel] *n'avait pas le pouvoir de représenter la collectivité des travailleurs dans une convention avec l'employeur qu'on disqualifie l'accord en engagement unilatéral* ».

460 C. FREYRIA, obs. sous Cass. soc. 7 janvier 1988, Dr. soc. 1988, p. 464, spéc. p. 465 : « *l'une des parties n'avait pas le pouvoir ni de s'engager ni d'engager ses collègues de travail* ». Pourtant, l'auteur estime que l'accord ainsi conclu n'est pas valable. Voir cependant P. LANGLOIS, obs. sous Cass. soc. 25 avril 1979, D. 1980, IR, p. 24.

461 F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Préf. P. Rodière, LGDJ 2000, Bibl. dr. priv. t. 291, n° 7, p. 7 ; n° 63, p. 77. Ce qui a pour conséquence l'impossibilité, hors intervention législative, pour ce type de représentants, d'engager les salariés (A. LYON-CAEN, *Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel*, Dr. ouvr. 1986, p. 355, spéc. p. 359).

462 F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Préf. P. Rodière, LGDJ 2000, Bibl. dr. priv. t. 291, n° 11, p. 12 - E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Préface de G. Cornu, Economica 1985, n° 332, p. 222.
Voir, distinguant le pouvoir de représentation du pouvoir attribué par la loi, G. WICKER, *Les fictions juridiques - Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 65, p. 73.

463 A. LYON-CAEN, *Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel*, Dr. ouvr. 1986, p. 355 - M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Préf. M. Despax, LGDJ 1994, Bibl. dr. soc. t. 27, n° 415, p. 350 - M.-L. IZORCHE, *A propos du « mandat sans représentation »*, D. 1999, p. 369.

464 F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Préf. P. Rodière, LGDJ 2000, Bibl. dr. priv. t. 291, n° 218, p. 247 : « *le salarié élu (...) dispose, non d'un*

un accord collectif, ils dépassent les limites de ce pouvoir, mais il ne s'agit pas de la violation d'une règle de capacité. D'ailleurs, le comité d'entreprise, qui dispose de la personnalité juridique[465], est capable juridiquement. Il peut en effet parfaitement conclure des actes juridiques, notamment avec l'employeur, par exemple relatifs à son fonctionnement[466]. De même, les délégués du personnel ont la capacité juridique puisqu'ils peuvent eux aussi négocier, à titre personnel, avec l'employeur[467].

129. - D'autre part, il arrive que la loi confère expressément aux représentants du personnel le pouvoir d'engager les salariés[468]. Il s'agit en premier lieu du pouvoir du comité d'entreprise de conclure avec l'employeur des accords d'intéressement et de participation aux résultats[469]. Surtout, afin de faciliter et de développer la négociation collective dans l'entreprise, le législateur a récemment étendu la compétence des représentants du personnel. Ainsi, la loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 permet, dans les entreprises n'ayant pas de délégué syndical, de conclure un accord collectif à certaines conditions avec les représentants du personnel. De même, la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 *relative à la réduction négociée du temps de travail* prévoit dans son article 19-VII que les délégués du personnel peuvent négocier un accord collectif d'entreprise relatif à la durée collective du travail[470].

---

pouvoir délégué, au même titre qu'un délégué syndical dans ses rapports avec le syndicat, mais d'un pouvoir propre échappant ainsi aux instructions contraignantes des électeurs ».

[465] Art. L. 431-6 C. trav.

[466] R. VATINET, *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, th. Paris I, Sirey 1983, p. 846 - A. LYON-CAEN, *Le comité d'entreprise à l'heure du changement*, Dr. soc. 1982, p. 300 - R. VATINET, *La négociation au sein du comité d'entreprise*, Dr. soc. 1982, p. 675 - M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. Paris 1986, p. 341 s.

[467] M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. Paris 1986, p. 350 s. - C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43, spéc. n° 6, p. 46.

[468] F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Préf. P. Rodière, LGDJ 2000, Bibl. dr. priv. t. 291, n° 400 s., p. 481 s. : la loi du 12 novembre 1996 institue un transfert du pouvoir de négocier aux représentants élus du personnel.

[469] Art. 1° et 16 de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986. Voir M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 6° éd. 2000, p. 481 - J. SAVATIER, *Les accords collectifs d'intéressement et de participation,* Dr. soc. 1988, p. 89 - C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43, spéc. n° 7, p. 46 (il utilise le terme *pouvoir*) - J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 712, p. 730.

On pourrait également citer l'accord obligatoire entre l'employeur et le comité d'entreprise à propos de l'embauche et du licenciement du médecin du travail (art. R. 241-31 C. trav.).

[470] Sur toutes ces limitations au monopole syndical de négociation collective, *cf. supra* n° 70 s.

Ainsi, les représentants du personnel disposent du pouvoir d'engager les salariés, au moins dans certains domaines et à certaines conditions. Ce pouvoir est encore strictement délimité, mais lorsqu'un accord collectif sera conclu par les représentants du personnel en dehors de ces hypothèses, il s'agira alors d'un dépassement de pouvoirs[471] et non d'une incapacité, entraînant par conséquent la sanction propre y attachée.

130. - ***Cette sanction du dépassement de pouvoirs reste à préciser. Il semble que celle-ci réside dans l'inopposabilité de l'acte ainsi conclu[472], ce qui la distingue de la violation des règles de capacité qui entraînerait sa nullité. Si cette inopposabilité est affirmée par certains auteurs[473], c'est à la condition néanmoins qu'une règle d'ordre public n'ait pas été méconnue[474].

Or, il ne peut être nié que le monopole syndical édicté par l'article L. 132-2 du Code du travail constitue une règle d'ordre public. Encore faut-il bien déterminer la portée de ce texte : est d'ordre public la règle selon laquelle un accord collectif ne peut résulter que de la seule rencontre des volontés de l'employeur et des représentants d'une organisation syndicale. C'est simplement la qualification d'accord collectif qui est d'ordre public : si les conditions prévues par la loi ne sont pas réunies, l'accord conclu ne peut pas être qualifié d'accord collectif[475], et il ne bénéficiera par conséquent pas

---

471 G. VACHET, *Les accords atypiques*, Dr. soc. 1990, p. 620, spéc. p. 622.

472 « *L'inopposabilité est une sanction qui ne s'attaque pas à l'acte lui-même, mais seulement à ses effets : le laissant subsister, elle se traduit simplement par une inefficacité d'étendue plus ou moins considérable* », D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, th. Strasbourg 1929, p. 351.

473 A. RIEG, *Encycl. Dalloz, Rép. civ.*, v° *Porte-fort*, n° 8, cité par M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Préf. D. Huet-Weiller, LGDJ, Bibl. dr. priv. 1982, t. 172, n° 231, p. 171 - J. DUCLOS, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, Préf. D. Martin, LGDJ 1984, Bibl. dr. priv. t. 179, n° 65, p. 93, qui se réfère au principe de relativité de l'article 1165 du Code civil pour caractériser la sanction, entre autres motifs, d'un dépassement de pouvoirs par un mandataire - P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Préf. A. Weill, LGDJ 1969, Bibl. dr. priv. t. 101, n° 14, p. 14 : dans le cas où l'effet *erga omnes* est essentiel pour les parties, et si cet effet ne se produit pas, la partie déçue « *demandera la résolution de ce contrat. Nous ne voyons pas sur quoi* [elle] *se fonderait pour en demander la nullité* ».
Voir, plus nuancé, E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Préface de G. Cornu, Economica 1985, n° 181, p. 113.

474 M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Préf. D. Huet-Weiller, LGDJ, Bibl. dr. priv. 1982, t. 172, n° 227 s., p. 168 s.

475 J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 93, p. 107 : ils ne peuvent valoir comme accords collectifs - F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Préf. P. Rodière, LGDJ 2000, Bibl. dr. priv. t. 291, n° 302, p. 356 : « *nulle comme convention collective, l'acte serait valable selon le droit des contrats, dans la mesure où le consentement des parties n'a pas été vicié* » - J. SAVATIER, *Accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1985, p. 188, spéc. p. 191 : « *C'est parce que* [la délégation du personnel] *n'avait pas le pouvoir de représenter la collectivité des travailleurs dans une convention avec l'employeur qu'on disqualifie l'accord en engagement unilatéral* ».

du régime spécifique de ce type d'accord, notamment sa place dans la hiérarchie des normes et son effet collectif obligatoire. Mais cette conséquence ne signifie pas que le droit du travail va invalider tout accord de volontés conclu en marge de ce texte[476].

Ainsi, puisque seule la qualification d'accord collectif constitue l'enjeu du respect de l'article L. 132-2 du Code du travail, il faut en conclure que les accords atypiques conclus avec les représentants du personnel ne doivent subir comme sanction que la simple *inopposabilité* de leurs stipulations aux salariés, et non pas leur *nullité*. Ce raisonnement est d'ailleurs approuvé par la majorité de la doctrine[477].

La situation est similaire lorsqu'une partie des salariés a été représentée par l'un d'entre eux, mandataire ponctuel désigné par exemple lors d'un conflit collectif : s'il a le pouvoir d'engager ses mandants, il n'a pas le pouvoir d'engager les autres salariés. Il s'agit ici aussi d'un dépassement

---

476 Voir cependant M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK*, t. 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, n° 65 s., p. 112 et s. : un des arguments déterminants soulevés par l'auteur en faveur de la nullité réside dans le fait qu'un régime conventionnel de droit commun ne présenterait aucune garantie sérieuse. Mais cet obstacle n'en est plus un puisque le principe de l'application de la disposition la plus favorable joue en cette matière (voir d'ailleurs n° 75, p. 126 et M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 6° éd. 2000, p. 478).
Ainsi, la qualification d'engagement unilatéral permet de ne retenir que les seuls engagements de l'employeur. Les salariés n'ont par conséquent rien à perdre.

477 G. COUTURIER, *Droit du travail, 2/ Les relations collectives de travail*, PUF 2° éd. 1993, n° 223, p. 501 : « *contraires aux principes du droit des conventions collectives, les accords atypiques ne sont valides que parce qu'ils ne figurent pas au nombre des accords que ce droit régit* ».
R. DE QUENAUDON, *Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 265, spéc. p. 267, note 34 : « *il faut distinguer l'accord en marge de la loi de celui conclu en violation de la loi, le premier étant juridiquement valable, le second nul* ». Sont en marge de la loi les accords conclus sans respecter les articles L. 131-1 et suivants du Code du travail, c'est-à-dire les accords atypiques. Sont en violation de la loi ceux qui contiennent des stipulations contraires à la loi.
M. DEL SOL, note sous Cass. soc. 15 juillet 1998, JCP 1999, éd. E, p. 181, n° 8 p. 183 : les conditions de validité requises par le Code civil sont bien remplies.
M. MOREAU, *Les règlements de fin de conflit (protocole, protocole d'accord ou accord de fin de conflit)*, Dr. soc. 2001, p. 139, spéc. p. 140 : l'accord « *valable juridiquement, ne sera pas assimilé à une convention collective* (...) ».
G. VACHET, *Les accords atypiques*, Dr. soc. 1990, p. 620, spéc. p. 621 : « *il serait pour le moins illogique que l'accord donné par les représentants du personnel à des mesures envisagées unilatéralement par l'employeur les rende nulles alors qu'elles étaient valables avant qu'ils ne leur donnent leur accord* ».
M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. Paris 1986, p. 714 s. : l'auteur n'évoque la nullité de l'acte que de manière incidente : « *le non respect des exigences substantielles posées par la loi sera sanctionné par l'inapplicabilité de la convention, voire par la nullité* ».
Voir, plus nuancés et plutôt favorables à la nullité, M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK*, t. 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, n° 65 s., p. 112 et s - C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43, spéc. n° 5 p. 45 : « *l'accord est irrégulier et faute de réunir les conditions de validité requises, il est disqualifié en tant qu'accord d'entreprise* ».

de pouvoirs appelant l'inopposabilité de l'acte à ces derniers. D'ailleurs, il a été remarqué que cette hypothèse est précisément celle dans laquelle l'accord conclu pourra produire ses effets à l'égard des seuls salariés représentés. L'acte en lui-même n'est donc pas nul, seule son efficacité sera réduite. Il en ira d'ailleurs de même si l'employeur obtient directement l'accord des salariés, par exemple à la suite d'un référendum : seuls les salariés ayant répondu positivement, s'ils sont identifiables, seront engagés.

Conclusion du Chapitre II

131. - Il résulte de cette étude que la notion d'accord atypique désigne bien un accord de volontés destiné à produire des effets de droit, et que son irrégularité de formation n'a pas pour conséquence sa nullité mais une limitation de ses effets, voire son inopposabilité totale.

La rencontre de deux ou plusieurs volontés a donc eu lieu, impliquant la qualification conventionnelle. Or, le droit du travail ne retient qu'un engagement unilatéral de l'employeur. Le raisonnement apparaît alors contradictoire avec la théorie générale de l'acte juridique : dès lors qu'un accord de volontés est constaté, ce n'est pas un acte juridique unilatéral qui doit être caractérisé mais une convention.

Conclusion du Titre I

132. - Afin d'imposer une norme nécessaire à la construction d'un statut préservant les intérêts des salariés, le droit du travail confère une destination collective à la volonté exprimée par l'employeur dans l'accord dit atypique. Pour favoriser la *formation* d'une norme favorable aux salariés, le droit du travail n'a pas hésité à nier totalement le rôle d'un accord de volontés au profit de la qualification d'engagement unilatéral. Il s'agit bien d'un infléchissement incontestable de la théorie générale quant au rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique.

133. - On peut être surpris par le fait que le droit du travail se soit orienté vers une telle contradiction avec la théorie générale. En effet, un résultat similaire, et donc une efficacité similaire, auraient pu être obtenus par l'infléchissement du droit commun. Le raisonnement se serait alors situé sur le plan de l'autonomie du droit spécial par rapport au droit commun[478].

---

[478] *Cf. infra* Partie II, n° 224 s.

Le droit du travail aurait pu conférer une destination collective aux accords atypiques en tant que tels. C'est en définitive la solution qui prévalait lorsque les magistrats les qualifiaient d'accords synallagmatiques de droit commun[479]. Cet infléchissement du droit commun aurait pu se manifester en premier lieu par le rejet en cette matière du principe de l'effet relatif des conventions, fondé sur l'article 1165 du Code civil. Le droit du travail aurait alors nié un principe fondamental du droit commun. En second lieu, et plus modestement, la portée collective d'un accord atypique aurait pu être assurée par une interprétation plus souple des règles de la stipulation pour autrui. Le droit du travail aurait alors absorbé une notion issue du droit commun.

Une telle négation, ou une telle absorption, de principes et notions issus du droit commun se produit fréquemment en droit du travail. C'est même le critère principal qui permet de conclure à son autonomie (relative), et c'est ce qui se passe, nous le constaterons, à propos du régime de la volonté[480].

134. - Alors, pourquoi avoir renoncé, en matière d'accord atypique, à infléchir le droit commun pour infléchir plutôt la théorie générale de l'acte juridique ? La question reste posée. On peut seulement se risquer à avancer les deux arguments suivants.

D'une part, l'infléchissement du droit commun, tel qu'il se manifestait implicitement dans la jurisprudence relative aux accords synallagmatiques de droit commun, était extrêmement *visible* en ce qu'il s'attaquait directement au droit des obligations, à propos de notions ou de principes depuis longtemps établis[481]. Les auteurs n'ont d'ailleurs pas tardé à réagir pour critiquer cette atteinte au droit commun[482]. L'entorse à la théorie générale, finalement opérée, se fait au contraire plus discrète. Celle-ci est d'ailleurs encore entourée de mystères, et le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique n'est pas le thème le plus abordé par les auteurs[483]. Le raisonnement mis en œuvre présente également l'intérêt de ne pas s'attaquer au droit positif mais à une conception doctrinale, théorique, par définition plus souple.

---

[479] *Cf. supra* n° 85 s.

[480] *Cf. infra* Partie II, n° 224 s.

[481] Mais l'article 1134 (force obligatoire du contrat) est également un principe établi depuis longtemps, et qui est pourtant « *maltraité* » par le droit du travail à propos de la modification du contrat de travail.

[482] *Cf. supra* n° 86 s.

[483] *Cf. supra* n° 17.

D'autre part, il est indéniable que les magistrats et les auteurs ont entendu, au cas particulier, uniformiser le régime des normes atypiques d'entreprise. L'engagement unilatéral, dont la force attractive est indéniable dans la jurisprudence contemporaine, apparaît comme un dénominateur commode.

Il n'en reste pas moins que la cohérence de la théorie générale est ainsi mise à mal pour un résultat qui aurait pu être atteint plus simplement et plus clairement. Il n'est cependant pas exclu qu'un raisonnement fondé sur l'*autonomie* par rapport au droit commun puisse s'imposer à l'avenir. La tendance actuelle du droit du travail est en effet de renforcer cette autonomie[484]. Il se peut dès lors que les anciennes critiques, sur le non respect du principe de l'effet relatif des contrats, ne pèsent plus suffisamment pour empêcher les magistrats de rejeter le droit commun en cette matière. En outre, le mécanisme de la stipulation pour autrui n'aurait pas à être très fortement modifié pour assurer une destination collective à la volonté exprimée dans l'accord atypique[485].

L'infléchissement infligé par le droit du travail au rôle de la volonté s'est manifesté ici au travers d'un acte juridique particulier, puisqu'il s'agit d'un *avatar de la négociation collective*, dans lequel la volonté exprimée a vocation à être collective par destination. La nécessité pour le droit du travail d'imposer ses normes propres se traduit alors par la négation du rôle de la volonté dans la formation d'un acte juridique support de cette norme. L'existence d'une volonté collective par destination est une particularité forte du droit du travail qui pourrait expliquer, du moins en partie, l'infléchissement de la théorie générale quant au rôle d'un accord de volontés dans la formation de ce type d'actes juridiques.

Il ne faut cependant pas croire que cet infléchissement présente dès lors une portée réduite. Au contraire, les hypothèses que nous allons maintenant étudier révèlent toute son ampleur. Il s'étend en effet à des actes dont la structure est individuelle, et qui auraient dû, par conséquent, s'inscrire parfaitement dans les lignes directrices tracées par la théorie générale, puisqu'ils ne présentent pas la particularité d'être issus d'une volonté privée tout en produisant des effets collectifs, normatifs. Dans ces hypothèses, le droit du travail tend toujours à imposer ses normes, et cette

---

[484] *Cf. supra* n° 25 s., spéc. n° 31 et *infra* Partie II, n° 224 s.
[485] *Cf. supra* n° 88.

fois l'infléchissement de la théorie générale quant au rôle de la volonté résulte de la recherche de l'efficacité de ses normes.

TITRE II - LA NEGATION DU ROLE DE LA VOLONTE INDIVIDUELLE DANS LE CADRE DE LA RECHERCHE D'EFFICACITE DE LA NORME

135. - L'existence d'une volonté collective par destination est une particularité forte du droit du travail. Au contraire, la volonté individuelle par destination est évidemment beaucoup plus fréquente dans les autres branches du droit. Le droit des obligations a ainsi été très tôt marqué par cette idée d'individualisme[486]. Dès lors, la présence en droit du travail d'actes juridiques à portée individuelle, dans lesquels la volonté est dirigée vers une personne individualisée, ne révèle en aucune manière une originalité de cette branche du droit. On pourrait donc s'attendre à ce que l'acte juridique individuel, en droit du travail, s'inscrive parfaitement dans la théorie générale.

Ce n'est cependant pas le cas pour tous les actes juridiques individuels : certains seront en effet caractérisés alors même que la manifestation de volonté de son ou d'un de ses auteurs fait défaut. Or, selon la théorie générale de l'acte juridique, principalement édifiée à propos d'actes juridiques individuels par destination[487], la manifestation de volonté de l'auteur d'un acte juridique, lorsqu'il est unilatéral, ou de chacun des auteurs, lorsqu'il est conventionnel, est toujours nécessaire à sa formation.

136. - Est alors particulièrement nette la démonstration de l'inaptitude de la théorie générale à envisager dans sa globalité la qualification d'acte juridique en droit du travail, eu égard au rôle de la volonté dans sa formation.

La raison en est simple : le droit du travail va à nouveau faire prévaloir ses normes propres même s'il faut, dans ce but, heurter de front la théorie générale de l'acte juridique. Mais il ne s'agit plus ici de faciliter l'élaboration de la norme par l'intermédiaire d'un acte juridique collectif par destination. Les normes dont il sera question ici ne posent pas de

---

[486] Voir exprimant cette défiance du droit civil pour les actes collectifs, J. FLOUR et J.-L. AUBERT, E. SAVAUX *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, p. 357.

[487] C. BRENNER, Rép. Civ. Dalloz, *Acte*, oct. 1999, n° 8, p. 3, sur la conception de l'acte juridique par les auteurs de *droit privé*.

problème quant à leur établissement, leur formation. Elles régissent bien, de manière abstraite et générale, un nombre indéterminé d'individus. C'est en réalité un problème d'*efficacité* de ces normes qui se pose aux magistrats. Elles ont en effet été élaborées en vue de produire un résultat[488]. Le droit du travail s'attache alors à ce que ce résultat soit atteint, même si cette recherche d'efficacité prime sur le respect de la théorie générale en ce qui concerne le rôle de la volonté dans certains actes juridiques individuels.

137. - Cet infléchissement de la théorie générale est extrêmement significatif ici, en raison de la nature des actes à destination individuelle concernés. Parmi ces actes individuels, l'un relève explicitement de la conception statutaire du rapport d'emploi, il s'agit du *licenciement*, l'autre participe d'une conception contractuelle de ce rapport, il s'agit de la *promesse d'embauche*. Et même dans ce dernier cas, le droit du travail nie le rôle d'une manifestation de volonté, ce qui traduit indéniablement l'attirance, en ce domaine, de la dimension institutionnelle de la relation de travail.

Bien que ces deux exemples soient apparemment isolés, le fait qu'ils expriment une conception si opposée du rapport de travail renforce indéniablement la portée de la démonstration, selon laquelle le droit du travail se révèle être en contradiction avec la théorie générale de l'acte juridique lorsque l'efficacité de certaines normes est en jeu. Les normes en cause ici sont les règles du licenciement et celles relatives au droit à l'emploi.

En premier lieu, le *licenciement* est une véritable institution centrale en droit du travail[489]. Le droit du licenciement est aujourd'hui partie intégrante du statut de salarié, à mille lieux de la lointaine conception du

---

[488] Sur la notion d'efficacité, voir N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique,* Préf. J. Ghestin, LGDJ 2000, Bibl. dr. priv., t. 326, spéc. n° 17 s., p. 13 s.- A. JEAMMAUD, E. SERVERIN, *Evaluer le droit*, D. 1992, chron. p. 263, spéc. n° 8, p. 265 – J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 8° éd. 1995, p. 140 s.
La recherche de l'efficacité est particulièrement justifiée dans les disciplines fonctionnelles, telles que le droit du travail, qui tendent à atteindre des objectifs précis (N. SAUPHANOR, précitée, n° 21, p. 16).

[489] Selon G. COUTURIER (*Droit du travail, 1. Les relations individuelles de travail*, PUF, 3° éd. 1996, n° 107, p. 202), il marque de son empreinte l'ensemble du droit du travail. Voir aussi F. GEA, *Heurs et malheurs de la résiliation judiciaire en droit du travail*, in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, C. Marraud, F. Kessler, F. Géa (Dir.), PUS 2000, p. 497, spéc. p. 499.

droit contractuel de résiliation unilatérale du contrat de travail[490]. La vocation du licenciement à constituer le mode normal de rupture du contrat de travail à durée indéterminée, à défaut de démission du salarié[491], est indéniable. Dès lors, cet objectif va être atteint sans se préoccuper de la volonté de l'employeur. C'est alors l'influence déterminante de cette conception statutaire du licenciement qui peut expliquer le rejet du rôle de la volonté dans ces hypothèses (**Chapitre I**).

En second lieu, certains actes juridiques se présentent comme le résultat d'une négociation contractuelle telle qu'elle pourrait exister en droit des obligations. Il s'agit ici de négociations en vue de conclure un contrat de travail. La *promesse d'embauche* est précisément un de ces actes juridiques. Elle relève d'une analyse *a priori* purement contractuelle, puisqu'elle est antérieure à la naissance même du rapport d'emploi.

Cependant, dans cette hypothèse également, le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique est parfois nié. Il s'agit à nouveau de l'influence d'une norme importante du droit du travail, le droit à l'emploi, qui, s'il n'a pas été explicitement consacré en cette matière, sous-tend à notre sens tout ce raisonnement. La nécessité pour le droit du travail de faire prévaloir ce droit spécifique le contraint à négliger l'aspect contractuel classique de la négociation du contrat de travail, au bénéfice *in fine* d'une conception plus statutaire, l'accès à l'emploi (**Chapitre II**).

Chapitre I – Négation du rôle de la volonté de l'employeur et efficacité du droit du licenciement

Chapitre II – Négation du rôle de la volonté du salarié et efficacité du droit d'obtenir un emploi

---

490 G.-H. CAMERLYNCK, *De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement*, JCP 1958, I, 1425.

491 Les développements qui vont suivre sont transposables à la rupture anticipée unilatérale d'un CDD. Mais d'une part, le contentieux s'étant essentiellement développé à propos du licenciement, et d'autre part l'analyse étant bien plus riche en cette matière, c'est cet acte qui nous retiendra ici. Mais nous préciserons sur différents points la jurisprudence relative au CDD lorsqu'elle existe.

Chapitre I – Négation du rôle de la volonté de l'employeur et efficacité du droit du licenciement

138. - Le licenciement, expression ultime du pouvoir de direction de l'employeur, est une notion spécifique du droit du travail et constitue une véritable institution cardinale de cette branche du droit. Soumis à une réglementation d'ordre public, il est aujourd'hui inséré dans le statut global du salarié et n'a plus guère de liens avec la conception contractuelle énoncée à l'article 1780 du Code civil[492]. Selon l'article L. 122-4 du Code du travail, « *le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut toujours cesser à l'initiative d'une des parties contractantes* »[493]. Lorsque l'employeur décide de rompre seul le contrat, il forme un licenciement[494], acte juridique unilatéral. Cette qualification d'acte juridique unilatéral ne fait plus aujourd'hui aucun doute. Certes, c'est un acte particulier puisqu'il met fin à une relation contractuelle, mais d'importantes recherches doctrinales ont démontré la qualité d'acte juridique de toute résiliation unilatérale d'une convention. Ainsi, Mme HOUIN a su démontrer cette qualification tout en soulignant son originalité[495]. Plus récemment, M. ENCINAS DE MUNAGORRI a étudié « *l'acte unilatéral dans les rapports contractuels* »[496] et utilisé explicitement la qualification d'acte juridique unilatéral à propos du congé, dont l'une des illustrations est le licenciement (ou la démission)[497].

---

[492] G.-H. CAMERLYNCK, *De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement*, JCP 1958, I, 1425 - J.-C. JAVILLIER, *Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : normalisation du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise*, in *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes G.-H. Camerlynck,* Dalloz 1978, p. 101, spéc. p. 108.

[493] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 393, p. 441.

[494] V. l'article L. 122-6 C. trav., premier article à évoquer ce terme.

[495] B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris II, 1973 : dans sa première partie, intitulée « *La notion de rupture unilatérale* », cette rupture est analysée d'abord comme un acte juridique, puis comme un acte unilatéral.

[496] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préf. d'A. Lyon-Caen, LGDJ 1996, Bibl. dr. privé, t. 254.

[497] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préf. d'A. Lyon-Caen, LGDJ 1996, Bibl. dr. privé, t. 254, n° 66 s., p. 77. Voir aussi P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. II, Dalloz 1950, n° 446, p. 840 : « *la résiliation s'exerce par un acte juridique, qui porte la dénomination générale de congé, et celle de licenciement, lorsqu'elle*

139. - Comme tout acte juridique unilatéral, le licenciement suppose par conséquent une manifestation de volonté de la part de l'employeur, ce qui ne soulèvera absolument aucun problème lorsqu'il a réellement décidé de licencier un salarié[498]. Dans ces hypothèses « *classiques* », la qualification de licenciement est parfaitement justifiée par l'existence d'une telle volonté de l'employeur. La théorie générale est donc respectée. Mais le licenciement est une notion particulière en droit du travail, un centre de gravité qui a tendance à absorber les autres types de rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Le droit du licenciement qui s'est élaboré à partir de la loi du 13 juillet 1973 l'a fortement encadré[499], de manière à assurer au salarié une protection significative, en tout état de cause plus efficace que celle découlant des autres cas de rupture.

En conséquence, il est rapidement apparu que les employeurs avaient tendance à invoquer un autre mode de rupture du contrat de travail, notamment pour contourner la rigueur des règles du licenciement. Pour en assurer l'efficacité, le droit du travail a alors sanctionné ces comportements en requalifiant la rupture en licenciement[500]. C'est ce mécanisme de la requalification en licenciement qui a permis au droit du travail d'instituer une véritable *hégémonie* du licenciement.

140. - Cependant, cette extension du champ d'application de la notion de licenciement ne manque pas de soulever des difficultés : il apparaît en effet que certains actes juridiques sont requalifiés en licenciement alors que l'existence de la volonté de l'employeur de licencier, ou de simplement résilier le contrat de travail n'est pas établie. Or, si le droit du travail retient

---

émane de l'employeur, et parfois de démission si elle provient du salarié », et G. COUTURIER, *Le nouveau droit des licenciements est-il efficace ?*, Dr. Soc. 1978, Sp. 74, spéc. Sp. 81.

498 Dans le Code du travail, la référence à la volonté de l'employeur, même implicite, est incontestable. Voir les articles L. 122-9 (« *est licencié* »), L. 122-14 (« *l'employeur (...) envisage de licencier* » ; « *décision envisagée* »), L. 122-14-1 (« *décide de licencier* »), L. 122-14-5 (« *licenciements opérés* »).

499 Il est couramment affirmé que « *la perte de son emploi est, en règle générale, plus dramatique pour le salarié que son départ volontaire ne l'est pour l'entreprise* » (A. JEAMMAUD, *Le licenciement*, collection Connaissance du droit, Edition Dalloz 1993, p.1).

500 J. MOULY, *La fraude à la loi en droit du travail - Contribution à la théorie générale de la fraude*, th. Limoges 1979, p. 150 s. Voir également A. JEAMMAUD, *Le licenciement*, coll. Connaissance du droit, Dalloz 1993, p. 7 : « *Hors même la nécessité de déjouer la fraude à la loi, il importe d'assurer sa pleine extension à une qualification qui entraîne soumission à des normes d'ordre public réputées protectrices des salariés* » - G. LYON-CAEN, *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Dr. soc. 1978, Sp. 67.
Un arrêt récent exprime nettement cette méfiance des magistrats envers les ruptures du CDI autres que la démission ou le licenciement : Cass. soc. 30 mai 2000, D. 2000, p. 805, n. J. MOULY ; Dr. soc. 2000, p. 785, n. G. COUTURIER.

néanmoins la qualification de licenciement, c'est que le rôle de la volonté de l'employeur, dans cet acte particulier qu'est le licenciement, n'est pas indispensable. En d'autres termes, dans certains cas, ce rôle est proprement nié.

Pour être convaincante, cette démonstration nécessite l'étude préalable des multiples visages de la qualification de licenciement. Il faut vérifier que dans toutes les hypothèses où le droit du travail fait appel à la notion de licenciement, celle-ci est entendue de manière identique. Ce n'est en effet que si l'on établit l'homogénéité de la notion de licenciement en droit du travail, que l'on pourra utilement comparer les cas dans lesquels la volonté de l'employeur joue un rôle et ceux dans lesquels elle n'en joue aucun, pour faire ressortir ces derniers. Il est donc nécessaire d'étudier les manifestations de l'expansionnisme de la notion de licenciement et sa place centrale en droit du travail (Section I).

Il sera ensuite plus aisé de démontrer la contradiction avec la théorie générale de l'acte juridique. En raison de son importance dans la construction d'un statut protecteur du salarié, le droit du travail tend en effet à utiliser cette notion sans que la volonté de l'employeur ne joue un quelconque rôle dans cette qualification (Section II).

Section I - L'expansionnisme de la notion de licenciement, institution centrale du droit du travail

141. – Figure cardinale du droit du travail, le licenciement influence considérablement les litiges relatifs à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, au point qu'il apparaît aujourd'hui comme le mode obligé de résiliation de ce contrat en dehors de la démission[501]. Parfois, cette qualification est retenue alors même que la volonté de l'employeur, pourtant indispensable pour la caractériser, fait totalement défaut.

La place centrale du licenciement en droit du travail se manifeste par l'essor de son champ d'application, qui n'est plus simplement limité aux cas où l'employeur souhaite résilier unilatéralement le contrat de travail (§1). L'objectif est d'assurer toute son efficacité au droit du licenciement. Ces règles ont en effet vocation à s'appliquer dans toutes ces hypothèses. La notion de licenciement reste d'ailleurs homogène et désigne l'acte juridique unilatéral tel qu'il est habituellement défini (§2). L'infléchissement de la théorie générale de l'acte juridique par le droit du travail n'en apparaîtra que plus nettement.

§1 - L'essor du champ d'application de la notion de licenciement

142. – L'hypothèse de base de l'application de la notion de licenciement est bien évidemment celle où l'employeur décide volontairement de résilier unilatéralement le contrat de travail à durée indéterminée, en se soumettant au régime du licenciement prévu par les articles L. 122-4 et suivants du Code du travail. Il n'est pas nécessaire d'approfondir ici ce point, puisque la volonté de l'employeur est bien présente alors.

Afin de faire bénéficier le salarié de son régime protecteur, le droit du travail a étendu le recours à la notion de licenciement à tant d'autres hypothèses que l'on peut réellement évoquer le caractère hégémonique du licenciement (A). Ce recours systématique lui a conféré une place centrale

---

501 Cass. soc. 30 mai 2000, D. 2000, p. 805, n. J. MOULY ; Dr. soc. 2000, p. 785, n. G. COUTURIER.
Cette capacité du droit du travail à sécréter sa propre rationalité illustre d'ailleurs son autonomie à travers le rejet des règles issues du droit commun. Voir par exemple F. GEA, *Heurs et malheurs de la résiliation judiciaire en droit du travail*, in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, C. Marraud, F. Kessler, F. Géa (Dir.), PUS 2000, p. 497, spéc. p. 544. Sur l'autonomie en matière de volonté, *cf. infra* Partie II, n° 224 s.

en droit du travail, à tel point qu'il constitue un élément du droit commun du travail (B).

A - L'hégémonie de la notion de licenciement

143. - Le droit du travail tend à se bipolariser, en matière de rupture du contrat de travail à durée indéterminée, entre la démission du salarié et son licenciement. Alors que la démission est appréciée restrictivement, le licenciement voit son champ d'application s'élargir considérablement, bien au-delà de la décision volontaire de l'employeur d'appliquer les règles du licenciement.

De nombreuses situations juridiques vont ainsi s'analyser en licenciement. Elles sont principalement de deux ordres.

En premier lieu, est requalifiée en licenciement toute rupture du contrat de travail autre que le licenciement et qui ne respecterait pas les conditions de validité exigées pour ce mode de rupture[502] (1). Dans ces hypothèses, une volonté de rupture du contrat de travail s'est en principe manifestée, même si elle n'émane pas forcément de l'employeur.

En second lieu, le licenciement tend à être reconnu à partir du comportement de l'employeur qui n'exécute plus ses obligations, en dehors de tout contexte de rupture de ce contrat, et donc, le plus souvent, de l'expression d'une quelconque volonté de rupture du contrat de travail (2).

1 - La sanction du non respect des conditions de validité des ruptures du contrat de travail autres que le licenciement

144. - En principe, un acte juridique qui aurait été formé sans respecter les différentes conditions de validité exigées par le droit du travail devrait être annulé. Mais l'annulation de l'acte de rupture du contrat de travail conduirait à imposer la remise en l'état des parties[503] - anéanti rétroactivement, l'acte nul est supposé n'avoir jamais existé. Si la rupture disparaît ainsi, les parties se retrouvent dans la situation dans laquelle elles se trouvaient antérieurement, à savoir la continuation du contrat de travail qui sera censé ne pas avoir été rompu. Le salarié devra par conséquent être

---

[502] Cass. soc. 14 octobre 1997, D. 1998, n. F. PETIT : « *toute rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur, hors la rupture en cours d'essai et les cas de force majeure et de mise à la retraite lorsque les conditions légales en sont remplies, constitue un licenciement* » (c'est nous qui soulignons).

[503] B. BOSSU, *La remise en l'état en droit du travail*, th. Lille 2, 1993. Lorsque l'acte de rupture est le licenciement, voir B. GAURIAU, *La nullité du licenciement* , th. Paris I, 1992.

réintégré[504] (même si le terme n'est pas exact, car il suppose une rupture du contrat alors que celle-ci est censée n'être jamais intervenue[505], mais il est fréquemment utilisé car très évocateur de la contrainte pesant sur l'employeur). Or, jusqu'à présent, cette réintégration a été refusée de manière générale par la jurisprudence qui l'a imposée uniquement lorsque la rupture consistait, d'emblée, en un licenciement et dans des hypothèses fort restreintes. Les cas sont en effet rares dans lesquels la loi prévoit expressément la nullité du licenciement[506] : lorsque le salarié concerné est protégé[507], à titre de protection contre les discriminations ou lorsque certains droits fondamentaux des salariés sont en cause[508].

Lorsque l'acte de rupture, dont la validité est contestée, n'est pas un licenciement, la jurisprudence ne s'est jamais, à notre connaissance, prononcée en faveur de sa nullité et surtout de la remise en l'état qui en est la conséquence[509]. Les magistrats ont en effet préféré recourir à une autre sanction, qui consiste en la requalification de la rupture en licenciement. Même lorsqu'ils caractérisent la nullité, l'illégalité d'une rupture[510], ils ne vont pas jusqu'au bout de leur raisonnement mais concluent à la requalification de cette rupture en licenciement.

145. - Il serait irréaliste de vouloir établir une liste précise des cas dans lesquels le non respect des conditions de validité d'une rupture du

---

504 Voir notamment G. COUTURIER, *Les nullités du licenciement*, Dr. soc. 1977, p. 215 - B. GAURIAU, *La nullité du licenciement et la personne du salarié*, Dr. soc. 1993, p. 738 - B. DESJARDINS, *La réintégration*, Dr. soc. 1992, p. 766 - M. HENRY, *La réintégration des salariés non protégés*, Dr. ouvr. 1995, p. 371 - H. SINAY, *Rigueur et ampleur de la réintégration*, Dr. soc. 1994, p. 552 - P. WAQUET, *La réintégration du salarié illégalement licencié*, Dr. soc. 1991.

505 G. COUTURIER, *Les nullités du licenciement*, Dr. soc. 1977, p. 215, spéc. p. 217, note 25.

506 Voir les articles L. 122-25-2 al. 2, L. 122-32-2 al. 3, L. 122-45, L. 122-46, L. 123-5, L. 521-1 C. trav. Mais la nullité n'implique pas toujours la réintégration, car d'une part le salarié doit la demander, et il peut préférer obtenir une indemnisation, et d'autre part dans certains cas le droit du travail, malgré cette nullité, ne prévoit pas la réintégration (voir l'article L. 122-30 pour la salariée en congé de maternité).

507 Cass. soc. 14 juin 1972, Revet-Sol, Dr. soc. 1972, p. 465 ; JCP 1972, II, 17275, n. G. LYON-CAEN. Voir J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 625 s., p. 649 s.

508 V. l'arrêt de principe à cet égard : Cass. soc. 28 avril 1988, Clavaud, D. 1988, jurisp. p. 437, n. E. WAGNER ; Dr. soc. 1988, p. 428, concl. H. ECOUTIN, obs. G. COUTURIER.

509 Voir cependant, à titre anecdotique, CA Pau, 26 juin 1992, La Caisse d'Epargne Ecureuil du Pays Basque/Angosse, CERIT : la démission est annulée en raison de l'altération des facultés mentales du salarié, « *les parties se trouvant dès lors remises dans l'état où elles étaient* [avant la démission] ».

510 Voir par exemple, pour les ruptures d'un commun accord, Cass. soc. 29 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 963, obs. B. GAURIAU ; JCP 1999, éd. E, p. 2069, n. J. SAVATIER, voir C. RADE, *L'autonomie du droit du licenciement (brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions)*, Dr. soc. 2000, p. 178 - Cass. soc. 4 janvier 2000, D. 2000, p. 265, n. C. RADE.

contrat de travail va entraîner la requalification de cette rupture en licenciement. Il est plus évocateur de distinguer d'une part l'invalidité d'une rupture du contrat de travail, résultant du cantonnement actuel des modes de rupture issus du droit commun, et d'autre part le non respect des conditions de validité des ruptures du contrat de travail admises en droit du travail. En d'autres termes, certaines ruptures du contrat de travail sont requalifiées en licenciement, soit parce que le *champ d'application* de ce mode de rupture est restreint en droit du travail (c'est alors le mode de rupture lui-même qui n'est pas valable), soit, lorsque ce mode de rupture est licite en droit du travail, parce que ses *conditions de validité* ne sont pas réunies. Ceci démontrera en effet que ce n'est pas la règle transgressée ni son origine qui est déterminante dans la négation du rôle de la volonté de l'employeur en matière de licenciement. Ce qui importe est l'extension de la qualification de licenciement, et par conséquent l'efficacité des normes régissant le licenciement.

146. - D'une part, le *champ d'application* de ruptures du contrat de travail issues du droit commun, telles que celle intervenant d'un commun accord ou la résiliation judiciaire, tend à se réduire très nettement selon la jurisprudence récente[511]. L'exemple de la rupture d'un commun accord est particulièrement illustratif de cette tendance. Le *mutuus dissensus*[512], d'origine civiliste, a été transposé en droit du travail. Très rapidement cependant, celui-ci a commencé à faire prévaloir ses propres modes de rupture, et notamment le licenciement, en réduisant les possibilités de recourir à ce type de rupture conventionnelle du contrat de travail[513].

---

511 Voir, à propos de la résiliation judiciaire, Cass. soc. 9 mars 1999, D. 1999, p. 365, n. C. RADE ; JCP 1999, éd. E, p. 1200, n. J. MOULY. Voir également Cass. soc. 15 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 836, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; D. 1999, jurisp. p. 623, n. C. RADE (cas d'un CDD : la résolution demandée par l'employeur « *s'analysait en une rupture anticipée du contrat* », voir J. MOULY, *La résolution judiciaire du contrat de travail à durée déterminée des salariés victimes d'une inaptitude physique à l'emploi : une résolution judiciaire en trompe-l'œil*, Dr. soc. 2000, p. 1068). Ce cantonnement de la résiliation judiciaire a été consacré explicitement par un arrêt de principe (Cass. soc. 13 mars 2001, RJS 5/01, n° 596, p. 417) : le principe est le licenciement et « *l'employeur n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire* [du contrat de travail] ».

512 R.VATINET, *Le mutuus dissensus*, Rev. trim. dr. civ. 1987, p. 252 - J. SAVATIER, *La résiliation amiable du contrat de travail*, Dr. soc. 1985, p. 692 - J. PELISSIER, *Le recours à la négociation individuelle : les accords de rupture des contrats de travail*, Dr. soc. 1987, p. 479 - F. WASSMER, *La rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée*, in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, C. Marraud, F. Kessler, F. Géa (Dir.), PUS 2000, p. 475.

513 Voir notamment Cass. soc. 29 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 963, obs. B. GAURIAU ; JCP 1999, éd. E, p. 2069, n. J. SAVATIER, voir C. RADE, *L'autonomie du droit du licenciement (brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions)*, Dr. soc. 2000, p. 178 - Cass. soc. 4 janvier 2000, D. 2000, p. 265, n. C. RADE.

De même, la possibilité pour l'employeur d'évoquer la force majeure pour prendre acte de la rupture du contrat de travail est nettement restreinte. Ce mode de rupture, issu du droit commun, suscite la méfiance en droit du travail car il prive le salarié de toute indemnisation[514]. C'est pourquoi les juges du travail vont interpréter très restrictivement les conditions d'application de cette notion[515]. A défaut, la rupture sera requalifiée en licenciement.

Dans un vaste mouvement d'autonomie, le droit du travail rejette progressivement ces modes de rupture issus du droit commun des obligations en les déclarant illicites dans des hypothèses de plus en plus nombreuses[516], et appelées selon certains auteurs à se développer[517]. Ce cantonnement a pour conséquence la requalification de ces ruptures en licenciement. Ces modes de rupture ne sont pas considérés comme valables car ils contournent des modes de rupture spécifiques au droit du travail.

147. - D'autre part, lorsque le droit du travail reconnaît un mode de rupture issu du droit commun, ou institue un mode de rupture spécifique, il est bien évidemment soumis à certaines *conditions de validité*. Ces conditions de validité sont soit propres à tous les actes juridiques, soit particulières au droit du travail.

En premier lieu, la rupture du contrat de travail étant un acte juridique, elle doit en respecter les conditions de validité. Ainsi, les dispositions des articles 1108 et suivants du Code civil sont ici pleinement applicables. Si la méconnaissance des règles relatives à la capacité, à l'objet et à la cause sont envisageables, elles ne donnent pas lieu à une jurisprudence significative. Au contraire, le respect du régime de la volonté

---

514 Voir cependant l'article 71 du projet de loi de modernisation sociale, tel qu'adopté en première lecture (Sem. soc. Lamy, 29 janvier 2001, Actualités) : le salarié, sous CDI, dont le contrat est rompu pour cas de force majeure en raison d'un sinistre a droit à l'indemnité de préavis et à l'indemnité de licenciement. Le raisonnement est transposé pour les CDD.

515 C. TANTAROUDAS, *La force majeure dans le rapport individuel de travail*, Dr. soc. 1978, p. 223 - A. BOUSIGUES, *L'évolution de la force majeure en droit du travail*, in *Mélanges J. Savatier*, 1992, p. 85 (surtout à propos des rapports entre la force majeure et la maladie) - C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préface de J. Hauser, LGDJ 1997, Bibl. dr. privé, t. 282, n° 198 s., p. 125 s. – M.-A. GUERICOLAS, *La force majeure en droit du travail*, in *Etudes de droit du travail offertes à A. Brun*, 1974, p. 257 – P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Préf. B. Teyssié, LGDJ 1992, Bibl. dr. priv., t. 220.

516 Voir par exemple Cass. soc. 29 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 963, obs. B. GAURIAU ; JCP 1999, éd. E, p. 2069, n. J. SAVATIER, voir C. RADE, *L'autonomie du droit du licenciement (brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions)*, Dr. soc. 2000, p. 178.

517 C. RADE, *L'autonomie du droit du licenciement (brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions)*, Dr. soc. 2000, p. 178 - J. MOULY, obs. sous Cass. soc. 30 mai 2000, D. 2000, p. 805.

suscite un contentieux abondant et varié. Celui-ci sera approfondi plus tard[518], aussi n'en dresserons-nous que les grandes lignes. Comme c'est le salarié qui va demander la requalification de la rupture, c'est une altération des règles relatives à sa volonté qui sera invoquée en justice. Tout d'abord, la détermination de la volonté aura son importance : les magistrats vont s'assurer que la rupture du contrat de travail correspond à une volonté exprimée par son auteur. Ils contrôleront notamment que le salarié a extériorisé une volonté claire et non équivoque de rompre le contrat. Son aptitude à prendre une telle décision sera également vérifiée, ce qui consistera principalement à déterminer s'il ne souffrait pas d'insanité d'esprit. Ensuite, il faudra vérifier que cette volonté exprimée par le salarié est exempte de tout vice[519]. Dans tous les cas, l'enjeu est la requalification de la rupture en licenciement.

En second lieu, le droit du travail connaît également des modes de rupture spécifiques qui nécessitent des conditions de fond particulières. Est significative à cet égard la mise à la retraite du salarié par l'employeur. Cette rupture unilatérale du contrat de travail par l'employeur ne peut intervenir légitimement que si le salarié peut bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein et s'il remplit les conditions d'ouverture à la pension de vieillesse, ou si elles existent, les conditions d'âge prévues par la convention ou l'accord collectif ou le contrat de travail. A défaut, la rupture, selon le texte même de l'article L. 122-14-13 al. 2 du Code du travail, constitue un licenciement[520].

148. - Quelle que soit la condition de validité de l'acte de rupture du contrat de travail qui fasse défaut, le recours est constant à la qualification substitutive de licenciement, ce qui traduit la place particulière de cette notion en droit du travail.

Cette hégémonie du licenciement apparaît plus nettement encore lorsque cette notion est utilisée par le droit du travail, même en l'absence de rupture du contrat de travail, simplement lorsqu'est constatée l'inexécution par l'employeur de ses obligations.

---

518 *Cf. infra* Partie II, n° 224 s.

519 Voir par exemple, pour la rupture amiable : Cass. soc. 19 décembre 1990, Bull. civ. V, n° 681, p. 411 ; RJS 2/91, n° 161, p. 92, et pour la démission : Cass. soc. 2 juillet 1992, Dr. ouv. 1993, p. 22.

520 Voir ainsi Cass. soc. 15 juin 1972, Bull. civ. V, n° 439, p. 400 - Cass. soc. 25 mars 1992, Dr. soc. 1992, p. 431, concl. G. PICCA - Cass. soc. 16 juin 1998, Bull. civ. V, n° 325, p. 247 ; RJS 98, n° 981, p. 628 - Cass. soc. 9 décembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 290, obs. J. SAVATIER.

2 - L'inexécution par l'employeur de ses obligations

149. - L'attirance de la notion de licenciement est telle que les magistrats aboutissent parfois à cette qualification sans qu'aucun acte de rupture du contrat de travail ne puisse être formellement identifié. L'hypothèse est la suivante : l'employeur n'exécute plus une obligation essentielle, telle que le paiement du salaire, ou il modifie unilatéralement le contrat de travail[521].

Constater une telle attitude fautive suffira alors à caractériser un licenciement, sans que les juges ne passent par le non respect des conditions de validité d'un autre mode de rupture. Il s'agira alors moins d'une *requalification* en licenciement, que d'une *qualification* de licenciement[522]. Il arrivera en effet que le salarié face à un tel comportement de l'employeur, saisisse le conseil de prud'hommes, sans avoir formalisé ni extériorisé sa volonté de rompre le contrat, et les conseillers vont estimer que le contrat de travail est rompu et que cette rupture s'analyse en un licenciement[523]. L'inexécution du contrat de travail peut également être caractérisée avant même le début d'exécution de ce contrat, par exemple si l'employeur s'oppose à l'entrée en fonction du salarié, ce qui, selon la Cour de cassation, s'analyse en un licenciement[524].

150. - Ce raisonnement est particulièrement clair dans le cadre de la modification du contrat de travail. Depuis l'arrêt Raquin du 8 octobre 1987[525], le mécanisme mis en place par les magistrats consiste à analyser systématiquement, à défaut de démission claire et non équivoque, la rupture en un licenciement. Il ne leur apparaît dès lors plus nécessaire d'identifier une rupture préalable qu'il faudrait requalifier, puisque la qualification de licenciement s'impose à eux.

Il faut souligner que cette analyse ne vaut que dans le cas où la modification a été imposée par l'employeur au salarié. En effet, lorsqu'elle est simplement proposée, c'est-à-dire lorsque l'employeur émet une offre de

---

521 Sur la différence entre inexécution et modification imposée du contrat de travail, et leurs liens avec le vice de violence, *cf. infra* n° 456 s.

522 Sur les rapports entre ces deux notions, *cf. infra* n° 172.

523 Voir par exemple Cass. soc. 4 mai 1999, RJS 6/99, n° 816, p. 497 - Cass. soc. 4 janvier 2000, Dr. soc. 2000, p. 439, obs. J. BARTHELEMY.

524 Cass. soc. 2 février 1999, Dr. soc. 1999, p. 484, chron. F. FAVENNEC-HERY, *La rupture d'un contrat de travail non exécuté* - Cass. soc. 22 février 2000, RJS 4/00, n° 384, p. 279.

525 Cass. soc. 8 octobre 1987, D. 1988, p. 57, n. Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1988, p. 135, obs. J. SAVATIER.

modification du contrat[526], le refus du salarié d'accepter cette offre laisse à l'offrant une alternative : soit il renonce à son projet de modification, et le contrat de travail sera exécuté selon les stipulations antérieures, soit il impose cette modification, ce qui sera analysé comme un licenciement.

Dans ce dernier cas, sans doute peut-il y avoir souvent une volonté de rompre le contrat, qu'elle émane du salarié ou de l'employeur[527], mais elle ne se vérifiera pas dans toutes les hypothèses, et même si elle existe, elle ne sera pas toujours caractérisée en jurisprudence. La situation est d'ailleurs différente en cas de refus par le salarié d'une simple modification de ses conditions de travail : les magistrats recherchent alors clairement, soit la volonté du salarié de démissionner, soit la volonté de l'employeur de le licencier[528].

Certains auteurs ont souligné cette attirance, par le droit du licenciement, du droit de la modification du contrat de travail[529], qui est d'ailleurs parfois rappelée par le législateur lui-même. Ainsi, d'après l'article 30-II de la loi du 19 janvier 2000, « *lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122-14 à L. 122-17 C. trav.* ». Selon un auteur, « *on relèvera que ce texte se place immédiatement sur le terrain de la rupture du contrat. Le rappel est brutal, le droit de la modification est décidément encadré par le droit de résiliation unilatérale* »[530].

L'hégémonie du licenciement, figure centrale du droit du travail, est ainsi éclatante. On ne peut qu'en déduire qu'il constitue un élément caractéristique du droit commun du travail.

---

526 *Cf. infra* n° 237. Voir, dernièrement, Cass. soc. 21 mars 2000, RJS 5/00, n° 500, p. 352 : « *attendu que si l'employeur ne peut imposer au salarié une modification de son contrat de travail, il peut lui proposer une modification et si le salarié refuse, renoncer à la modification envisagée (...) il en résulte que, lorsque l'employeur a renoncé à sa proposition, le salarié ne peut, à défaut de modification imposée, se considérer comme licencié* ».

527 Notamment par l'intermédiaire de la prise d'acte.

528 J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20° éd. 2000, n° 368-2, p. 411.

529 Voir par exemple B. BOSSU, *La réduction du temps de travail à 35 heures : mythes et réalités*, D. 2000, chron. p. 43, spéc. p. 46.

530 B. BOSSU, *La réduction du temps de travail à 35 heures : mythes et réalités*, D. 2000, chron. p. 43, spéc. p. 46.

B - Le licenciement, droit commun de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée

151. – La notion de droit commun est ambivalente[531]. Elle peut désigner la branche du droit qui sert de référence à une autre branche du droit affiliée à la première. Mais cette dénomination peut également indiquer une fonction à l'intérieur d'une même branche. Il s'agit alors d'un concept ou d'un régime de référence vers lequel il faut se tourner lorsque des règles plus spécifiques n'ont pas été respectées, en quelque sorte un droit commun du droit spécial[532].

Les normes qui le constituent, que l'on peut qualifier de droit commun du travail[533], ont vocation à s'appliquer chaque fois qu'aucune disposition particulière n'est prévue, ou chaque fois que les conditions de validité de ces dispositions particulières n'ont pas été respectées.

152. - On pense évidemment au contrat de travail à durée indéterminée[534] (CDI) : selon l'article L. 121-5 du Code du travail, « *le contrat de travail est conclu sans détermination de durée* » ; le principe est donc le CDI[535]. La loi a cependant prévu d'autres types de contrat de travail, par exemple les contrats de travail à durée déterminée[536] (CDD) ou les contrats de travail temporaire[537] (CTT). Si les dispositions relatives aux cas de recours aux CDD ou aux CTT sont bafouées, le salarié pourra demander la requalification du contrat en CDI[538]. Par ailleurs le CDI est en principe à

---

531 *Cf. supra* n° 29.

532 P. LE CANNU, *Existe-t-il une société de droit commun ?*, in *Prospectives du droit économique, dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 247 - B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, th. Bordeaux 1986, p. 45 s.

533 Cette terminologie spécifique est utilisée par Y. SAINT-JOURS, *Existe-t-il un contrat de travail de droit public?*, Dr. soc. 1980, p. 187, spéc. p. 194 - M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK*, t. 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, p. 203 : « *Partie II : le droit commun des conventions et accords collectifs de travail* » - J. MOULY, *Sur le recours au contrat de travail à durée déterminée dans le sport professionnel - le droit commun du travail a-t-il encore un avenir dans le domaine du sport ?*, Dr. soc. 2000, p. 507.

534 A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, chron. p. 359, spéc. n° 12, p. 361.

535 Il représente « *la forme générale de relations d'emplois entre employeurs et travailleurs* », aux termes de l'accord-cadre CES-UNICE et CEEP sur le CDD du 18 mars 1999 (Liais. soc. 19 mars 1999, n° 44, C2, 671), repris par la Directive 1999/70/CE du Conseil de l'Union Européenne du 28 juin 1999 (JOCE 10 juillet 1999, n° L. 175, p. 43).

536 Art. L. 122-1 et s. C. trav.

537 Art. L. 124-1 et s. C. trav.

538 Art. L. 122-3-13 et L. 124-7 C. trav.

temps plein : ainsi un contrat de travail à temps partiel doit être passé par écrit[539], sinon il sera réputé être à temps complet[540].

153. - L'application de cette notion de droit commun du travail aux hypothèses de rupture du contrat de travail est sans aucun doute matérialisée par le droit du licenciement : chaque fois que les conditions des autres modes de rupture sont violées, la requalification en licenciement apparaît comme incontournable. Il en est ainsi par exemple des démissions, accords de rupture ou mises à la retraite. Il constituerait alors le « *mode normal de rupture* », face aux autres modes qui ne seraient que des exceptions[541]. Selon M. JEAMMAUD, « *hors même la nécessité de déjouer la fraude à la loi, il importe d'assurer sa pleine extension à une qualification qui entraîne soumission à des normes d'ordre public réputées protectrices des salariés* »[542].

Les juges du fond ont rapidement mis en œuvre ce raisonnement. Ainsi, une décision de la cour d'appel de Nîmes a adopté une position remarquable en décidant que « *la rupture du contrat ne pouvant s'analyser en une démission, il ne peut s'agir que d'un licenciement* »[543]. La formulation de cette exclusive s'inscrit aujourd'hui parfaitement dans la ligne générale de jurisprudence de la Cour de cassation[544], et est révélatrice du fait que le droit du licenciement constitue une base solide vers laquelle il faut se tourner lorsque les conditions des autres modes de rupture du contrat de travail ne sont pas respectées. Des auteurs ont déjà avancé une telle explication : « *le licenciement constitue en réalité le droit commun de la rupture du contrat de travail* »[545].

---

[539] Art. L. 212-4-3 al. 1 C. trav.

[540] Cass. soc. 14 mai 1987, Dr. soc. 1988, p. 438, note J. SAVATIER.

[541] B. BOUBLI, *Le licenciement : statut exclusif de la rupture du contrat à durée indéterminée*, TPS 1998, p. 4.

[542] A. JEAMMAUD, *Le licenciement*, collection Connaissance du droit, Dalloz 1993, p.7. Voir également C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préface de J. Hauser, LGDJ 1997, Bibl. dr. privé, t. 282, n° 187, p. 118 s., sur la construction progressive d'un droit commun de la rupture des relations contractuelles autour du licenciement.

[543] CA Nîmes 26 mai 1994, Demonchaux/OGEC du Cours St-Michel, CERIT.
Cependant cette constatation ne semble concerner que les cas où le licenciement est possible, c'est-à-dire dans le cadre d'un CDI. En effet, si l'on est en présence d'un CDD et que le consentement du salarié a été vicié lors de la conclusion de l'accord de rupture, cette rupture sera requalifiée en rupture unilatérale anticipée : CA Metz 26 février 1992, Mme Robbes/SARL Hôtel du Parc, CERIT.

[544] Cass. soc. 30 mai 2000, D. 2000, p. 805, n. J. MOULY ; Dr. soc. 2000, p. 785, n. G. COUTURIER.

[545] Voir par ex. P.-Y.VERKINDT, *Rupture du contrat, introduction générale*, J.-Cl. Travail traité, Fasc. 30-1, août 1997, n° 30, p. 9 – C. RADE, *Droit social et responsabilité civile*, Dr. soc. 1995, p. 495, spéc. p. 498.

On remarquera que le retour au droit commun du travail ne peut s'opérer qu'à la demande du salarié et non pas à celle de l'employeur[546]. Il s'agit en effet d'une sanction[547] dont l'objet est la protection de la victime, à l'instar des actions en nullité relative[548]. En ce qui concerne la requalification en licenciement, on imagine mal, en tout état de cause, l'intérêt de l'employeur de s'en prévaloir.

154. - Ainsi, le recours à la qualification de licenciement s'est étendu à de très nombreuses hypothèses, parfois même sans qu'une rupture ne soit auparavant caractérisée. C'est en raison de cet expansionnisme que le licenciement ne repose plus véritablement sur la volonté de l'employeur. Mais, pour affirmer que l'extension du champ d'application de la notion de licenciement est parfois la cause de la négation du rôle de la volonté de l'employeur, il faut vérifier qu'il s'agit toujours de la même notion qui est utilisée, quelle que soit l'hypothèse.

§2 - Une notion homogène

155. – Les règles du licenciement tendent à constituer aujourd'hui un véritable droit indemnitaire de la perte d'emploi non consécutive à une démission[549]. Pour assurer leur pleine efficacité à ces normes, le droit du travail soumet de très nombreuses situations aux règles du licenciement. C'est ainsi une extension du régime du licenciement qui est opérée (A). Mais, et ce point est essentiel, il ne s'agit pas de la simple extension du régime du licenciement. La qualification, la notion de licenciement sont elles-mêmes appliquées de manière extensive (B). Il s'agit donc bien du licenciement, tel qu'il est habituellement défini comme l'acte juridique unilatéral émanant de la volonté de l'employeur, qui est envisagé dans ces

---

546 Voir, pour la requalification du CDD en CDI, Cass. soc. 16 juillet 1987, D. 1988, somm. 97, comm. J.-M. BERAUD : « *les dispositions prévues par les articles L. 122-1 et suivants du Code du travail ont été édictées dans un souci de protection du salarié qui peut seul se prévaloir de leur inobservation* ».

547 C. ROY-LOUSTAUNAU, *Réflexions sur le rôle du juge dans la requalification-sanction du contrat de travail à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990*, JCP 1991, éd. E, I, p. 101 - C. ROY-LOUSTAUNAU, *Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée : requalification-interprétation et requalification-sanction*, Rev. rech. jur. 1992-3, p. 861.

548 Si la doctrine ne s'est prononcée sur ce sujet qu'à propos de la requalification d'un CDD en CDI, le même raisonnement doit s'appliquer à la requalification en licenciement.

549 C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préface de J. Hauser, LGDJ 1997, Bibl. dr. privé, t. 282, n° 188, p. 119.

différentes hypothèses. L'expansionnisme de la notion de licenciement ne remet pas en cause son homogénéité.

A – L'extension du régime du licenciement

156. – L'expansionnisme des règles du licenciement est indéniable. Il en va ainsi même lorsque la rupture n'est pas (d'emblée ou après requalification) un licenciement, ce qui traduit l'attirance du droit du licenciement sur les autres modes de rupture du contrat de travail. Par exemple, la procédure de licenciement économique est applicable à toute rupture reposant sur un motif économique[550]. De même, il est nécessaire pour l'employeur de demander une autorisation administrative lorsqu'il souhaite licencier un représentant du personnel[551], et cette formalité est également nécessaire en cas de rupture d'un commun accord[552] ou de mise à la retraite[553].

Dans les hypothèses où la situation s'analyse en un licenciement, les magistrats imposent à l'employeur le respect, et donc le plus souvent lui en reprochent le non respect[554], des conditions de forme et de fond du licenciement[555]. Il ne s'agit pas de développer ici ces différentes conditions, puisqu'elles ne présentent pas de particularité par rapport au régime classique du licenciement.

On évoquera simplement le problème spécifique de l'énonciation des motifs de licenciement dans la lettre de licenciement. L'enjeu de cette énonciation est en effet extrêmement important lorsque les juges décident d'analyser une situation donnée en un licenciement. Si l'employeur n'avait pas, au moins formellement, l'intention de licencier le salarié, comment pourrait-il avoir rempli l'exigence d'une lettre énonçant les motifs d'un tel licenciement ? Or, les conséquences de cette formalité sont très importantes.

---

550 Art. L. 321-1 C. trav..

551 Art. L. 425-1 (délégué du personnel), art. L. 436-1 (membre du comité d'entreprise), art. L. 256-11 (membre du CHSCT). Voir également, pour les délégués syndicaux , l'art. L. 412-18.

552 Cass. crim. 26 novembre 1985, B. crim., n° 379, p. 970 ; Juri-soc. 1986, F.8, 35 - Cass. soc. 2 décembre 1992, Bull. civ. V, n° 578, p. 365 - Cass. soc. 21 février 1996, Dr. soc. 1996, p. 640, obs. M. COHEN.

553 Cass. soc. 5 mars 1996, Dr. soc. 1996, p. 537, obs. M. COHEN ; JCP 1996, II, n° 22631, n. D. CORRIGNAN-CARSIN.

554 Celui-ci sera automatique, en ce qui concerne la procédure de licenciement, notamment l'entretien préalable.

555 Art. L. 122-14 s. C. trav.

157. - En effet, aux termes de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, le licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse. Et ce motif de licenciement doit être porté à la connaissance du salarié : « *l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement mentionnée à l'article L. 122-14-1* »[556]. L'enjeu de cette mention est devenu extrêmement important depuis l'arrêt Rogie du 29 novembre 1990[557] : à défaut d'énonciation des motifs du licenciement dans cette lettre (ou *a fortiori* en cas d'absence de lettre), « *le licenciement est sans cause réelle et sérieuse* ». En outre, « *l'absence d'énonciation d'un motif précis équivaut à une absence de motif* »[558]. Ainsi, de cette seule formalité va dépendre l'examen ou non du caractère réel et sérieux du motif de congédiement. La procédure va avoir une influence sur le fond du licenciement. Si le juge constate que le motif du licenciement n'est pas évoqué dans la lettre de licenciement, il n'ira pas plus loin et n'examinera pas le bien fondé de ce motif, le licenciement étant réputé, et de manière irréfragable, sans cause réelle et sérieuse.

158. - Le problème s'est donc posé de façon aiguë dans le cadre des situations juridiques *analysées* en licenciement. En effet, par hypothèse, la qualification de licenciement n'apparaît que devant les instances prud'homales, lorsque le salarié souhaite contester la validité de la rupture initiale ou faire constater la rupture aux torts de l'employeur en raison de son comportement. L'employeur ne s'est donc jamais placé dans l'optique d'un licenciement et n'en a, par conséquent, pas respecté la procédure : on ne trouvera jamais une lettre de licenciement dans de telles circonstances. La sanction devrait alors être automatique : le licenciement serait réputé sans cause réelle et sérieuse[559].

159. - Cependant, parfois, l'employeur a formellement pris acte de la rupture du contrat de travail, et la jurisprudence analyse cette manifestation formelle de volonté comme une lettre de licenciement permettant, le cas échéant, de vérifier si un motif a été invoqué.

---

[556] Art. L. 122-14-2 C. trav.

[557] Cass. soc. 29 novembre 1990, Bull. civ. V, n° 598, p. 360 ; Dr. soc. 1991, p. 99, note J. SAVATIER.

[558] La jurisprudence est constante sur ce point : ex : Cass. soc. 12 janvier 1994, Bull. civ. V, n° 2, p. 1.

[559] Voir J. BARTHELEMY, obs. sous Cass. soc. 4 janvier 2000, Dr. soc. 2000, p. 439, qui critique cette solution pour son automatisme.

Si l'employeur a eu la prévoyance, ou la chance, d'établir une lettre de prise d'acte de la rupture apparente du contrat de travail, les juges la considéreront comme une lettre de licenciement. Cette solution est particulièrement claire dans l'arrêt Voko[560] dans lequel, au visa de l'article L. 122-14-2 du Code du travail, les magistrats ont analysé la lettre de prise d'acte comme une lettre de licenciement[561].

Auparavant, la situation était assez confuse : certains auteurs estimaient effectivement que la lettre de prise d'acte constituait une lettre de licenciement[562]. Pour d'autres, une conclusion contraire devait être tirée de l'analyse de certains arrêts. Ainsi, pour Mme. POCHET, la lettre prenant acte de la démission ne pouvait « *formellement s'analyser en une lettre de licenciement* »[563].

Tout ceci a été clarifié grâce à l'arrêt Voko[564] : les juges vont analyser la lettre de prise d'acte de la rupture comme s'il s'agissait d'une lettre de licenciement. Nous pouvons également noter un arrêt postérieur qui approfondit encore l'assimilation entre la lettre de licenciement et la lettre de prise d'acte de la rupture. A l'instar de celle-là, celle-ci « *fixe les limites du litige quant aux faits qu'elle énonce* »[565]. Le juge ne pourra donc pas tenir compte de faits qui ne seraient pas mentionnés dans la lettre de prise d'acte, même s'ils sont établis par ailleurs[566].

160. - L'assimilation entre la lettre de prise d'acte de la rupture et la lettre de licenciement apparaît totale, mais il ne suffit pas que cette lettre existe, encore faut-il qu'y soient mentionnés des faits qui pourront justifier un licenciement[567]. C'est en ce sens que peut être interprété un arrêt du 25 octobre 1995[568] : « (...) *l'employeur ne s'étant prévalu que d'une démission,*

---

560 Cass. soc. 8 novembre 1994, SARL Voko France/Gaspard, Bull. civ. V, n° 294, p. 202 ; RJS 12/94, n° 1355, p. 824.

561 P. POCHET, *Les apports de la jurisprudence récente relative à la lettre de licenciement,* Dr. soc. 1995, p. 655.

562 P. WAQUET, *La lettre de rupture par l'employeur d'un contrat de travail*, RJS 11/93, p. 631 (spéc. p. 633), n° 3.

563 P. POCHET, précitée, à propos de Cass. soc. 8 juillet 1992, RJS 12/92, n° 1352, p. 740 ; CSBP 1992, n° 42, p. 210.

564 Une telle solution avait déjà été esquissée : Cass. soc. 11 mai 1994, CSBP 1994, n° 61, S. 105 ; voir également CA Aix-en-Provence 28 juin 1994, RJS 11/94, n° 1248, p. 751.

565 Cass. soc. 24 octobre 1995, RJS 12/95, n° 1231, p. 788.

566 Voir déjà CA Paris 18° ch. C 3 juillet 1992, RJS 12/92, n° 1445, p. 778 « *en l'absence de lettre énonçant les motifs de la rupture, celle-ci incombe à l'employeur et n'est aucunement motivée bien que les faits de vol soient établis et non contestés* ».

567 Sinon en application de la jurisprudence Rogie, celui-ci sera sans cause réelle et sérieuse. Voir dernièrement Y. GASSER, *La motivation de la lettre de licenciement*, Bull. soc. Fr. Lef. 7-8/00, p. 333.

568 Cass. soc. 25 octobre 1995, Dr. soc. 1996, p. 99.

n'a pas énoncé de motifs de licenciement ». *A contrario*, s'il avait évoqué d'autres faits, ceux-ci auraient constitué un motif de licenciement que les juges auraient alors examiné. Déjà en 1992[569], la Chambre sociale de la Cour de cassation avait cassé un arrêt d'appel qui avait estimé légitime le licenciement d'un salarié, cassation intervenue aux motifs « *qu'en statuant ainsi, alors que l'employeur soutenant uniquement que la conduite de l'intéressé constituait une démission, n'avait invoqué, lors de la rupture, aucun motif de licenciement, la Cour (...) a violé le texte susvisé* »[570]. Invoquer, dans la lettre de prise d'acte, la démission du salarié ne constitue pas en soi un motif de licenciement.

Pourront en revanche constituer des motifs de licenciement les raisons qui ont conduit à la prétendue démission ou les circonstances dans lesquelles elle est intervenue : par exemple, l'employeur avait reproché « *au salarié d'être parti depuis [4 jours], après lui avoir remis les clefs* »[571].

161. - En résumé, les juges analysent la lettre de prise d'acte de rupture comme une véritable lettre de licenciement, avec toutes les conséquences qui en découlent : sont examinés tous les motifs mentionnés dans la lettre, et seulement ceux-ci. Ils doivent en outre être précis.

Cette jurisprudence concernait, pour une grande part, les démissions données à la suite d'une modification du contrat de travail. Cependant, l'arrêt précité du 24 octobre 1995[572] concernait une démission invoquée par l'employeur à la suite du non retour du salarié à l'issue de ses congés payés. Examinant attentivement la lettre de prise d'acte, les juges vont ainsi pouvoir contrôler la légitimité du licenciement. Ces solutions nous semblent donc transposables à chaque fois que l'on se trouve en présence d'une requalification d'une rupture du contrat de travail en licenciement[573]. Mais l'ensemble de ce raisonnement a une portée limitée. Evidemment, dans de nombreuses hypothèses, elles ne seront pas applicables, faute pour l'employeur d'avoir formalisé une prise d'acte de rupture. En outre, il n'a pu être relevé de décisions récentes de la chambre sociale de la Cour de

---

569 Cass. soc. 22 janvier 1992, RJS 3/92, n° 257, p. 161.

570 C'est nous qui soulignons. Voir également Cass. soc. 15 novembre 1995, CSBP 1996, n° 77, p. 35.

571 Cass. soc. 8 novembre 1994, SARL Voko France/Gaspard, RJS 12/94, n° 1355, p. 824, précité. Voir aussi Cass. soc. 8 février 1996, CSBP 1996, n° 80, A. 34, p. 145.

572 Cass. soc. 24 octobre 1995, RJS 12/95, n° 1231, p. 788.

573 Ainsi, dans le cas d'une mise à la retraite : si le seul motif invoqué est l'âge du salarié, et si la rupture est requalifiée en licenciement, celui-ci n'aura comme seul motif que l'âge du salarié, ce qui le rendra illégitime : voir P.-Y. VERKINDT, Juris-cl. Travail Traité, *Retraite*, Fasc. 30-25, novembre 1996, n° 56, p. 15.

cassation qui fassent application de ce raisonnement. Et il se peut que cette assimilation entre la lettre de prise d'acte et la lettre de licenciement se heurte à la position de l'assemblée plénière de 1998, hostile en cette matière à toute forme d'équipollents[574].

162. - Ainsi, dans ces diverses situations, le droit du travail fait application de l'intégralité des règles du licenciement. La construction d'un droit indemnitaire de la perte d'emploi, centré sur le régime du licenciement, semble donc solidement établie. En cela, l'efficacité des règles mises en œuvre est acquise. La démonstration n'est cependant pas encore complète. En effet, cette recherche d'efficacité passe certes par l'application expansionniste des règles du licenciement, mais outre le régime, c'est la notion même de licenciement qui est ainsi étendue.

B – L'extension de la notion de licenciement

163. - Pour atteindre cet objectif d'efficacité des règles du licenciement, le droit du travail ne se contente pas d'étendre les *effets* du licenciement à certaines situations, il étend également la *notion* de licenciement. Cette double extension n'a pas toujours été acquise. La qualification de licenciement n'a en effet pas toujours été employée en jurisprudence, dans certains cas de figure particuliers dans lesquels, justement, la réalité s'adaptait mal à la notion classique du licenciement reposant sur une décision volontaire de l'employeur. Il a pu être jugé, lorsque certaines conditions de validité d'un autre mode de rupture n'étaient pas remplies, ou face à une inexécution par l'employeur de ses obligations, que la rupture lui était alors imputable, même si l'initiative de la rupture revenait au salarié. Aucune référence n'était faite à la notion de licenciement. Cette dissociation de l'initiative et de l'imputabilité a alors été à l'origine d'une rupture hybride qui ne s'apparentait pas réellement au licenciement (1). Cependant, cette distinction est aujourd'hui rejetée au profit de la qualification pleine et entière de licenciement (2).

1 - La distinction entre l'initiative et l'imputabilité de la rupture

164. - Pendant longtemps, la rupture du contrat de travail pouvait s'analyser soit en un licenciement, soit en un autre mode de rupture, chacun

---

[574] Cass. ass. plén. 27 novembre 1998, Dr. soc. 1998, p. 19, concl. L. JOINET.

étant totalement autonome par rapport à l'autre[575]. Puis « *l'idée s'est fait jour d'une dissociation à opérer au sein de cet ensemble* »[576]. Une rupture emprunterait ainsi certains effets du licenciement, mais pas tous : il s'agirait alors d'une *rupture hybride*[577].

Cette évolution a été constatée lorsqu'il fallait distinguer la démission du licenciement : auparavant, les juges recherchaient qui, de l'employeur ou du salarié, avait pris l'initiative réelle de la rupture[578]. En cas de démission forcée, par exemple, ils n'accordaient pas beaucoup d'importance à l'initiative apparente, c'est-à-dire la manifestation formelle de la volonté du salarié de rompre le contrat, mais estimant que l'initiative réelle émanait de l'employeur qui avait contraint son subordonné à la démission, ils requalifiaient le tout en licenciement avec l'intégralité des effets qui s'y rattachaient. Ensuite, la jurisprudence a distingué l'initiative de la rupture, qui dans notre exemple appartenait au salarié démissionnaire, de son imputabilité. Cette distinction est apparue très nettement dans un arrêt du 24 octobre 1979[579] : « *l'initiative de la rupture est distincte de son imputabilité* ». L'employeur ayant contraint le salarié à rompre le contrat, il se voyait imputer cette rupture : il était donc tenu de payer les indemnités de licenciement et de préavis, plus les éventuels dommages et intérêts si le licenciement était jugé sans cause réelle et sérieuse. L'avantage que l'employeur trouvait dans cette dissociation entre initiative et imputabilité résidait dans le fait qu'étant déchargé de l'initiative de la rupture, il était dispensé de la procédure préalable au licenciement[580], et donc de sa sanction en cas de non respect.

165. - Cette dissociation mettait bien plus en avant les notions d'imputabilité et de causalité que celle de volonté (même supposée) de l'employeur. La notion d'imputabilité évoque en effet celle de causalité[581]. Il

---

575 X. BLANC-JOUVAN, *Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement,* Dr. soc. 1981, p. 207.

576 X. BLANC-JOUVAN, *Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement,* Dr. soc. 1981, p. 207. Voir aussi D. ARLIE, *Réflexions sur l'initiative et l'imputabilité en matière de cessation des relations de travail*, Les Petites Affiches 21 décembre 1990, n° 153, p. 22.

577 J. PELISSIER, *Le licenciement et les autres modes de rupture du contrat de travail*, Dr. soc. 1978, Sp. 6, spéc. Sp. 10.

578 V. par ex. Cass. soc. 3 octobre 1963, Bull. civ. IV, n° 634, p. 526 ; D. 1963, p. 645.

579 Cass. soc. 24 octobre 1979, Dame Gey/Balu, Bull. civ. V, n° 779, p. 577.

580 X. BLANC-JOUVAN, *Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement,* Dr. soc. 1981, p. 207, spéc. p. 217.

581 X. BLANC-JOUVAN, *Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement,* Dr. soc. 1981, p. 207, spéc. p. 216 - A. JEAMMAUD, *Le licenciement*, collection connaissance du droit, édition Dalloz 1993, p. 10 - P. CHAUMETTE, *Réflexions sur l'imputabilité de la rupture du*

faut déterminer la cause véritable de la rupture du contrat de travail. Si celle-ci résulte du comportement de l'employeur, la rupture lui sera imputable : il en sera ainsi en cas de pressions ou de dol de l'employeur, ou simplement s'il ne respecte pas ses obligations issues du contrat de travail. Il réalise alors « *un véritable licenciement par voie détournée* »[582]. Dans de telles hypothèses, « *la démission est le masque du licenciement* »[583]. Le juge doit donc faire tomber la fausse apparence et imputer la rupture à son véritable auteur.

166. - La qualification de licenciement n'apparaissait alors pas toujours expressément. En réalité, seule une partie des effets de la rupture étaient mis à la charge de l'employeur sans que les juges ne se préoccupent de sa nature juridique ou de sa qualification. Il n'y avait pas, dès lors, de réelle négation de la volonté de l'employeur dans la formation de cet acte juridique de rupture, puisqu'il n'était pas explicitement affirmé que cet acte émanait de l'employeur. La notion de rupture hybride permettait surtout de dissocier l'origine de la rupture de ses effets, sans susciter beaucoup de question quant au rôle de la volonté dans sa formation. Les magistrats se situaient alors sur le terrain de la responsabilité de l'employeur[584], et non sur celui de sa volonté dans la formation de l'acte juridique *licenciement.*

Il peut être remarqué que la doctrine s'est beaucoup interrogée sur la pertinence de la notion d'« *imputabilité* », notamment par rapport au concept de « *responsabilité* »[585], mais l'intérêt de cette discussion a diminué depuis quelques années au vu de la jurisprudence récente.

Aujourd'hui, les juges ne distinguent en effet plus très précisément l'initiative de l'imputabilité[586]. Le terme « *initiative* » n'apparaît quasiment

---

contrat de travail, D. 1986, chron. p. 68 : « *Grâce à l'imputabilité, la qualification de la rupture dépend de la cause de la rupture du contrat et non plus de son auteur* ».

582 J.-Y. CHOLEY, *La sanction des vices du consentement en droit du travail*, Mélanges Béguet 1985, p. 87, spéc. p. 107 : l'auteur reprend une citation de G.-H. Camerlynck.

583 G. LYON-CAEN, *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Dr. soc. 1978, Sp. 67.

584 Selon J. PELISSIER, *Observations à propos de la notion de licenciement individuel*, in *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 83, spéc. p. 92, « *le licenciement n'est plus une manifestation de volonté ; il devient la sanction d'une responsabilité objective* ».

585 P. CHAUMETTE, *Réflexions sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail*, D. 1986, chron. p. 68 - A. JEAMMAUD, *Le licenciement*, collection Connaissance du droit, Dalloz 1993, p. 10 ; Liaisons sociales 28 décembre 1989, n° spécial 10313, *La démission-La rupture négociée*, p.11.

586 G. COUTURIER, *Droit du travail, 1. Les relations individuelles de travail*, PUF, 3° éd. 1996, n° 172, p. 316 - G. COUTURIER, obs. sous Cass. soc. 30 mai 2000, Dr. soc. 2000, p. 785 - B. BOUBLI, *Que reste-t-il de la distinction entre initiative et imputabilité de la rupture ?*, Sem. soc. Lamy 15 avril 1991, Forum p. 3.

plus et quand ils estiment la « *rupture imputable à l'employeur* », en employant encore ces termes, ils ne précisent pas qu'il était dispensé du respect de la procédure[587].

Au contraire, lorsque les magistrats estiment que telle situation s'analyse en un licenciement, ils font explicitement appel, non seulement aux règles du licenciement, mais également à sa notion.

2 - La qualification de licenciement

167. - S'il peut encore arriver que les magistrats estiment la rupture imputable à l'employeur, la majorité des décisions se réfère explicitement à la notion de licenciement. Ils ne se contentent pas de renvoyer aux règles régissant les effets du licenciement[588]. Il est significatif à cet égard de constater que l'emploi de l'expression « *la rupture s'analyse en un licenciement* » se généralise[589]. Le verbe « *s'analyser* » exprime une équivalence de nature, c'est-à-dire une identité quasi-parfaite entre le sujet et le complément[590]. Formellement au moins, c'est bien le licenciement, acte juridique unilatéral de l'employeur, qui est envisagé par les magistrats dans les hypothèses d'un recours, que l'on a qualifié d'expansionniste, à cette notion.

168. - La notion rejoint le régime dans ce mouvement expansionniste d'application des règles du licenciement. Ces normes doivent être efficaces, elles doivent être aptes à procurer le résultat le plus pertinent, c'est-à-dire la construction d'un droit indemnitaire de la perte d'emploi. Les magistrats, en appliquant dans ce but les règles du licenciement, mobilisent également la notion de licenciement. Mais la notion de licenciement impose la

---

[587] Voir par exemple Cass. soc. 8 octobre 1996, D. 1999, Somm. p. 91, comm. J.-P. KARAQUILLO.

[588] Voir, à titre exceptionnel, Cass. soc. 26 octobre 1999, Mme Vaillant/Plessy, CERIT : « *la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur entraîne les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse* ».

[589] Cass. soc. 22 septembre 1993, JCP 1994, éd. E, II, 617, note G. LACHAISE - Cass. soc. 30 novembre 1994, RJS 1/95, n° 6, p. 19 - Cass. soc. 14 novembre 1995, Dr. soc. 1996, p. 98 - Cass. soc. 13 décembre 1995, RJS 2/96, n°106, p.78 - Cass. soc. 10 avril 1996, RJS 6/96, n° 656, p. 420 - Cass. soc. 4 janvier 2000, RJS 2/00, n° 176, p. 120 ; Dr. soc. 2000, p. 439, obs. J. BARTHELEMY.

[590] Bien sûr, l'expression « *la rupture est* » ou « *constitue un licenciement* » (voir par ex. Cass. soc. 14 octobre 1997, D. 1998, p. 338, n. F. PETIT) serait encore plus significative, mais l'assimilation est déjà forte par l'emploi du terme « *s'analyser* » (voir J. MOULY, obs. sous Cass. soc. 22 février 2000, Dr. soc. 2000, p. 441, qui évoque la consécration d'une « *assimilation totale* » ; voir, plus nuancé sur le sens précis de cette expression, G. COUTURIER, *Pot pourri autour des modifications du contrat de travail*, Dr. soc. 1998, p. 878, spéc. p. 884.)

vérification de la volonté de l'employeur, si l'on suit les enseignements de la théorie générale de l'acte juridique. Or, nous allons maintenant démontrer que cette volonté n'est pas recherchée, et serait même parfois impossible à déterminer. Il en résultera une inévitable contradiction avec la théorie générale de l'acte juridique quant au rôle de la volonté de l'employeur.

Section II - Une expansion réalisée parfois au détriment du rôle de la volonté de l'employeur

169. - Le licenciement est un acte juridique unilatéral émanant de l'employeur et à ce titre, il ne devrait être formé qu'à partir de la manifestation de sa volonté. Si ce postulat est vérifié lorsque l'employeur décide de résilier unilatéralement le contrat de travail, ce n'est pas le cas lorsque le recours à la notion de licenciement déborde ce cadre strict, c'est-à-dire lorsque l'on est en présence d'une analyse expansionniste de cette notion. La référence à la volonté de l'employeur est alors presque inexistante. C'est la mesure de cette inaptitude de la théorie générale de l'acte juridique à englober toutes les hypothèses de licenciement qu'il faut établir ici.

Toute généralisation est à bannir. En effet, dans certains cas, la volonté de l'employeur est bien caractérisée (§1). Cependant, dans d'autres cas, il apparaît nettement que le droit du travail, pour assurer la prééminence d'une règle propre, n'hésite pas à s'affranchir de la théorie générale de l'acte juridique en déniant tout rôle à la volonté de l'employeur (§2).

§1 - Les qualifications de licenciement compatibles avec la théorie générale de l'acte juridique

170. - Il est inutile de développer l'hypothèse du licenciement volontairement et consciemment entrepris par l'employeur : lorsque celui-ci décide de rompre unilatéralement le contrat de travail le liant à un de ses salariés, sa volonté ne fait aucun doute. Le licenciement a alors bien comme fondement sa volonté de résiliation, peu important à cet égard que les conditions de forme ou de fond de ce licenciement aient été ou non respectées.

171. - Il est au contraire nécessaire d'approfondir les situations dans lesquelles la qualification de licenciement va être retenue, alors qu'à l'origine un autre mode de rupture était invoqué, sans qu'il ne soit pour autant porté atteinte au rôle de la volonté de l'employeur dans la formation de l'acte juridique. Il s'agit par exemple de la rupture du contrat de travail dont l'employeur prétend, à tort, qu'elle est intervenue au cours d'une

période d'essai, de la mise à la retraite du salarié en violation des conditions posées par l'article L. 122-14-13 du Code du travail, ou de la rupture qualifiée par les parties de rupture d'un commun accord, conventionnelle, alors qu'une seule volonté, en l'occurrence celle de l'employeur, a été décisive. Il faudra rapidement préciser ces illustrations (B). Dans ces hypothèses, les juges vont requalifier la rupture en licenciement, puisque la qualification invoquée par l'un des plaideurs ne leur apparaît pas justifiée, mais sans que le rôle de la volonté de l'employeur ne soit nié. La notion de qualification, ou de requalification, apparaît particulièrement bien appropriée ici, car elle suppose l'existence d'une volonté (A).

A – Qualification et rôle de la volonté

172. - La qualification consiste à « *rattacher l'opération à une catégorie juridique afin d'en déduire le régime* »[591]. La requalification est une « *opération par laquelle le juge restitue à un acte ou à un fait son exacte qualification sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée, élément de son office (NCPC, art. 12)* »[592]. Les magistrats se sont bien évidemment reconnu le pouvoir de qualifier un acte juridique ou de le requalifier lorsque la qualification initiale donnée par son auteur ou par les parties se révèle inexacte[593]. Il apparaît donc que la requalification et la qualification sont deux opérations présentant une même nature juridique, la seule différence provenant de leur succession dans le temps : la requalification[594] n'a de sens que si une qualification a préalablement eu lieu. En raison de cette similitude très forte, nous emploierons, pour simplifier la lecture, le terme *qualification*, étant précisé que, sur le problème particulier de la rupture du contrat de travail, le litige

---

[591] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, *Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 419, p. 410. Voir S. FROSSARD, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, Préf. J.-M. Béraud, LGDJ 2000, Bibl. dr. soc., t. 33 - F. TERRE, *Volonté et qualification*, in *Le rôle de la volonté dans le droit*, Arch. phil. dr. 1957, p. 99.

[592] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Association H. Capitant*, PUF, 6e éd. 1996, v° *Requalification.*

[593] Cass. civ. 3° 5 avril 1968, Bull. civ. III, n° 162, p. 128 - Cass. civ. 1° 22 juin 1982, Bull. civ. I, n° 233, p. 199 (la Cour de cassation se réfère expressément à l'article 12 du NCPC.) - Cass. com. 23 juin 1992, Bull. civ. IV, n° 247, p. 171.
V. J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 2° éd. 1994, n° 111 et s., p. 125 et s.
Sur le contrôle exercé par la chambre sociale de la Cour de cassation sur les juges du fond, voir S. FROSSARD, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, Préf. J.-M. Béraud, LGDJ 2000, Bibl. dr. soc., t. 33, n° 87 s., p. 83 s.

[594] Certains auteurs préfèrent d'ailleurs utiliser le terme « *déqualification* ». V. J. PELISSIER, *Le licenciement et les autres modes de rupture du contrat de travail*, Dr. soc. avril 1978, Sp. 6, spéc. Sp. 8 - J. DUPUY, *La démission du salarié*, D. 1980, chron. XXXVII, p. 253, spéc. p. 254.

consiste souvent à remettre en cause la qualification opérée par l'une des parties. C'est donc un mécanisme de requalification qui sera logiquement mis en oeuvre.

173. - Ce pouvoir de qualification se retrouve en droit du travail[595], à la fois en ce qui concerne la qualification des conventions, telles que le contrat de travail[596] ou la transaction[597], et les actes juridiques unilatéraux, dont l'exemple le plus fréquent est la rupture du contrat de travail[598].

La notion de qualification est particulièrement bien appropriée lorsqu'il est clairement établi qu'une manifestation de volonté a été exprimée. En effet, la qualification ne renvoie pas à l'existence de la volonté, à son rôle dans la *formation* de l'acte juridique, mais à son rôle dans la *portée* de l'acte juridique[599]. Par ailleurs, l'interprétation est un préalable nécessaire à la qualification[600]. Or, « *l'opération d'interprétation suppose réunies deux conditions : qu'une volonté ait été réellement exprimée et que cette volonté ne soit pas parfaitement claire* »[601]. Par conséquent, la qualification suppose *a fortiori* que l'existence de la volonté ait déjà été constatée.

Ainsi, lorsque le juge va requalifier un CDD en CDI[602], ou une rupture amiable en transaction, il ne s'agit pas d'un problème tenant à

---

595 V. notamment S. FROSSARD, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, Préf. J.-M. Béraud, LGDJ 2000, Bibl. dr. soc. t. 33 - P. WAQUET, *Les pouvoirs de requalification du juge*, Dr. ouvr. 1997, p. 122 - J.-C. JAVILLIER, *Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : « Normalisation » du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise*, in *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 101, spéc. p. 138 .

596 Cass. soc. 19 décembre 1952, D. 1953, p. 333, note R. SAVATIER - Cass. ass. plén. 4 mars 1983, D. 1983, p. 381, concl. CABANNES - Cass. soc. 14 novembre 1984, Bull. civ. V, n° 428, p. 319 - Cass. soc. 31 octobre 1989, Bull. civ. V, n° 624, p. 376 - Cass. soc. 17 avril 1991, Bull. civ. V, n° 200, p. 122.
V. de même, pour des exemples de requalification de CDD en CDI (l'article L. 122-3-13 du Code du travail emploie le terme « *requalification* ») : Cass. soc. 19 novembre 1987, Bull. civ. V, n° 656, p. 417 - Cass. soc. 22 octobre 1996, RJS 12/96, n° 1238, p. 804.

597 Cass. soc. 11 octobre 1990, Bull. civ. V, n° 472, p. 285 - Cass. soc. 13 mai 1992, Bull. civ. V, n° 307, p. 192 - Cass. soc. 2 décembre 1997, Bull. civ. V, n° 415, p. 298 ; Dr. soc. 1998, p. 32, concl. P. LYON-CAEN.

598 V. par exemple une démission requalifiée en licenciement : Cass. soc. 22 septembre 1993, JCP 1994, éd. E, II, 617, note G. LACHAISE.

599 A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 364 et s., p. 355 et s.

600 F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957, préface R. Le Balle, n° 12, p. 10 et n° 674, p. 541.

601 P. SIMLER, Juris-Cl. Notarial Répertoire, *Contrats et obligations - Interprétation des contrats - L'instrument : notions, normes, champ d'application*, mai 1992, n° 7, p. 4.

602 Voir à ce sujet, sur la distinction entre deux types de requalification : C. ROY-LOUSTAUNAU, *Réflexions sur le rôle du juge dans la requalification-sanction du contrat de travail à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990*, JCP 1991, éd. E, I, p. 101 - C. ROY-LOUSTAUNAU, *Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à*

l'existence d'un accord de volontés, c'est-à-dire du mécanisme de rencontre d'une offre et de son acceptation. En réalité, cet accord de volontés est une donnée, la question posée portant sur la qualification de l'acte juridique qui en résulte. Il s'agit donc d'une question relative aux rapports entre la volonté et la portée de l'acte juridique[603]. Le juge va interpréter la convention, rechercher la commune intention des parties, ce qu'elles ont réellement voulu, c'est-à-dire l'objet de leur volonté. Il décidera ensuite si l'objet de cette volonté est compatible avec les règles de droit, les éléments objectifs. Mais l'existence de cette volonté n'est pas discutable : que le CDD soit ou non requalifié en CDI, il est de toute façon établi qu'il y a eu accord des deux volontés.

B – Illustrations

174. - Dans les hypothèses examinées ici, les juges disposent bien d'une volonté de l'employeur qu'ils doivent ensuite qualifier. Il ne s'agit donc pas d'une négation du rôle de sa volonté.

Lorsque l'existence de la volonté est établie, ce n'est réellement qu'un problème de qualification qui est évoqué : ainsi en est-il lorsque l'employeur met à la retraite un salarié et que, les conditions n'étant pas respectées, cette rupture est requalifiée en licenciement. Un acte juridique unilatéral, la mise à la retraite, est requalifié en un autre acte juridique unilatéral, le licenciement. Mais dans les deux cas est constatée la volonté de l'employeur de rompre unilatéralement le contrat de travail. Il s'agit simplement d'un problème de qualification de cette volonté de rupture[604]. Il en va de même lorsque l'employeur prétend avoir rompu le contrat de travail pendant la période d'essai, et échapper ainsi au régime du licenciement. Si la période d'essai était en réalité dépassée, ou illicite, la rupture sera requalifiée en licenciement[605]. Ici aussi, la volonté de l'employeur de rompre le contrat de

---

durée déterminée : requalification-interprétation et requalification-sanction, Rev. rech. jur. 1992-3, p. 861.
Voir, évoquant un autre aspect de la technique de requalification, P. MOUSSY, *Variations sur la requalification*, Dr. ouv. 2000, p. 319.

603 A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 364 et s., p. 355 et s. *Cf. supra* n° 15.

604 Et de requalification puisque la première qualification n'était pas exacte. La même analyse doit prévaloir lorsque l'employeur rompt le contrat de travail en arguant d'un cas de force majeure. Sa volonté de rompre ne fait aucun doute. La requalification en licenciement ne pose pas de problème quant à l'existence de sa volonté, et n'est que le résultat d'une mauvaise classification initiale de la rupture en raison du non respect du régime spécifique de la notion invoquée (mise à la retraite, force majeure).

605 Cass. soc. 23 janvier 1992, RJS 3/92, n° 245, p. 156 - Cass. soc. 30 mai 1995, Dr. soc. 1995, p. 502 - Cass. soc. 31 mars 1998, Bull. civ. V, n° 185, p. 135.

travail ne pose pas de problème, et seule la question de la qualification de l'acte ainsi formé est soulevée ici[606]. Dans toutes ces hypothèses, le rôle de la volonté de l'employeur n'est pas en cause.

Il ne l'est pas non plus, mais dans une moindre mesure, à propos de la résiliation judiciaire du contrat de travail demandée par l'employeur. Celui-ci, certes, n'exprime pas la volonté de résilier unilatéralement ce contrat, mais sa demande en justice constitue une manifestation de volonté que la jurisprudence analyse aujourd'hui clairement en un licenciement[607]. A titre d'illustration supplémentaire, l'on pourra évoquer la qualification de licenciement attribuée à la rupture par l'employeur d'une promesse d'embauche[608].

175. - Ce mécanisme de la requalification opérera également, outre le cas de la mise à la retraite ou de la rupture d'une période d'essai, lorsque l'employeur prétendra que la rupture a été conventionnellement acquise, c'est-à-dire d'un commun accord, alors que seule sa volonté a produit un effet juridique. Ce mode de rupture peut alors ne pas refléter la réalité : en effet, il arrive que l'employeur décide de la rupture du contrat de travail, et que le salarié accepte par la suite cette rupture qui pourra être présentée comme un accord de rupture. En réalité, il s'agit d'un licenciement accepté par le salarié, c'est-à-dire avant tout d'un licenciement : lorsque l'employeur décide de résilier le contrat de travail et que sa décision est notifiée au salarié[609], il s'agit bien d'un licenciement, la réaction postérieure du salarié ne devant pas avoir d'effets sur cette qualification. C'est pourquoi le juge sera éventuellement amené, dans cette hypothèse, à requalifier la rupture prétendument amiable en licenciement[610]. Mais il aura bien comme

---

606 Dans ce cas précis, il est à noter qu'un autre problème de qualification surgit, celui de la période d'essai.

607 Voir par exemple Cass. soc. 22 février 2000, Dr. soc. 2000, p. 441, obs. J. MOULY : « *l'action exercée par l'employeur tendant à faire prononcer la rupture du contrat de travail s'analyse en un licenciement* ». Voir déjà, pour la rupture anticipée du CDD, Cass. soc. 15 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 836, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; D. 1999, p. 623, n. C. RADE.

608 Cass. soc. 12 décembre 1983, D. 84, IR, 111 ; Juri Social 1984, n° 66, F 25. Cette solution est contestée par certains auteurs (P.-H. ANTONMATTEI, *Contrat individuel de travail - conclusion*, Juris-cl. Travail Traité, nov. 1994, Fasc. 2-22, n° 60).
Il faut cependant examiner attentivement la rédaction de certaines décisions qui accordent ce type d'indemnités et qui ne concernent pas une promesse d'embauche mais un contrat de travail : voir par exemple, Cass. soc. 2 mars 1993, JCP 93, éd. E, n° 513, p. 286, note C. HOCHART. *Cf. infra* n° 210 s.

609 Le licenciement est acquis dès sa notification, même verbale, au salarié : Cass. soc. 17 janvier 1990, RJS 3/90, n° 190, p. 149 - Cass. soc. 12 mars 1992, RJS 4/92, n° 425, p. 249.
Il sera forcément sans cause réelle et sérieuse : Cass. soc. 23 juin 1998, RJS 8-9/98, n° 971, p. 621.

610 Par exemple, voir Cass. soc. 30 mars 1999, Penvern/SN Clinique Armoricaine de radiologie, CERIT. L'inverse pourrait arriver : une démission est acceptée par l'employeur, puis le salarié

fondement la volonté de l'employeur de mettre fin au contrat de travail[611]. Cette requalification n'aboutira donc pas à utiliser la notion de licenciement en l'absence de volonté de l'employeur.

Plus généralement, l'extension du recours à la notion de licenciement s'inscrit dans la ligne tracée par la théorie générale de l'acte juridique lorsqu'il s'agit de qualifier ou de requalifier une volonté de l'employeur. C'est pourquoi le développement du champ d'application du licenciement dans de telles hypothèses ne nous retiendra pas plus ici.

Ainsi, dans ces cas où la qualification de licenciement repose bien sur une manifestation de volonté de l'employeur, elle est justifiée du point de vue de la théorie générale de l'acte juridique. Dans d'autres hypothèses, en revanche, l'analyse de la situation en licenciement revient à nier le rôle de cette volonté.

§2 - Licenciement et négation du rôle de la volonté de l'employeur

176. - Il est de très nombreuses illustrations dans lesquelles le licenciement est retenu par les magistrats en dehors de toute manifestation de volonté de l'employeur. Ces différentes hypothèses ont déjà été présentées lors de la démonstration du caractère hégémonique du licenciement[612], mais sans qu'elles y soient identifiées précisément. En effet, la classification alors proposée avait pour seul objet de mettre en exergue l'expansionnisme de la notion de licenciement. La classification, que nous allons tenter d'ébaucher ici, fait quant à elle ressortir, parmi ces différentes hypothèses, celles dans lesquelles le rôle de la volonté de l'employeur est nié. Cette approche plus précise explique que cette nouvelle classification ne repose pas sur les mêmes fondements que la précédente. Il s'agit en effet de distinguer les cas dans lesquels la volonté de l'employeur joue en apparence un certain rôle dans la qualification initiale de l'acte juridique, de ceux dans lesquels elle ne joue explicitement aucun rôle. Il faudra dès lors étudier distinctement, d'une part, les ruptures d'un commun accord, dans lesquelles le rôle de la volonté de l'employeur est trompeur (A), et, d'autre part, les autres hypothèses dans lesquelles la rupture initiale est unilatérale de la part du salarié, ou dans lesquelles

---

prétend qu'il s'agit d'une rupture d'un commun accord. Le juge devra rétablir la véritable qualification, à savoir la démission.

611 Ou celle du salarié de démissionner, dans l'exemple inverse.

612 *Cf. supra* n° 143 s.

aucune rupture n'a été formalisée (B). La volonté de l'employeur ne joue alors, explicitement, aucun rôle.

A - Les ruptures d'un commun accord : l'illusion du rôle de la volonté de l'employeur

177. - Le champ d'application des ruptures d'un commun accord fait l'objet d'un net cantonnement par le droit du travail. En dehors de ce périmètre, la rupture est requalifiée en licenciement. Il en va de même lorsque, à l'intérieur de ce périmètre, des conditions spécifiques de validité n'ont pas été respectées[613]. Or, un tel recours à la notion de licenciement méconnaît la théorie générale de l'acte juridique en ce que la volonté de l'employeur ne joue aucun rôle. Certes, le processus conventionnel suppose une offre et une acceptation, et comme l'employeur a bien été amené à émettre une de ces deux manifestations de volonté[614], l'on pourrait en déduire qu'il y a bien un certain rôle conféré à la volonté de l'employeur. En effet, pourquoi ne pas considérer que la qualification de licenciement repose sur la volonté qu'il a exprimée lors de la formation de cette convention ? Il souhaitait que le contrat soit rompu, et comme les conditions de la rupture amiable ne sont pas remplies, sa volonté n'a pu que donner naissance à un licenciement.

178. - Mais un tel raisonnement serait inexact, pour deux raisons principalement, dont la seconde est déterminante.

D'une part, la volonté exprimée dans le cadre d'une convention est très certainement différente de celle suffisante à former un acte juridique unilatéral. Son contenu est distinct puisqu'alors l'employeur n'avait pas conscience de former un licenciement. Assimiler ces deux volontés apparaît donc artificiel, même si ce problème semble ne concerner en réalité que la qualification de l'acte juridique ainsi formé, et non pas l'existence de la volonté elle-même.

D'autre part, et surtout, la rupture d'un commun accord est analysée en un licenciement lorsque ses conditions de validité ne sont pas remplies. Or, la sanction en droit commun du non respect d'une condition de validité d'un acte juridique est sa nullité. Cette nullité est d'ailleurs parfois

---

613 *Cf. supra* n° 143 s.

614 Même si cela n'a pas d'incidence sur la démonstration, il est sans doute fort probable que l'employeur soit le plus souvent l'offrant.

expressément affirmée par les juges[615], parfois de manière plus indirecte[616]. Il faut donc ensuite tirer les conséquences d'une telle nullité. Elle anéantit rétroactivement l'acte juridique, donc celui-ci est censé n'avoir jamais existé. Il est alors logique que rien ne puisse subsister après cette nullité[617], et certainement pas les volontés qui en sont à l'origine[618].

Par conséquent, si les magistrats retiennent la qualification de licenciement, on ne peut la justifier en se référant à la volonté de l'employeur émise lors du processus conventionnel puisque celle-ci est censée n'avoir jamais existé. Il s'agit alors bien de l'utilisation d'un acte juridique, le licenciement, alors qu'aucune volonté de l'employeur n'est constatée.

B - Les ruptures unilatérales d'une part, l'inexécution par l'employeur de ses obligations d'autre part : l'absence explicite du rôle de la volonté de l'employeur

179. – Nous n'avons trouvé aucune appellation globale qui puisse être utilisée ici en raison de la grande hétérogénéité de ces situations.

Il s'agit d'une part des ruptures unilatérales du contrat de travail émanant du salarié, c'est-à-dire le départ à la retraite et, de manière beaucoup plus fréquente au point de vue quantitatif dans le contentieux, la démission du salarié. Lorsque les conditions de validité de ces deux modes de rupture ne sont pas remplies, la rupture est requalifiée en licenciement.

Il s'agit d'autre part des hypothèses dans lesquelles un certain comportement de l'employeur a pour conséquence le fait que la situation va s'analyser en un licenciement, par exemple s'il impose au salarié la modification unilatérale de son contrat de travail.

---

615 Cass. soc. 4 janvier 2000, D. 2000, p. 265, n. C. RADE : « *toute résiliation du contrat de travail prononcée en méconnaissance des dispositions [de l'article L. 122-32-2 C. trav.] est nulle* ». La nullité est en effet explicitement prévue par ce texte. Le salarié peut alors demander sa réintégration ou la requalification de la rupture en licenciement.

616 Cass. soc. 29 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 963, obs. B. GAURIAU ; JCP 1999, éd. E, p. 2069, n. J. SAVATIER : « *la résiliation, même d'un commun accord, du contrat de travail, était illégale* ».

617 V. néanmoins, sur les effets isolés produits par un acte nul, F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. Le Balle, LGDJ 1957, Bibl. dr. priv. t. 2, n° 221 s., p. 206 s.

618 C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques, jurisprudence commentée*, Dr. soc. 1988, p. 464, spéc. p. 465 : « *un contrat nul (...) ne peut laisser subsister les obligations d'une seule des deux parties ; la nullité emporte dans le néant les engagements de chacun* ». *Cf. supra* n° 120.

Aboutir à la qualification de licenciement supposerait, au regard de la théorie générale de l'acte juridique, la recherche de la volonté de l'employeur de former cet acte juridique. Or, ce n'est pas le cas ici : par exemple, le salarié peut mettre en cause la validité de sa démission au motif qu'elle n'a pas été libre, car l'employeur l'y a contraint en ne versant plus les salaires dus[619]. Il n'est pas alors toujours possible d'identifier la volonté de l'employeur de rompre le contrat de travail, notamment dans cet exemple lorsque la contrainte n'a pas été préméditée mais s'explique par des difficultés économiques. Le raisonnement est similaire lorsque l'employeur impose au salarié la modification de son contrat. Il est certain qu'il a émis la volonté de modifier ce contrat, mais comment en déduire qu'il a voulu le rompre ? Retenir néanmoins le licenciement marque l'affranchissement très net du droit du travail par rapport à la théorie générale de l'acte juridique.

180. - Cependant, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 juin 1998, a tenté de revenir vers une plus grande orthodoxie en faisant réapparaître la volonté comme critère de reconnaissance du licenciement : un salarié avait cessé de se rendre à son travail et avait réclamé des indemnités de rupture et des dommages et intérêts pour rupture abusive. La Cour d'appel a fait droit à sa demande car elle a estimé que le salarié avait fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Sur pourvoi de l'employeur, la Chambre sociale de la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel, énonçant que « *si la cessation du travail par le salarié ne caractérise pas une démission claire et non équivoque, mais peut constituer une faute de nature à justifier son licenciement, l'employeur n'est pas tenu de procéder au licenciement et, à défaut d'un tel licenciement ou de toute autre manifestation de volonté équivalant à un licenciement, le contrat n'est pas rompu* »[620]. C'est bien évidemment l'expression « *toute autre manifestation de volonté équivalant à un licenciement* » qui est intéressante ici, car elle illustre la méthode utilisée par les magistrats pour aboutir à la qualification de licenciement : il suffit de déceler une certaine volonté de l'employeur, peu important d'ailleurs le moment où celle-ci se produit, avant la rupture par le salarié ou après, pour que cette volonté soit assimilée à une volonté de rompre le contrat et donc à un licenciement.

---

[619] V. par exemple Cass. soc. 22 septembre 1993, Bull. civ. V, n° 221, p. 151 ; JCP 1994, éd. E, II, 617, note G. LACHAISE - Cass. soc. 7 décembre 1993, Dr. soc. 1994, p. 210 - Cass. soc. 7 novembre 1995, RJS 12/95, n° 1232, p. 788.

[620] Cass. soc. 10 juin 1998, RJS 8-9/98, n° 963, p. 618.

Cette démarche a le mérite de faire réapparaître le concept de volonté, si absent de la formation du licenciement dans ces hypothèses. La décision du 10 juin 1998 ouvre en cela une piste intéressante, même si sa portée doit être relativisée car elle n'a pas été publiée au Bulletin civil. Il faut alors l'approfondir afin de savoir si elle pourrait aboutir à une véritable méthode d'analyse. Il ressortira néanmoins de cette étude qu'une telle démarche semble tout à fait artificielle et incomplète : en effet, s'il est possible d'identifier de la part de l'employeur certaines manifestations de volonté (1), il est évidemment critiquable de poser une équivalence avec le licenciement. L'analyse des juges est alors insuffisante et contestable (2).

1 - La possibilité d'identifier « *toute autre manifestation de volonté* » de l'employeur

181. - Ces différentes manifestations de volonté sont susceptibles d'être scindées en deux ordres. D'une part, celles qui matérialisent directement et explicitement une rupture, d'autre part, celles qui révèlent indirectement, par une recherche psychologique de l'intention réelle de l'employeur, une telle volonté de voir le contrat de travail résilié.

182. - En premier lieu, pourront être tenues comme équivalant à un licenciement les manifestations de volonté de l'employeur consistant à formaliser la rupture du contrat de travail. Ce sont les prises d'acte de rupture. Initialement, l'employeur avait recours à cette prise d'acte lorsque le salarié adoptait un comportement signifiant, aux yeux de l'employeur, sa volonté de rompre le contrat. Ainsi en allait-il par exemple lorsque le salarié ne revenait pas travailler après une période de congés[621]. Estimant qu'il avait démissionné, l'employeur prenait acte de cette décision, souvent en adressant un courrier à ce salarié. Aujourd'hui, cette pratique tend à se raréfier en raison de la position de la jurisprudence, selon laquelle la prise d'acte s'analyse en un licenciement dès lors que la démission du salarié n'est pas clairement caractérisée. Il est néanmoins certain que l'employeur exprime alors sa volonté de constater la rupture du contrat de travail. Il y a bien une manifestation de volonté de sa part[622].

---

[621] Voir par exemple Cass. soc. 20 octobre 1993, RJS 12/93, n° 1214, p. 718 - Cass. soc. 3 mai 1995, CSBP 1995, n° 71, p. 208, S. 105 - Cass. soc. 24 janvier 1996, Bull. civ. V, n° 26, p. 17 ; JCP 1996, II, 22716, note C. PUIGELIER.

[622] Voir par exemple Cass. soc. 5 octobre 1999, Chevalier/SA Picardie Carrelages, CERIT : « *la prise d'acte par l'employeur d'une démission qui n'était pas réelle s'analysait en un licenciement* »

183. - En second lieu, la volonté de l'employeur aura un rapport plus lointain avec la rupture du contrat de travail, et il faudra rechercher son intention réelle, parfois profondément dissimulée. C'est alors du comportement de l'employeur que l'on pourrait déduire sa volonté. Ainsi, lorsque l'employeur trompe le salarié pour l'inciter à démissionner, par exemple s'il lui indique qu'il aurait droit aux indemnités d'assurance chômage malgré sa démission[623], que son poste allait être supprimé[624] ou plus généralement s'il lui a donné « *des arguments inexistants et faux* »[625], ou lorsque l'employeur exerce des pressions, des contraintes sur la volonté de son salarié, par exemple s'il le menace de porter plainte ou de le licencier[626] s'il ne démissionne pas, la volonté de l'employeur d'amener son salarié à quitter l'entreprise n'est guère discutable. Il en va de même lorsqu'il n'exécute plus les obligations stipulées dans le contrat de travail, ou s'il ne les exécute plus de bonne foi[627], avec l'espoir que le salarié finira par se lasser et démissionnera.

A travers son comportement, l'employeur trahit sa volonté réelle, et c'est sans doute ce que les magistrats pourraient considérer comme une manifestation de volonté équivalant à un licenciement.

Cependant, la recherche de ces différentes hypothèses apparaît bien insuffisante pour convaincre de la nécessité qui s'imposerait aux juges du travail de caractériser la volonté de l'employeur dans la formation du licenciement. En effet, le raisonnement présenté par la Cour de cassation apparaît fort critiquable.

2 - Une analyse contestable et insuffisante

184. - Si l'on estime, comme le suggère la décision précitée du 10 juin 1998[628], qu'il suffit, pour justifier la qualification de licenciement en

---

[623] CA Chambéry 15 mars 1988, Mme Gardet/SA Le Forum, CERIT - CA Besançon 8 mars 1994, RJS 7/94, n° 937, p. 556.

[624] CA Grenoble 22 mars 1990, Dr. ouv. 1990, p. 196 : la convention de conversion est donc entâchée d'un vice du consentement.

[625] CA Montpellier 13 mars 1997, Me Chabal liquidateur SA Segment /Atlan, AGS, CGEA, CERIT.

[626] Cass. soc. 6 novembre 1996, RJS 12/96, n° 1243, p. 806 - Cass. soc. 12 mai 1993, Dr. ouvr. 1994, p. 195 - Cass. soc. 12 mars 1992, M.Coq/Mme Blanchet, CERIT - Cass. soc. 5 juin 1990, Mme Farinha/Mme Da Silva Quintas, CERIT.

[627] Cette hypothèse recouvre la modification imposée du contrat de travail. Sur la différence entre inexécution et modification du contrat et leurs liens avec le vice de violence, *cf.infra* n° 454 s.

[628] Cass. soc. 10 juin 1998, RJS 8-9/98, n° 963, p. 618.

l'absence de décision expresse de l'employeur en ce sens, d'être en présence d'une autre manifestation de volonté qui équivaudra à un licenciement, on pourrait penser qu'il est ainsi attribué au licenciement, dans ces différentes hypothèses, un fondement conforme au rôle traditionnel de la volonté dans la formation de l'acte juridique, Or, deux arguments décisifs vont ôter toute rigueur à ce raisonnement, d'une part, parce que l'*équivalence* évoquée par les magistrats fait défaut (a), d'autre part, en raison de l'impossibilité pour cette théorie de recouvrir toutes les hypothèses litigieuses (b).

a - Un défaut d'équivalence

185. - Cette équivalence fait défaut pour deux raisons, que nous allons étudier successivement.

En premier lieu, il n'est pas réellement exact d'affirmer qu'une manifestation de volonté équivaut à un licenciement, et ce pour deux motifs.

D'une part, l'acte juridique est formé dès lors qu'est constatée non pas une simple manifestation de volonté, mais plus précisément une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, ces effets étant ici extinctifs puisqu'il s'agit de mettre fin à une situation juridique.

Or, il est des cas où l'employeur a certes manifesté une certaine volonté, par exemple de ne plus exécuter correctement le contrat de travail, mais sans que cette volonté ait toujours pour but d'aboutir à la résiliation du contrat de travail. Ainsi, un employeur peut avoir une attitude déloyale envers le salarié, en lui exprimant des reproches incessants, mais sans avoir eu forcément l'idée de le pousser à résilier le contrat de travail. De même, l'employeur pourrait très bien avoir décidé de ne plus verser une prime à un salarié, en raison de difficultés économiques, ou pensant être dans son bon droit, estimant que le salarié ne remplissait plus les conditions pour en bénéficier. Il se peut alors que l'employeur n'ait jamais eu l'intention de le pousser à la démission, ni même la conscience qu'une telle rupture pourrait se produire. Caractériser une quelconque manifestation de volonté de l'employeur est par conséquent insuffisant : le licenciement ne résulte pas de toute manifestation de volonté, mais de la manifestation de volonté de résilier le contrat de travail. Il serait en réalité plus rigoureux de poser

l'équivalence entre le licenciement et toute manifestation de la volonté de l'employeur de voir rompre le contrat de travail[629].

D'autre part, une manifestation de volonté est une étape dans la formation d'un acte juridique, c'est une démarche volontaire qui appelle de la part de son auteur un certain raisonnement aboutissant à la décision de former un acte juridique[630]. Or, bien souvent, on ne peut retenir à la charge de l'employeur que des actes matériels, de purs faits juridiques. L'exemple typique est constitué par les violences, physiques ou morales, que l'employeur peut exercer sur un salarié. Bien sûr, l'employeur décide de les exercer, mais peut-on pour autant parler d'une manifestation de volonté ? Cela paraît douteux, d'autant plus que le recours aux modes implicites d'extériorisation de la volonté n'apparaît guère satisfaisant[631].

186. - En second lieu, il serait possible de pallier ces premiers obstacles, en rappelant que la théorie générale de l'acte juridique doit s'accommoder de fictions de volontés[632] : de certains comportements il est induit l'existence d'une volonté. Mais même si l'on adopte ce point de vue, par ailleurs fort convaincant et consacré en droit positif, on ne peut que constater que le droit du travail va beaucoup plus loin.

D'une part, en effet, une telle analyse déductive est rare pour les actes juridiques unilatéraux, pour lesquels un comportement totalement passif ne devrait pas avoir de signification juridique[633]. Or, il est des cas dans lesquels l'employeur est totalement passif[634]. Déduire de ce comportement une manifestation de volonté dépasse dès lors le cadre d'une simple fiction et apparaît contradictoire avec la théorie générale de l'acte juridique.

D'autre part, ces différentes fictions quant à l'extériorisation d'une manifestation de volonté ne sont en réalité utilisées que pour caractériser une volonté nécessaire à la reconnaissance de l'acte juridique. En d'autres

---

629 F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957, préface R. Le Balle, n° 207, p. 194 : « *il importe de distinguer la « qualification d'acte juridique » et la « qualification de l'acte juridique ». En d'autres termes, il importe de distinguer le moment où la volonté crée un acte juridique et celui où, ayant précisé davantage le contenu de celui-ci, cet acte juridique prend une coloration particulière. La précision de l'espèce succède à la détermination du genre* ».
V. également P.-Y.VERKINDT, *Rupture du contrat, introduction générale*, J.-Cl. Travail traité, Fasc. 30-1, août 1997, n° 28, p. 8, qui distingue la volonté de rompre et la volonté de licencier.

630 *Cf. supra* n° 5.

631 *Cf. infra*, n° 186.

632 *Cf. supra* n° 13. Voir G. WICKER, *Les fictions juridiques - Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253.

633 G. WICKER, *Les fictions juridiques - Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 85, p. 87.

634 *Cf. infra* n° 187 s.

termes, elles ne signifient pas que l'acte peut être formé sans référence aucune à la volonté, mais simplement que dans certains cas, la caractérisation de cette volonté sera présumée. Ces fictions participent en réalité du régime de la volonté dans la formation de l'acte juridique, et plus précisément de son extériorisation[635] : les juges ou le législateur décident que tel comportement vaut, implicitement, manifestation de volonté.

Or, la démarche est fort différente ici, puisque les magistrats ne constatent pas que le comportement de l'employeur vaut comme manifestation de volonté de licencier, ou même seulement de rompre le contrat de travail. En effet, le comportement de l'employeur n'est même pas caractérisé comme une étape dans le raisonnement menant à la qualification de licenciement. Il n'est pas identifié en tant que tel. Surtout, il n'est jamais affirmé que l'attitude de l'employeur doit être interprétée comme exprimant sa volonté de licencier. De ce point de vue, l'arrêt du 10 juin 1998 n'apporte aucune précision, puisqu'il n'est pas plus fait de lien entre cette attitude et cette « *autre manifestation de volonté* » qui serait l'échelon intermédiaire avant la qualification de licenciement. Les arrêts postérieurs ne caractérisent pas non plus ce lien. Par exemple, la Cour de cassation a encore récemment rappelé que « *l'inexécution de ses obligations par l'employeur entraîne, si le salarié n'entend pas réclamer l'exécution du contrat, la rupture du contrat de travail et celle-ci s'analyse (...) en un licenciement* »[636].

Tout se passe donc comme s'il n'était aucunement besoin d'évoquer la volonté de l'employeur, même par le biais d'une fiction d'interprétation d'un comportement, pour caractériser le licenciement. C'est en cela que le licenciement marque l'inaptitude de la théorie générale de l'acte juridique à expliciter toutes les hypothèses d'acte juridique en droit du travail.

Si la notion d'équivalence est ainsi insuffisante pour résoudre ce problème, il est en outre des hypothèses dans lesquelles aucune manifestation de volonté de l'employeur n'a été exprimée.

b - L'absence totale de volonté de l'employeur

187. - Il est des cas dans lesquels l'employeur n'a ni émis la volonté de voir rompre le contrat de travail, ni adopté une attitude pouvant laisser penser que telle était son intention. Et pourtant, la qualification de

---

635 *Cf. infra* n° 480 s.

636 Cass. soc. 4 janvier 2000, RJS 2/00, n° 176, p. 120.

licenciement a été retenue. Il a ainsi été jugé que le salarié qui a démissionné par erreur pouvait en demander la requalification en licenciement. Or, l'erreur est une mauvaise représentation de la réalité qui est spontanément commise par son auteur, sans qu'une autre personne ne soit intervenue. Par exemple, un salarié a commis une erreur en démissionnant, pensant avoir droit aux allocations d'assurance-chômage[637]. Il en va de même en cas d'absence de volonté du salarié de démissionner[638], par exemple s'il n'est pas sain d'esprit ou s'il n'a pas compris la portée de son geste (illettrisme...) : la démission sera également requalifiée en licenciement.

Or, l'employeur n'est pour rien dans cette décision du salarié, prise par erreur, par incompréhension ou sous le coup d'une forte émotion. Il semble particulièrement évident que la qualification de licenciement ne repose pas sur une quelconque volonté de l'employeur, quel qu'en soit l'objet, ni même sur un simple comportement de sa part.

188. - On pourrait peut-être objecter que l'employeur peut tout de même intervenir *après* cette démission : en effet, le litige naîtra parfois du fait que le salarié, se ravisant, demande à être réintégré dans l'entreprise[639] et se heurte au refus de l'employeur d'accéder à cette demande. Ce serait alors ce refus qui constituerait une manifestation de volonté éventuellement équivalente à un licenciement : l'employeur devrait agir loyalement envers son salarié, si celui-ci démontre que sa volonté de rompre n'a guère été lucide, et accepter d'oublier l'incident. Ce serait néanmoins faire preuve d'une exigence sévère envers l'employeur. Surtout, les magistrats n'évoquent guère ce raisonnement[640], se contentant d'une requalification quasi automatique. Aucun lien n'est établi entre la volonté de l'employeur et le licenciement.

Dès lors, malgré la décision du 10 juin 1998, il est des cas dans lesquels une situation s'analyse en un licenciement sans que la volonté de l'employeur ne joue un quelconque rôle dans cette opération.

---

[637] CA Nancy 27 septembre 1993, SA Magasins Généraux/Marsot, CERIT. *Cf. infra* n° 300.

[638] Cass. soc. 4 décembre 1986, Cah. prud'h. 1988, n°1, p.12 - Cass. soc. 20 novembre 1991, Régie nationale des usines Renault/Hugueville, CERIT - CA Paris 18° ch. E 14 mars 1996, JCP 1997, éd. E, II, 962, note M. DEL SOL.

[639] D'ailleurs, la démission étant nulle, le contrat est censé ne s'être jamais interrompu et il est donc plus logique de parler de continuation du contrat de travail que de réintégration. Voir G. COUTURIER, *Les nullités du licenciement*, Dr. soc. 1977, p. 215, spéc. p. 217, note 25.

[640] Voir à titre exceptionnel Cass. soc. 4 octobre 2000, RJS 12/00, n° 1234, p. 802 : « *le refus de l'employeur de la réintégrer s'analysait en un licenciement* ».

Conclusion du Chapitre I

189. - Ainsi, après avoir précisément identifié et distingué les différentes hypothèses, l'on peut affirmer avec certitude qu'il est des cas dans lesquels le licenciement est caractérisé bien que la volonté de l'employeur fasse totalement défaut, comme si elle n'avait aucun rôle à jouer dans la formation de cet acte juridique. Il s'agit avant tout d'assurer au salarié un certain niveau de protection à travers les règles du licenciement, par l'élaboration d'un véritable droit indemnitaire de la perte d'emploi[641], qui repose sur la qualification même de licenciement. Ces normes, qui constituent le droit du licenciement, occultent toute considération liée à la volonté de l'employeur. C'est alors la théorie générale de l'acte juridique qui pâtit de cette recherche d'efficacité.

Certes, le licenciement occupe une telle place en droit du travail, il concentre tellement l'attention du législateur et des magistrats qu'il pourrait apparaître comme un acte statutaire *sui generis* avec ses particularités marquées. Il serait alors moins surprenant qu'il ne s'inscrive plus si nettement dans la théorie générale de l'acte juridique. Ceci ne nous convainc cependant pas. En effet, la théorie générale a vocation à englober tous les actes juridiques, et ici, la référence au licenciement s'entend précisément d'une référence à l'acte juridique unilatéral par lequel l'employeur rompt le contrat de travail[642].

La portée significative de l'entorse à la théorie générale va maintenant s'imposer avec évidence, car cet infléchissement se manifeste également pour un autre acte juridique individuel, la promesse d'embauche. Or celui-ci relève *a priori* d'une conception contractuelle du rapport d'emploi. C'est alors, selon nous, la recherche de l'efficacité du droit à l'emploi qui justifie cet infléchissement de la théorie générale.

---

641 C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préface de J. Hauser, LGDJ 1997, Bibl. dr. privé, t. 282, n° 188, p. 119.

642 Sur ce point et l'utilisation de la formule « *s'analyse* », *cf. supra* n° 163 s.

Chapitre II – Négation du rôle de la volonté du salarié et efficacité du droit d'obtenir un emploi

190. - Le droit du travail est intégré dans l'ordonnancement juridique. Il n'est donc pas isolé mais au contraire, il emprunte beaucoup aux autres branches du droit, et notamment au droit des libertés publiques. Selon un auteur, « *le droit public et le droit social s'interpénètrent aujourd'hui au point de ne plus former finalement deux disciplines distinctes, mais deux volets complémentaires encadrant cette magnifique fenêtre sur l'avenir que constitue la Charte universelle des libertés* »[643]. Les nombreuses références jurisprudentielles au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 sont à cet égard révélatrices de l'importance des sources constitutionnelles en droit du travail[644].

Le droit d'obtenir un emploi constitue précisément un élément du droit des libertés publiques dont s'imprègne le droit du travail et qui le conduit à nier le rôle de la volonté. En conférant à ce droit à l'emploi un véritable statut normatif, le droit du travail cherche avant tout à en assurer l'efficacité, à faire en sorte qu'il soit apte à procurer le résultat en vue duquel il a été institué.

L'objectif premier du droit à l'emploi est évidemment de faciliter l'accès du salarié à l'emploi. Il s'agit alors de dépasser la logique contractuelle qui mène classiquement à la conclusion du contrat de travail, pour y insuffler une dimension statutaire, dans laquelle la norme privilégie la réalisation de cet objectif. En droit du travail, il n'existe qu'un seul acte qui se situe antérieurement à la conclusion de cet acte-condition que constitue le contrat de travail, déclencheur du statut social impératif. C'est la promesse d'embauche, qui devrait dès lors obéir à une logique contractuelle forte et par conséquent mieux respecter le rôle de la volonté.

---

643 J. ROBERT, *Droit social et Libertés publiques*, in *Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation 1938-1998*, La doc. franç. 2000, p. 7.

644 J. ROBERT, *Droit social et Libertés publiques*, in *Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation 1938-1998*, La doc. franç. 2000, p. 7, spéc. p. 8 - P. WAQUET, *Le pouvoir de direction et les libertés des salariés*, Dr. soc. 2000, p. 1051. Voir par exemple les contentieux de la clause de non concurrence (Cass. soc. 19 novembre 1996, Dr. soc. 1997, p. 95, obs. G. COUTURIER) et de la clause d'exclusivité (Cass. soc. 11 juillet 2000 (3 arrêts), Dr. soc. 2000, p. 1141, obs. J. MOULY).

Il est alors significatif que le droit du travail ne manque pas d'intervenir à propos du rôle de la volonté dans la formation de cet acte, afin, selon nous, de rendre plus efficace le droit à l'emploi. L'infléchissement du rôle de la volonté se révèle ici dans toute son ampleur.

191. - Plus précisément, dans le cadre de l'accès à l'emploi, le caractère conventionnel de la promesse d'embauche sera mis en exergue alors qu'une volonté est ignorée (Section II). Apparentée au contrat de promesse, avant-contrat, la promesse d'embauche exprime la négociation précontractuelle précédant la conclusion du contrat de travail. Cet acte juridique traduit alors la dimension contractuelle du rapport de travail, avant même la formation de l'acte déclencheur du statut. Pourtant, même dans cette hypothèse, le droit du travail cherche à faire prévaloir la logique statutaire sur la logique contractuelle en assurant, à notre sens, l'efficacité du droit à l'emploi au mépris de la théorie générale de l'acte juridique.

Le droit à l'emploi répond à une préoccupation sociale majeure, celle consistant à pouvoir assurer sa subsistance grâce à son travail. Consacré constitutionnellement[645], il ne constitue cependant pas réellement un droit subjectif dont pourrait se prévaloir chaque salarié[646], mais un objectif constitutionnel fixé au droit du travail. Néanmoins, il imprègne le droit positif du travail et inspire sans aucun doute certaines de ses règles même si la jurisprudence ne s'y réfère pas explicitement. Il est donc indispensable de présenter brièvement ici ce droit d'obtenir un emploi (Section I), afin de mieux mettre en exergue son influence dans la négation du rôle de la volonté en matière de promesse d'embauche.

---

[645] Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (alinéa 5) : *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi.*

[646] Voir notamment T. REVET, *La liberté du travail*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 5° éd. 1999, p. 563 - F. GAUDU, *Les droits sociaux*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 5° éd. 1999, p. 583 - G. LYON-CAEN, *Le droit au travail*, in *Les sans emploi et la loi*, Actes du colloque de Nantes, juin 1987, éd. Calligrammes, 1988, p. 203 - D. ASQUINAZI-BAILLEUX, *Droit à l'emploi et dignité*, in P. PEDROT (Dir.), *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Christian Bolze*, Economica 1999, p. 123 - J. PELISSIER, *La liberté du travail*, Dr. soc. 1990, p. 19 - A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, *L'incertain droit à l'emploi*, Travail, Genre et Sociétés, n° 2, nov. 1999, p. 29 - J. ROBERT, *Droit social et Libertés publiques*, in *Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation 1938-1998*, La doc. franç. 2000, p. 7, spéc. p. 15.

Section I - La signification du droit d'obtenir un emploi

192. - A l'origine, le droit à l'emploi n'existait qu'au travers de la liberté du travail, et ne constituait donc qu'une liberté abstraite (§1). On peut aujourd'hui se demander s'il ne constituera pas bientôt une véritable prérogative subjective, intégrée dans le statut du salarié (§2).

§1 - Une liberté abstraite

193. - La Révolution Française a permis la proclamation de la liberté du travail (A). Mais il a fallu attendre la Constitution du 27 octobre 1946 pour que le droit à un emploi fût expressément consacré (B), sans pour autant que sa nature abstraite ne change réellement.

A - La liberté du travail

194. - Principe fondamental de notre droit[647], la liberté du travail n'est cependant pas consacrée directement et sans ambiguïté par un texte en droit interne français[648]. Elle fut en réalité déduite de l'article 7 du décret des 2 et 17 mars 1791, dit « *décret d'Allarde* »[649], instaurant le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, cette liberté impliquait nécessairement celle du travail[650].

---

[647] A. JEAMMAUD, *Les principes dans le droit français du travail,* Dr. soc. 1982, p. 618, spéc. p. 621. Voir, plus généralement, *Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?*, AJDA, n° spécial 20 juillet - 20 août 1998 - J. FAVARD, *Le labyrinthe des droits fondamentaux*, Dr. soc. 1999, p. 215.

[648] A. GARDIN, *La vie familiale du salarié en droit du travail*, th. Nancy 2, 2000, n° 26, p. 39. D'ailleurs, « *le Conseil constitutionnel (...) s'est toujours abstenu de consacrer la liberté du travail comme un principe de valeur constitutionnelle* » (B. MATHIEU, J.-Y. FROUIN, *Le juge social et la Constitution*, in *Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation 1938-1998*, La doc. franç. 2000, p. 103, spéc. p. 125).

[649] Voir sur ce décret, F. SOUBIRAN-PAILLET, *De nouvelles règles du jeu ? Le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier*, in *Deux siècles de droit du travail, l'histoire par les lois*, coll. Points d'appui, Les éditions de l'Atelier, Editions ouvrières 1998, p. 17.
Voir Cass. soc. 19 novembre 1996, Dr. soc. 1997, p. 95, obs. G. COUTURIER : la Cour érige la liberté du travail en un principe constitutionnel en se référant à ce texte.

[650] Pour un auteur, « *si le décret d'Allarde consacre certainement la liberté du commerce et de l'industrie, il est moins évident qu'il consacre la liberté du travail salarié. Il lie en effet la liberté du travail au paiement de la patente ; or, que l'on sache, l'exercice d'une activité salariée n'a jamais entraîné le paiement de cet impôt* » (J. PELISSIER, *La liberté du travail,* Dr. soc. 1990, p. 19).
Mais selon un autre auteur, « *l'industrie n'étant autre chose que l'activité, on voit mal comment la liberté de l'industrie n'équivaudrait pas pour les salariés, à la liberté du travail - la réserve fiscale étant, sous cet angle, éminemment secondaire* » (T. REVET, *La liberté du travail*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 5° éd. 1999, p. 563).

Comme toutes les libertés proclamées par la Révolution, la liberté du travail était originairement une liberté abstraite. Elle permettait à l'individu de conclure un contrat de louage de services avec tout autre contractant pour effectuer le travail de son choix. Elle se confondait donc pratiquement avec la liberté de contracter[651]. Ni les effets concrets de l'exercice de cette liberté, ni les obstacles qui pouvaient s'y opposer n'étaient pris en compte. Force était alors de constater que cette liberté demeurait théorique pour tous ceux dépourvus d'emploi. En effet, dans un système libéral, la liberté du candidat à un emploi se heurte à la liberté de l'employeur potentiel. L'une et l'autre étant juridiquement d'égale valeur, le contractant le plus puissant économiquement finit par imposer sa volonté à l'autre[652].

Certes, de nombreuses libertés ne sont octroyées qu'en théorie, à de multiples sujets de droit, sans que cela ne soulève de difficultés particulières. Il ne peut cependant en être ainsi avec la liberté du travail. Son importance sociale est majeure puisque travailler permet à la fois d'assurer la subsistance d'un individu, son insertion, son épanouissement, son développement, ce qui implique qu'elle se définisse aussi comme la possibilité matérielle d'obtenir un emploi[653]. Le droit à l'emploi constitue en effet une pièce maîtresse de la reconnaissance juridique de la dignité du salarié[654].

Il était dès lors logique que ce droit soit amené à être plus explicitement consacré.

B - Consécration du droit d'obtenir un emploi

195. - Le droit à l'emploi conféré à tout citoyen a été pour la première fois expressément affirmé par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui figure toujours aujourd'hui dans notre droit positif par sa reprise dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *chacun a le*

---

651 J. PELISSIER, *La liberté du travail,* Dr. soc. 1990, p. 19, spéc. p. 20.

652 J. PELISSIER, *La liberté du travail,* Dr. soc. 1990, p. 19, spéc. p. 20.

653 T. REVET, *La liberté du travail*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 5° éd. 1999, p. 563, spéc. p. 574.
En 1848, les ouvriers ont « *réclamé à la République naissante le droit pour tout individu d'accéder à un emploi offrant un niveau de revenu qui lui permette de vivre* » (M.-T. JOIN-LAMBERT, A. BOLOT-GITTLER, C. DANIEL, D. LENOIR, D. MEDA, *Politiques sociales*, Presses de Sciences po et Dalloz, 2° éd. 1997, p. 208). La mise en oeuvre de ce droit au travail se traduisit par la création d'ateliers nationaux, mais cette tentative échoua.

654 Sur la notion de dignité en droit du travail, voir T. REVET, *La dignité de la personne humaine en droit du travail*, in M.-L. PAVIA et T. REVET (Dir.), *La dignité de la personne humaine*, coll. Etudes juridiques, Economica 1999, p. 137 - D. ASQUINAZI-BAILLEUX, *Droit à l'emploi et dignité*, in P. PEDROT (Dir.), *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Christian Bolze*, Economica 1999, p. 123.

devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ». La formule est cependant trompeuse en ce qu'elle ne signifie toujours pas que le droit d'obtenir un emploi existe comme prérogative subjective, par exemple comme le droit d'exiger un emploi[655]. Un droit subjectif confère à son titulaire un droit proprement dit, c'est-à-dire un pouvoir d'agir sur les autres en leur imposant un comportement positif dont la sanction peut être obtenue en justice. En cela, la notion de droit subjectif se distingue clairement de celle de liberté. La liberté est un pouvoir d'autodétermination, c'est-à-dire un pouvoir que l'homme exerce sur lui-même. Certes, elle entraîne des conséquences sur autrui mais ces conséquences sont purement négatives. Elles se réduisent à l'obligation de respecter par l'abstention la liberté des autres[656].

Même s'il est classé dans le Préambule parmi les « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* », le droit d'obtenir un emploi constitue « *plutôt une norme d'action (lutter contre le chômage), voire une obligation de moyens pour les pouvoirs publics* »[657].

196. - Si le droit d'obtenir un emploi ne fait qu'inciter solennellement les pouvoirs publics à « *faire quelque chose* »[658], il est néanmoins, et par là-même, destiné à avoir des incidences juridiques. Son principal effet est de légitimer l'intervention du législateur destinée à favoriser l'accès du plus grand nombre au travail. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs expressément reconnu : le droit d'obtenir un emploi oblige le législateur à prendre des dispositions « *qui assurent au mieux le droit pour chacun*

---

655 Voir T. REVET, *La liberté du travail*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 5° éd. 1999, p. 563, spéc. p. 576 : « *l'énonciation du droit d'obtenir un emploi n'a pas (encore ?) créé une véritable prérogative subjective : le droit au travail n'en est pas un car il n'y a ni débiteur, au sens obligatoire du terme, ni procédure permettant d'obtenir l'exécution d'un tel droit, en nature ou par équivalent* ». G. LYON-CAEN (*Les libertés publiques et l'emploi*, Documentation française, 1992, n°68, p. 58) précise également qu'une telle signification est inconcevable puisque le plein emploi ne constitue qu'une orientation de politique économique, une obligation de *moyens* et non de *résultat*.
En réalité, le droit à l'emploi constitue un droit-créance (T. REVET, *La liberté du travail*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 5° éd. 1999, p. 563, spéc. p. 576). Voir également D. COHEN, *Le droit à...*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, p. 393.

656 J. RIVERO, *Les libertés publiques*, t. 1, *Les droits de l'homme*, coll. Thémis, PUF, 6° éd. 1991, p. 21 s.

657 P. MARTIN, M.-L. POUCHADON, *Les chômeurs et leurs droits : itinéraire d'une mobilisation collective*, Dr. soc. 2000, p. 744, spéc. p. 747. Voir dans le même sens, la convention n° 122 de l'OIT ratifiée par la France.

658 Selon l'expression de P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ 1968, p. 148. Pour J. PELISSIER (*La liberté du travail*, Dr. soc. 1990, p. 19, spéc. p. 20), ce droit « *se traduit en effet par l'obligation pour l'Etat d'agir pour lever les obstacles de fait à la liberté de travailler* ».

d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre »[659]. L'adoption de règles positives doit permettre de passer d'une liberté abstraite à une liberté concrète[660], ce qui assurera au droit d'obtenir un emploi une plus grande efficacité[661].

§2 - Vers une prérogative subjective ?

197. - Il faut clairement affirmer ici que le droit d'obtenir un emploi n'est pas aujourd'hui, et ne sera vraisemblablement jamais, un droit subjectif au sens plein du terme. On l'a dit, une telle solution heurterait d'autres droits ou libertés fondamentaux, telle que la liberté d'entreprendre qui implique la liberté pour l'employeur de choisir ses collaborateurs[662]. Certes, une telle opposition peut être aménagée, comme le montre la reconnaissance du droit de grève malgré la puissance du droit de propriété. Mais il ne pourrait s'agir que d'un aménagement, pas la consécration d'un véritable droit subjectif. Il n'en reste pas moins que le droit d'obtenir un emploi a tendance à acquérir une certaine efficacité, qui ne peut laisser subsister la qualification de simple liberté abstraite[663].

---

[659] Cons. const., décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983, Dr. soc. 1984, p. 159, n. L. HAMON. Voir également Cons. const., décision n° 85-200 DC 16 janvier 1986, Dr. soc. 1986, p. 372, n. Y. GAUDEMET. Voir aussi F. LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen,* Dalloz 1989, p. 100 - T. REVET, *Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Economica, Etudes juridiques, 1999, p. 53.
Voir enfin, parmi les décisions récentes mentionnant le droit à l'emploi, Cons. const., décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 (RJS 7/98, n° 939, p. 601) et décision n° 99-423 DC du 3 janvier 2000 (RJS 2/00, n° 175, p. 118) à propos des lois dites Aubry I et II.

[660] A. GARDIN, *La vie familiale du salarié en droit du travail*, Th. Nancy 2, 2000, n° 29, p. 41.

[661] Une hypothèse particulière conduit à présumer l'existence d'un contrat de travail, quand bien même les parties n'ont pas entendu le former : il s'agit du contrat de travail à salaire différé. L'article L. 321-13 du Code rural répute légalement bénéficiaires d'un contrat de travail à salaire différé les descendants d'un exploitant agricole qui, âgés de plus de 18 ans, participent directement et effectivement à l'exploitation, sans être associés ni aux bénéfices ni aux pertes et qui ne reçoivent pas de salaire en argent en contrepartie de leur collaboration (M. GRIMALDI, *Droit civil, Succession*, Litec, 5° éd. 1998, n° 540 s., p. 508). Voir également pour le conjoint collaborateur l'art. 14 de la loi du 31 décembre 1989.

Mais il ne s'agit pas d'une négation du rôle de la volonté car le contrat de travail ainsi reconnu repose sur une fiction de volonté (G. WICKER, *Les fictions juridiques - Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 83, p. 85). Il s'agit d'ailleurs moins de favoriser l'accès à l'emploi que d'indemniser une collaboration passée. Outre le caractère exceptionnel de l'hypothèse, l'enjeu apparaît restreint à une question de régime de la volonté (*cf. infra* n° 480 s.).

[662] Cons. const., décision n° 244-88 D.C. du 20 juillet 1988, Dr. soc. 1988, p. 760, chron. X. PRETOT, *L'inconstitutionnalité du droit à réintégration du salarié protégé licencié pour faute lourde*, p. 755 ; D. 1989, p. 269, n. F. LUCHAIRE ; JCP 1989, éd. E, II, 15530, n. M. PAILLET. Voir, pour une application de ce principe de liberté d'embauche, CA Montpellier 17 octobre 2000, RJS 4/01, n° 403, p. 301.

[663] T. REVET, *La liberté du travail*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 5° éd. 1999, p. 563, spéc. p. 577 : « *ainsi, une prérogative apparemment faiblement contraignante aura-t-elle*

198. - Le droit à l'emploi semble ainsi servir de guide à l'édiction de règles du droit du travail. Il apparaît effectivement que son empreinte se retrouve de manière significative tant au niveau des textes que de la jurisprudence. Il s'agit alors d'un exemple typique d'application implicite par le juge du travail de principes ou règles constitutionnels, auxquels il n'est pas fait directement référence[664]. L'objectif est de construire un statut cohérent de règles qui, en limitant l'emprise de l'analyse contractuelle, permet de donner corps au droit à l'emploi.

Le droit du travail, ainsi invité par le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 à assurer une certaine efficacité au droit d'obtenir un emploi, est intervenu sur deux plans[665] : l'accès à l'emploi proprement dit, et le maintien dans l'emploi.

199. - Dans le cadre du maintien dans l'emploi[666], le législateur, tout en assortissant de règles strictes la rupture du contrat[667], a également favorisé la prévention de telles ruptures. C'est ainsi qu'ont été édictées les dispositions relatives à la formation, l'adaptation[668], le reclassement du salarié[669] et, de manière plus générale, l'obligation pour l'employeur d'élaborer dans certains cas de licenciement un plan social[670]. Dans

---

mobilisé, pour sa mise en oeuvre, des moyens dont nombre de droits incontestés n'auront jamais bénéficié ».

[664] B. MATHIEU, J.-Y. FROUIN, *Le juge social et la Constitution*, in *Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation 1938-1998*, La doc. franç. 2000, p. 103, spéc. p. 115.

[665] F. GAUDU, *Du statut de l'emploi au statut de l'actif*, Dr. soc. 1995, p. 536 : « *le droit de l'emploi a pour principal objet le contrat de travail, dont il cherche à faciliter la conclusion et à préserver l'existence* ».

[666] A. LYON-CAEN, *Le maintien dans l'emploi*, Dr. soc. 1996, p. 655 - F. MEYER, C. SACHS-DURAND, *L'évolution du rapport salarial*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 369, spéc. p. 389 s. – Voir également *Le maintien dans l'emploi en questions*, éd. ENSP 2000.

[667] Sur le droit à l'emploi comme fondement des règles relatives à la cause du licenciement, voir X. LAGARDE, *La nature juridique de la cause de licenciement*, JCP 2000, I, 254, spéc. p. 1655.

[668] Voir le nouvel article L. 932-2 C. trav. (loi du 19 janvier 2000).

[669] P. WAQUET, *Les libertés dans l'entreprise*, RJS 5/00, p. 335, spéc. p. 338 - P. WAQUET, *La cause économique du licenciement*, Dr. soc. 2000, p. 168, spéc. p. 170 - A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, *L'incertain droit à l'emploi*, Travail, Genre et Sociétés, n° 2, nov. 1999, p. 29, spéc. p. 41 - R. KESSOUS, *La recherche d'un reclassement dans le groupe, préalable au licenciement économique*, Dr. soc. 1992, p. 826 (concl. sous Cass. soc. 25 juin 1992) : il évoque « *le droit à l'emploi du salarié, cause juridique du droit au reclassement* ».

[670] J. KENGNE, *Recherche sur la notion de plan en droit du travail*, th. Paris X 1998, p. 91 s., qui estime que les plans, en droit du travail, constituent des garanties d'exercice des droits fondamentaux.

Voir également B. BOSSU, *La sanction d'un plan social non conforme aux dispositions légales*, Dr. soc. 1996, p. 383, spéc. p. 388 - F. GEA, *Le plan social, un acte normateur*, D. 2000, chron. p. 550.

plusieurs de ces hypothèses, des auteurs ont même suggéré que la Cour de cassation devrait se référer à ce droit à l'emploi dans les visas de ses arrêts[671].

200. - En ce qui concerne l'accès à l'emploi[672], certaines catégories de la population (jeunes de moins de 26 ans, femmes, chômeurs de longue durée) ont bénéficié d'interventions législatives pour favoriser leur accès à l'emploi. De même, et plus généralement, le droit de la formation, les contrats particuliers, les exonérations de charges sociales poursuivent le même but[673]. Parfois, les pouvoirs publics, ou les syndicats, obtiennent de l'employeur un véritable engagement d'embauche. Ainsi, la loi du 11 juin 1996, puis les lois dites Aubry I et II du 13 juin 1998 et du 19 janvier 2000 ont lié explicitement réduction conventionnelle du temps de travail, aménagement des horaires, aides publiques et embauche. C'est toute la politique de l'emploi qui s'assigne comme objectif l'accès à l'emploi du plus grand nombre, et « *l'évolution est bien dans le sens d'une recherche toujours plus ferme d'efficacité et d'effectivité du droit à l'emploi* »[674].

Et il apparaît selon nous que cette influence du droit d'obtenir un emploi sur le droit positif du travail, cette nécessité d'assurer un minimum d'efficacité au droit du salarié à accéder à un emploi, s'étend jusqu'au rôle de la volonté dans la formation de la promesse d'embauche.

Le plan social permet au droit à l'emploi de passer du statut de déclaration d'intention à celui de norme juridique.
Voir cependant A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, *Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi*, Dr. soc. 2001, p. 417.

671 T. REVET, *La liberté du travail*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 5° éd. 1999, p. 563, spéc. p. 577 - F. GEA, *Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement*, RJS 7-8/00, p. 511, spéc. n° 9, p. 515.

672 Voir F. GAUDU, *Travail et activité*, Dr. soc. 1997, p. 121, spéc. p. 122.

673 T. REVET, *La liberté du travail*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 5° éd. 1999, p. 563, spéc. p. 576 - J. PELISSIER, *L'élaboration laborieuse d'un droit du licenciement*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 349, spéc. p. 357 s. (sur « *l'aide à l'obtention d'un nouvel emploi* »).

674 T. REVET, *La liberté du travail*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 5° éd. 1999, p. 563, spéc. p. 578.

Section II - La négation du rôle de la volonté du salarié dans la promesse d'embauche

201. - Le contrat de promesse est bien connu en droit commun[675] : il s'agit d'un avant-contrat destiné à préparer, faciliter la conclusion d'un autre contrat. Le droit commun distingue plus précisément deux catégories de promesses : la promesse unilatérale de contrat et la promesse synallagmatique de contrat. La première est la convention par laquelle un individu, le promettant, s'engage envers un autre qui l'accepte, le bénéficiaire, à conclure un contrat dont les conditions sont dès à présent déterminées si celui-ci le lui demande dans un certain délai[676]. La seconde est la convention par laquelle deux personnes s'engagent l'une envers l'autre à passer plus tard tel ou tel contrat[677].

202. - La transposition en droit du travail de ces notions, lors de la conclusion du contrat de travail, et donc lors de l'accès à l'emploi, est réalisée au moyen de la promesse d'embauche. Les analyses restent relativement rares sur cette notion[678], alors que les magistrats s'y réfèrent fréquemment, spécialement ceux du second degré. Présentée comme la transcription de la promesse de contrat civiliste, elle devrait résulter par conséquent d'un accord de volontés, c'est-à-dire d'un processus conventionnel. Et il apparaît effectivement que la promesse d'embauche est une convention (§1). Cependant, à de très rares exceptions près, la volonté du salarié n'est pas caractérisée ni identifiée. Elle n'est même pas recherchée et tout se passe comme si seule la volonté de l'employeur était importante (§2). Il faudra déduire de cette absence d'incidence de la volonté

---

675 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 182 s., p. 173 s.

676 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, précités, n° 183, p. 174.

677 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, précités, n° 186, p. 178.

678 N. HAUSER COSTA, *La promesse d'embauche*, RJS 5/97, p. 331 - D. FABRE, *Les promesses d'embauche*, in *Les aspects juridiques du recrutement*, Litec 1994, p. 95 - P. L'HELIAS, *La formation du contrat de travail et les règles du droit commun des obligations*, th. Rennes 1989, p. 145 - P.-H. ANTONMATTEI, *Contrat individuel de travail - conclusion*, Juris-cl. Travail Traité, nov. 1994, Fasc. 2-22, n° 59 à 61 - P. FIESCHI-VIVET, Rép. Trav., *Contrat de travail (Existence-Formation)*, 1er janvier 1993, n° 191, p. 22.
Les ouvrages généraux n'y consacrent pas non plus une large part : quelques lignes seulement sans référence jurisprudentielle pour J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20° éd. 2000, n° 272, p. 303 ; un très bref exposé pour G. COUTURIER, *Droit du travail, 1. Les relations individuelles de travail*, PUF, 3° éd. 1996, n° 69, p. 138.
Seules les oeuvres à finalité peut-être plus professionnelle, plus pratique développent plus largement ce thème : voir par exemple Mémento Social F. Lefebvre, *Droit du travail, Sécurité sociale*, 2001, n° 4144 s., p. 502.

du salarié dans la formation de la promesse d'embauche, la consécration indirecte, en cette matière, des règles relatives au droit à l'emploi, dont le droit du travail va assurer l'efficacité.

§1 – La nature conventionnelle de la promesse d'embauche

203. - Ce caractère conventionnel de la promesse d'embauche est explicitement affirmé dans certaines décisions, transposant en cela la conception civiliste du contrat de promesse (A). Et si d'autres décisions s'éloignent de cette référence, elles ne semblent pas remettre en cause le caractère conventionnel de la promesse d'embauche, car elles concernent en réalité des situations juridiques différentes. Il s'agit alors de bien identifier cette notion de promesse d'embauche et de la différencier d'autres notions plus ou moins proches (B).

A - Les critères de la promesse d'embauche

204. - Il n'est pas question de développer ici l'ensemble des règles régissant la promesse d'embauche, mais d'étudier deux traits caractéristiques de cet acte juridique qui permettront plus particulièrement de le relier au contrat de promesse tel qu'il est connu en droit commun. Il s'agit d'une part de la nature conventionnelle de cet acte (1), et d'autre part de sa nécessaire précision quant au contrat envisagé (2).

1 - Un accord de volontés

205. - La promesse d'embauche est une convention nécessitant, par conséquent, pour sa formation, la rencontre des volontés de l'employeur et du salarié. Ce caractère conventionnel est parfois explicitement relevé par les magistrats. C'est ainsi qu'ils estiment qu'« *il ne saurait y avoir promesse ferme d'embauche dès lors que les pourparlers n'ont pas été concrétisés par un accord entre les parties* »[679] ou que « *les parties avaient convenu verbalement de renouveler le contrat* »[680].

---

[679] CA Bourges 5 avril 1991, Juris-Data n° 051395 - CA Douai 21 octobre 1988, SA Dellis Application/Breda et autres, CERIT - CA Paris 17 mars 1967, D. 67, jurispr. p. 437, note G. LYON-CAEN - CA Paris 21° ch. A 21 janvier 1997, SA Citiusnet/Didierjean, CERIT.

[680] CA Toulouse 26 mai 1995, Assoc. MJC Ancely/Melle Capel, CERIT.

Voir aussi CA Versailles 11° ch. 28 février 1994, RJS 5/94, n° 649, p. 395 : le contrat de qualification contient une clause prévoyant une promesse d'emploi - CA Versailles 11° ch. 15 novembre 1994, RJS 1/95, n° 85, p. 70 : constatation d'un accord sur la date d'entrée en fonction –

Dans ces hypothèses, le problème juridique posé est bien celui de la promesse d'embauche en tant que contrat de promesse. Il semblerait d'ailleurs que ces promesses d'embauche soient particulièrement bien identifiées lorsqu'il est promis au salarié un contrat de travail à la suite d'un stage[681] ou d'un contrat de formation par alternance[682].

206. - Cet accord de volontés ne concerne bien évidemment que la formation de la promesse d'embauche. Quant à ses effets, ils sont différents selon que la promesse est unilatérale ou synallagmatique : dans le premier cas, seule une partie à la promesse s'est irrévocablement engagée à former le contrat définitif, dans le second cas, les deux parties ont pris cet engagement. Cependant, cette distinction n'est apparemment pas reprise en droit du travail : si, dans de très rares décisions, la qualification de promesse unilatérale est apparue[683], jamais à notre connaissance il n'a été fait mention du caractère synallagmatique d'une promesse d'embauche[684].

Certes, notre étude n'a pas pour objet la volonté dans ses rapports avec les effets de l'acte juridique, c'est-à-dire avec la détermination des personnes liées par l'acte juridique, mais la promesse de contrat a ceci de particulier qu'il s'agit d'un acte juridique préparatoire à un autre acte juridique. Les effets du premier acte ont donc une portée directe sur la formation du second. Ainsi, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale dispose d'un certain délai pour lever l'option, c'est-à-dire décider de former le contrat définitif. Une seule volonté s'exprimera alors à ce moment et sera suffisante pour former la convention, puisque l'autre volonté se sera déjà manifestée lors de la conclusion de la promesse. Ceci vaut d'être mentionné car la volonté du salarié de lever l'option ne sera qu'exceptionnellement constatée : c'est ainsi que les magistrats ont admis l'existence d'une « *promesse unilatérale d'un contrat à des conditions déterminées, dont la*

CA Nancy 24 mai 2000, SA Piscines Waterair/Mignot, CERIT (date *convenue* dans la promesse d'embauche).

681 CA Douai 14 septembre 1990, SARL Sambre Viande, Me Cauet/Melle Billon, AGS, ASSEDIC, CERIT - CA Paris 21° ch. A 21 janvier 1997, SA Citiusnet/Didierjean, CERIT.

682 CA Paris 22° ch. C 4 juin 1993, RJS 8-9/93, n° 934, p. 556 - CA Versailles 11° ch. 28 février 1994, RJS 5/94, n° 649, p. 395.

683 Cass. soc. 15 octobre 1981, Bull. civ. V, n° 790, p. 587 (cette expression, utilisée par les conseillers de la cour d'appel, n'est cependant pas reprise par les conseillers de la Cour de cassation) - Cass. soc. 12 décembre 1983, D. 84, IR, 111 ; Juri Social 1984, n° 66, F 25 - CA Chambéry 22 août 1990, Mme Goitschel/Saine, CERIT.

684 A moins de déduire de cette absence de précision que la promesse d'embauche est par nature synallagmatique, l'exception étant lorsqu'elle est unilatérale. Ce serait sans doute excessif.
Sur cette alternative entre promesse unilatérale et promesse synallagmatique, voir B. GAURIAU, obs. sous Cass. soc. 6 février 2001, Dr. soc. 2001, p. 436.

réalisation était laissée à la discrétion du salarié »[685]. Il s'agit à notre connaissance de la décision la plus explicite à cet égard.

Puisque la promesse d'embauche résulte d'un accord de volontés, préparatoire à la formation d'un contrat définitif pour lequel à nouveau la rencontre de deux volontés doit être constatée, la parenté avec le contrat de promesse issu du droit commun semble évidente, et sera confirmée par la nécessaire précision de cette promesse d'embauche.

2 - La nécessaire précision des éléments du contrat définitif

207. - Dans la promesse de contrat, le promettant s'engage irrévocablement à conclure le contrat définitif dès lors que le bénéficiaire en aura exprimé la volonté (dans la promesse synallagmatique, les deux parties se sont engagées à conclure le contrat). Le promettant ne peut bien sûr s'engager à propos d'un futur contrat que s'il en connaît les principales caractéristiques[686] et, bien que ce problème ne suscite pas un abondant contentieux, il arrive que les juges estiment qu'il n'y a pas de promesse d'embauche en raison de son imprécision[687] ou au contraire, qu'il y a promesse d'embauche car tous les éléments caractéristiques du futur contrat sont précisés[688]. Dans certains cas, les juges admettent même relativement facilement le caractère précis de la promesse d'embauche[689]. Il ne semble pas néanmoins qu'il y ait sur ce point de différence sensible entre le régime de la promesse d'embauche et celui de la promesse de contrat.

---

685 Cass. soc. 12 décembre 1983, D. 84, IR, 111 ; Juri Social 1984, n° 66, F 25.

686 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 185, p. 176.

687 CA Bourges 5 avril 1991, Juris-data n° 051395 : le document ne mentionnait « *ni la nature des fonctions, ni la date d'embauche, ni la rémunération* » - CA Bourges 31 mai 1996, Fistarolo, Melle Roguet/Sté Intermarché, SA Marcom, CERIT : la lettre ne comportait « *aucun élément définissant un poste quelconque, sa rémunération, la date de son début d'occupation et son lieu d'exercice* » - de même voir CA Lyon 25 juin 1997, Lacroix/Sté Rhône-Poulenc Industrialisation, Juris-data n° 045319.

688 CA Paris 21° ch. C 1er avril 1994, RJS 7/94, n° 931, p. 555 : sont indiquées la fonction et la rémunération - CA Bourges 14 juin 1996, Collard/SARL Boulangerie Clamecycoise, CERIT : « *les mentions du poste de travail, du lieu de travail, du salaire et de la date d'entrée en fonction constituent des éléments caractérisant la promesse d'embauche* ». V. également Cass. soc. 12 décembre 1983, D. 84, IR, 111 ; Juri Social 1984, n° 66, F 25 (la « *lettre constituait la promesse unilatérale d'un contrat à des conditions déterminées* »).V. également CA Douai 15 avril 1994, SARL Club services habillement/Mme Detant, CERIT - CA Toulouse 26 juin 1998, Crayol/Association Amicale Laïque de Graulhet, CERIT – CA Douai 29 octobre 1999, Ansel/SARL La route des Indes, CERIT.

689 Cass. soc. 20 novembre 1959, Bull. civ. V, n° 1162, p. 925 - Cass. soc. 12 avril 1995, Gaz. Pal. 1995, pan. p. 126 ; CSBP 1995, n° 71, S. 94, p. 203 - CA Paris 18° ch. D 17 décembre 1996, SARL Film/Mme Morante ép. Claisse, CERIT – CA Angers 24 janvier 2000, Tremblays/CGEA Rennes et a., CERIT.

La promesse d'embauche semble *a priori* constituer la transposition de la promesse de contrat issue du droit commun. Puisqu'il s'agit d'une convention, la négation du rôle de la volonté du salarié mettra en évidence la contradiction du droit du travail avec la théorie générale de l'acte juridique. Néanmoins, il faut auparavant, pour s'assurer de la réelle nature conventionnelle de la promesse d'embauche, bien déterminer les cas dans lesquels le litige concernait vraiment une promesse d'embauche. Une identification précise de ce concept de promesse d'embauche en jurisprudence est alors indispensable.

B - Identification de la promesse d'embauche

208. - Il est apparu tout au long de nos recherches que le concept de promesse d'embauche était parfois abusivement utilisé, ne correspondant pas exactement à la qualification réelle de la situation juridique. Il faut donc préciser ces risques de confusion avant d'étudier de manière plus approfondie la promesse d'embauche. Il semblerait que ces confusions s'opèrent principalement avec, d'une part, l'offre de contrat de travail (1), et, d'autre part, le contrat de travail lui-même (2).

1 - La confusion avec l'offre de contrat de travail

209. - Il arrive parfois que la qualification de promesse d'embauche soit utilisée alors que celle d'offre serait plus pertinente. Dans certaines décisions en effet, les circonstances de fait laissent penser qu'aucune convention, et donc aucune promesse d'embauche, n'a été conclue et que seule une proposition de l'employeur peut être constatée[690]. Dans certains cas surtout, les juges semblent même utiliser indifféremment la notion de promesse d'embauche et d'offre de contrat[691].

---

[690] CA Rennes 22 septembre 1994, Dahan/SARL ISEG, CERIT – CA Reims 30 août 2000, SA Ravage/ Gonzales, CERIT.

[691] Cass. soc. 12 décembre 1983, Juri-social 1984, F 25, n° 66 ; D. 1984, IR, p. 111 - CA Nîmes 28 janvier 1988, Sté Drouilles et Ginart/Jordan, CERIT - CA Versailles 15° ch. A 15 novembre 1994, RJS 4/95, n° 465, p. 310. V. en parallèle, dans le cadre d'une transaction, la décision d'une cour d'appel selon laquelle une promesse de l'employeur de verser une indemnité transactionnelle de licenciement s'analyse en une proposition de transaction. Ici aussi, les termes « *promesse* » et « *offre* » sont utilisés comme quasi synonymes : CA Chambéry 23 avril 1990, SA Jaeger/Dancre, CERIT.

Une autre illustration de la confusion avec l'offre est la nécessaire fermeté[692], selon les magistrats, de la promesse d'embauche alors que la fermeté est plutôt un critère qui est vérifié à propos de l'offre.

Par ailleurs, certaines décisions font état de promesse d'embauche qui n'ont pas encore été acceptées par leur bénéficiaire[693]. Mais tant qu'il n'y a pas d'acceptation du contrat de promesse, la promesse d'embauche n'est pas formée. Il semblerait donc qu'ici aussi, il s'agisse en réalité d'une offre[694].

En outre, la confusion entre la promesse d'embauche et l'offre est souvent le fait des éditeurs et rédacteurs de revues de jurisprudence, en particulier dans les abstracts figurant en tête des décisions présentées. Ainsi, alors qu'ils y évoquent la promesse d'embauche, ce terme ne figure pas dans la décision dont le problème juridique concerne plus certainement l'offre[695].

2 - La confusion avec le contrat de travail définitif

210. - En tant qu'avant-contrat, il est prévisible que la promesse soit très proche du contrat définitif. Il a déjà été précisé qu'à cette fin, elle devait notamment comporter les principales caractéristiques de ce futur contrat. Ces deux conventions ne se confondent pas pour autant et présentent chacune des particularités[696], plus marquées il est vrai dans le cas de la promesse unilatérale de contrat où la volonté du bénéficiaire vis-à-vis du contrat définitif n'a pas encore été exprimée, que dans le cas de la promesse synallagmatique de contrat où les deux parties sont d'accord pour conclure le contrat mais conviennent d'en reporter la formation. Il est alors parfois délicat de distinguer la promesse synallagmatique du contrat définitif[697].

---

692 V. N. HAUSER COSTA, *La promesse d'embauche*, RJS 5/97, p. 331, spéc. p. 334. CA Bourges 13 septembre 1996, Ta Hue Na/SA PLB, CERIT - CA Nancy 14 décembre 1994, Jacquot/SARL Publi Deco, CERIT - CA Douai 29 octobre 1999, RJS 1/00, n° 135, p. 90.

693 V. par ex. Cass. soc. 7 mars 1990, Doucin/Weber, Juris-data n° 001080.

694 A moins de considérer que cette acceptation est en réalité la levée de l'option.

695 CA Montpellier 28 novembre 1991, RJS 3/92, n° 382, p. 226 - CA Paris 22° ch. C 21 juin 1994, 21° ch. C 8 juillet 1994, 22° ch. A 8 juin 1994, RJS 11/94, n° 1242, p. 749 - CA Versailles 11° ch. 1er février 1995, RJS 4/95, n° 466, p. 310 - CA Versailles 5° ch. 5 novembre 1996, RJS 4/97, n° 502, p. 326 - CA Montpellier 12 janvier 2000, RJS 4/00, n° 476, p. 330.

696 La confusion est peut-être entretenue par le fait que la compétence du conseil de prud'hommes est également retenue en matière de promesse d'embauche (Cass. soc. 27 février 1997, Cah. prud'h. 1997, p. 133).

697 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 186, p. 178.

211. - En tout état de cause, en droit du travail, il est des cas où la relation juridique entre deux personnes est bien celle née d'un contrat de travail alors qu'est évoquée une promesse d'embauche. Comme la jurisprudence travailliste ne distingue apparemment pas la promesse unilatérale de la promesse synallagmatique[698], il n'est donc pas possible de savoir si la confusion entre la promesse d'embauche et le contrat de travail intervient plus fréquemment dans la seconde situation que dans la première.

Il faut d'emblée remarquer que la confusion est faite lorsqu'un contrat de travail à terme a été en réalité conclu. Les parties se sont mises d'accord sur la prestation de travail et sa rémunération[699], et sur le fait que l'exécution de ce travail ne débutera qu'à une date précise ou lorsqu'un événement surviendra. Le contrat de travail est alors affecté d'un terme ou d'une condition. Mais il est bel et bien conclu et il n'y a aucune raison de retenir la qualification de promesse d'embauche. C'est pourtant ce qui arrive parfois en jurisprudence[700], non sans que ponctuellement certaines décisions n'expriment énergiquement un retour vers plus de rigueur dans l'analyse[701], en différenciant plus nettement ces deux actes juridiques. Cette confusion reste néanmoins ancrée dans les esprits au point que les abstracts, les résumés voire les observations qui accompagnent la publication de ces décisions évoquent une promesse d'embauche alors que la décision paraît concerner plus sûrement un contrat de travail[702].

---

698 Aux exceptions notables, mais isolées, de Cass. soc. 15 octobre 1981, Bull. civ. V, n° 790, p. 587 et de Cass. soc. 12 décembre 1983, D. 84, IR, 111. V. également CA Chambéry 22 août 1990, Mme Goitschel/Saine, CERIT.

699 Ce qui en principe est suffisant pour dire que le contrat est conclu par la rencontre des consentements sur les éléments objectivement essentiels. *Cf. infra* n° 240 s.

700 CA Angers 2 juin 1992, Allain/Association IFEAP, CERIT : la cour évoque successivement une promesse d'engagement puis un contrat de travail à terme - CA Dijon 25 février 1999, RJS 7/99, n° 1009, p. 618 : le salarié a accepté l'offre d'embauche. Puis, selon les juges, l'employeur rétracte cette promesse, alors qu'ils devraient évoquer le contrat de travail ainsi formé.
CA Chambéry 22 août 1990, Mme Goitschel/Saine, CERIT - CA Nancy 10 septembre 1990, ép. Maire/Horcholle, CERIT - CA Paris 21° ch. B 28 novembre 1991, RJS 3/92, n° 381, p. 226 : il est fait référence à une promesse alors que le contrat est déjà conclu - CA Nancy 29 juin 1992, Conte, Greffin/SA Industrie Bureau Interim, CERIT : les juges évoquent une promesse d'embauche mais constatent ensuite que le contrat de travail avait été signé. - CA Paris 21° ch. C 6 mai 1993, RJS 7/93, n° 818, p. 475 - CA Montpellier 6 mai 1997, RJS 10/97, n° 1183, p. 732 – CA Douai 31 mai 2000, Nuytten/SARL IWD, CERIT.

701 CA Versailles 11° ch. 6 juin 1995, RJS 8-9/95, n° 983, p. 633 - CA Versailles 11° ch. 3 octobre 1995, RJS 1/96, n° 90, p. 58 - CA Versailles 11° ch. 21 février 1996, RJS 4/96, n° 485, p. 296.

702 Cass. soc. 24 mai 1960, Bull. civ. IV, n° 559, p. 433 - Cass. soc. 25 mars 1985, Bull. civ. V, n° 203, p. 146 - Cass. soc. 5 décembre 1989, RJS 1/90, n°1, p. 9 - Cass. soc. 2 mars 1993, JCP 93, éd. E, II, n° 513, p. 286, note C. HOCHART - CA Dijon 20 décembre 1994, RJS 5/95, n° 596, p. 391 - CA Nîmes 19 avril 1994, RJS 11/94, n° 1243, p. 749 - CA Paris 22° ch. A 28 février 1996, RJS 6/96, n° 746, p. 469 - CA Versailles 11° ch. 12 juillet 1993, RJS 12/93, n° 1173, p. 705 - CA Versailles 15° ch. 21 avril 1995, RJS 8-9/95, n° 984, p. 633.

212. - De l'étude de la jurisprudence il est donc possible de déduire que la promesse d'embauche constitue une convention nécessitant en principe la rencontre entre deux volontés, celle de l'employeur et celle du salarié.

Cependant, la volonté du salarié ne sera qu'exceptionnellement caractérisée. Et même dans ce cas, il apparaît en réalité que la constatation par les magistrats d'un accord de volontés n'est qu'incidente, en ce sens que dans les espèces concernées, un accord de volontés était bel et bien intervenu, et les juges ne pouvaient alors que le mentionner. Mais l'absence d'un tel accord n'aurait pas empêché, selon nous, qu'ils caractérisent une promesse d'embauche, car cette qualification est souvent retenue sans aucune caractérisation de la volonté du salarié. Le rôle de celle-ci apparaît par conséquent bel et bien nié en cette matière.

§2 - La négation du rôle de la volonté du salarié

213. - Non seulement cette volonté n'est pas identifiée, mais il n'est pas possible d'induire de cette absence d'identification simplement une fiction, telle que cette hypothèse a déjà pu être présentée[703]. En effet, il ne s'agit pas d'un problème d'interprétation du comportement du salarié qui vaudrait manifestation de sa volonté, puisqu'il n'est même pas fait référence à cette éventualité. C'est cette absence de référence à la volonté du salarié qu'il faut d'abord caractériser (A), avant d'établir que cette particularité de la formation de la promesse d'embauche est clairement transcrite dans les termes utilisés (B).

A - L'absence de référence à la volonté du salarié

214. - Cette carence apparaîtra à deux niveaux : celui de la formation de la promesse d'embauche (1), et celui de la levée de l'option entraînant formation du contrat définitif (2).

1 - Absence de volonté du salarié et formation de la promesse d'embauche

215. - Très souvent, les juges vont déduire l'existence d'une promesse d'embauche d'une lettre, d'une correspondance quelconque émanant de

---

[703] *Cf. supra* n° 13.

l'employeur et de laquelle ressort son engagement d'embaucher le candidat-salarié[704]. N'est ainsi constatée que la seule volonté de l'employeur et non celle nécessaire du candidat-salarié au contrat de promesse d'embauche. Une illustration caractéristique de ce type d'analyse est donnée par un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 12 avril 1995[705] : est cassée la décision d'une cour d'appel qui avait débouté un salarié de sa demande de réparation du préjudice subi du fait de la rupture d'une convention au motif que l'acte litigieux, une lettre signée par le gérant de la société, « *ne contenait qu'une simple offre d'emploi que l'intéressé n'établissait pas avoir acceptée* », alors que, selon la Cour de cassation, « *l'engagement pris par la société s'analysait en une promesse d'emploi* ».

Il est possible que la volonté du salarié soit implicitement admise : face à l'offre de promesse de l'employeur, le bénéficiaire accepte cette offre, sinon expressément, du moins tacitement voire par son silence[706], ce qui forme la promesse. Cette explication apparaît néanmoins un peu artificielle car le mode de manifestation de la volonté n'est pas abordé dans les décisions relatives à la promesse d'embauche, et quand bien même la volonté du salarié serait implicite, ceci n'explique pas pourquoi son existence n'est pas caractérisée.

Il est également possible que ces différentes lettres émanant de l'employeur ne font que récapituler un accord informel préalable[707]. Mais les décisions ne sont guère explicites à ce sujet.

2 - Absence de volonté du salarié et formation du contrat définitif

216. - Une fois la promesse conclue, et si cette promesse est unilatérale, son bénéficiaire, qui en jurisprudence est majoritairement le salarié, dispose d'une option qu'il a la faculté de lever. Cette levée de l'option est le mécanisme par lequel le salarié manifeste sa volonté de

---

[704] CA Bourges 10 novembre 1995, Boucher/SA Vierzon Distribution Centre E. Leclerc, CERIT : « *l'attestation au terme de laquelle l'employeur certifie employer l'intéressé (...) constitue une promesse d'embauche* ». L'attestation est par nature un acte unilatéral. V. également CA Nancy 23 septembre 1991, Rollin/Nebot, CERIT - CA Nancy 13 octobre 1993, Lemaire/Soulière, ONF, CERIT.
Voir également CA Grenoble 14 décembre 1988, SA Kis/Baumgartner, CERIT - CA Nancy 24 avril 1995, Olivier/SARL Boulanger, CERIT - CA Montpellier 26 avril 1995, Mme Mellis/Le GIE Pierre et Vacances Régions, CERIT - CA Bourges 24 janvier 1997, SIVOM de Pouilly-sur-Loire/Rahalevicz, CERIT.

[705] Cass. soc. 12 avril 1995, Gaz. Pal. 1995, pan. p. 126 ; CSBP 1995, n° 71, S. 94, p. 203.

[706] *Cf. infra* n° 502 s.

[707] Comme c'est parfois le cas pour le contrat de travail lui-même : par ex. Cass. soc. 2 mars 1993, JCP 93, éd. E, II, n° 513, p. 286, note C. HOCHART.

conclure le contrat définitif. A défaut, le contrat de travail ne sera pas formé. Ce régime civiliste de la promesse de contrat n'est pas explicitement transposé en droit du travail. D'une part en effet, les termes « *levée de l'option* » et « *bénéficiaire de la promesse* » n'apparaissent pas en jurisprudence, et d'autre part, au-delà de la simple reprise d'un vocabulaire spécifique, quant au fond du droit, il n'est jamais rappelé que le salarié a une option, qu'il peut arbitrer entre deux attitudes différentes. D'ailleurs, si l'existence de la volonté du salarié n'est presque jamais constatée lors de la conclusion de la promesse d'embauche, c'est encore plus rare en ce qui concerne la levée de l'option, c'est-à-dire la formation du contrat définitif[708]. Le problème ne semble pas se poser en jurisprudence alors qu'est en jeu l'existence même du contrat projeté.

217. - Deux explications peuvent être avancées qui ne sont cependant pas totalement satisfaisantes.

D'une part, il se peut qu'ici aussi ce soit une simple question de manifestation de la volonté et non pas de son existence. Par exemple, on pourrait admettre que le fait pour le salarié de se présenter sur son lieu de travail vaut implicitement levée de l'option. Mais, comme pour la conclusion de la promesse, cet argument est artificiel puisqu'il n'est jamais avancé par les juridictions et qu'au lieu de constituer l'exception, il serait la règle.

D'autre part, il serait possible que les promesses d'embauche soient, dans leur grande majorité, des promesses synallagmatiques : le consentement de chacune des parties au contrat définitif est acquis, la formation de ce contrat étant seulement reportée dans le temps. Cette explication ne devrait cependant pas être admise car, alors que dans quelques cas les magistrats qualifient la promesse d'embauche de promesse unilatérale[709], jamais à notre connaissance il n'a été fait mention du caractère synallagmatique d'une promesse d'embauche.

Cette négation du rôle de la volonté du salarié est d'ailleurs révélée par les termes utilisés, à la fois par les magistrats et par les auteurs.

---

[708] Cass. soc. 12 décembre 1983, D. 84, IR, 111 ; Juri Social 1984, n° 66, F 25 : les magistrats constatent l'existence d'une « *promesse unilatérale d'un contrat à des conditions déterminées, dont la réalisation était laissée à la discrétion du salarié* ».

[709] Cass. soc. 15 octobre 1981, Bull. civ. V, n° 790, p. 587 (cette expression, utilisée par les conseillers de la cour d'appel, n'est cependant pas reprise par les conseillers de la Cour de cassation) - Cass. soc. 12 décembre 1983, D. 84, IR, 111 ; Juri Social 1984, n° 66, F 25 - CA Chambéry 22 août 1990, Mme Goitschel/Saine, CERIT. Ces arrêts ont déjà été cités note 160.

B - Le vocabulaire employé

218. - Le vocabulaire utilisé en droit du travail pour désigner le contrat de promesse est différent de celui en usage en droit commun. Est en effet utilisée l'expression « *promesse d'embauche* ».

Aucune source doctrinale parmi celles précitées ne mentionne l'origine de cette dénomination[710], qui d'ailleurs ne semble susciter aucune interrogation. Pourtant, ces mêmes auteurs font expressément le lien entre la promesse d'embauche et la promesse de contrat du droit commun, dont la promesse d'embauche ne serait que l'application particulière à la conclusion du contrat de travail.

Mais alors pourquoi l'expression « *promesse de travail* », « *promesse de contrat de travail* »[711] ou mieux encore « *contrat de promesse de contrat de travail* » n'est-elle pas employée à la place de « *promesse d'embauche* », qui apparaît plus spécifique au droit du travail ? Ceci transcrit-il une adaptation de la notion civiliste de promesse de contrat en droit du travail ? Après tout, si l'appellation change, il y a peut-être là une indication selon laquelle le régime voire la notion elle-même seraient différents. Il faut évidemment être prudent. Un changement dans le vocabulaire utilisé ne saurait à lui seul justifier une telle affirmation. Mais le terme utilisé est tout de même significatif, surtout si l'on a à l'esprit le constat selon lequel le régime de la promesse d'embauche fait peu de cas de son caractère conventionnel et qu'est surtout caractérisée la volonté de l'employeur.

219. - En effet, l'utilisation de l'expression « *promesse d'embauche* », et non de celle de « *promesse de travail* » ou de « *promesse de contrat de travail* », va dans le même sens : alors que le terme « *travail* » est neutre car il caractérise le travail fourni par le salarié en échange de sa rémunération ou le travail procuré par l'employeur, le terme « *embauche* » ne traduit plus que le seul engagement de l'employeur. L'embauchage est défini comme

---

[710] On trouve beaucoup plus rarement les expressions « *promesse d'emploi* » (Cass. soc. 12 avril 1995, Gaz. Pal. 1995, pan. p. 126 ; CSBP 1995, n° 71, S. 94, p. 203 - CA Nîmes 28 janvier 1988, Sté Drouilles et Ginart/Jordan, CERIT - CA Rennes 18 décembre 1984, SA Prestec/Le Hay Christian, CERIT) ou « *promesse d'engagement* » (CA Angers 2 juin 1992, Allain/Association IFEAP, CERIT).
Ces deux termes vont encore plus dans le sens d'un engagement unilatéral de l'employeur.

[711] Dans quelques cas cependant, mais ils restent très isolés, la notion de « *promesse unilatérale de contrat de travail* » a été utilisée : Cass. soc. 15 octobre 1981, Bull. civ. V, n° 790, p. 587 - Cass. soc. 12 décembre 1983, D. 84, IR, 111 ; Juri Social 1984, n° 66, F 25 - voir également CA Chambéry 22 août 1990, Mme Goitschel/Saine, CERIT.

« *l'engagement d'un salarié par un employeur, normalement par la conclusion d'un contrat de travail* »[712]. L'embauche vise l'acte d'employer, à la charge de l'employeur. Pour un éminent auteur, « *le droit du travail parle d'embauche ou d'embauchage, ce qui a l'avantage de refléter plus justement la réalité, à savoir que l'occupation d'un poste de travail paraît dépendre d'une décision unilatérale de l'entreprise : embauchage s'opposant à débauchage (...). En réalité, l'embauchage n'est que l'acceptation par l'employeur d'une offre de travail. L'embauchage au sens juridique est un acte bilatéral* »[713].

Mais l'emploi de ce terme en matière de promesse d'embauche semble mettre en exergue l'obligation qui pèse sur l'employeur au détriment de celle qui incombera au salarié lorsque le contrat définitif sera conclu. La logique contractuelle s'efface alors au profit d'une conception statutaire dérivant du droit à l'emploi. L'accès à l'emploi est facilité par la caractérisation très souple de la promesse d'embauche. Dès que l'employeur met en œuvre de manière explicite un processus avancé de recrutement d'un salarié déterminé, ce salarié se voit conférer, grâce au droit à l'emploi, le droit de se prévaloir d'une promesse d'embauche.

Conclusion du Chapitre II

220. – La conclusion du contrat de travail est évidemment primordiale en droit du travail, car cet acte est déclencheur du statut impératif et, surtout, il permet d'assurer au salarié un certain accès à l'emploi. A cette fin, bien que soit périodiquement affirmé le caractère conventionnel de la promesse d'embauche, le rôle de la volonté du salarié n'apparaît guère déterminant dans la formation de cet acte, puisque les magistrats se dispensent assez facilement de sa vérification.

Même si cette proposition n'est qu'exploratoire et n'est pas confirmée explicitement par la jurisprudence, il nous semble bien que la raison de cette négation réside dans le fait que le droit du travail commence à donner un contenu concret au droit à l'emploi. C'est plus particulièrement l'accès à l'emploi qui se voit ainsi conférer une certaine densité, une concrétisation. Or, c'est précisément dans l'accès à l'emploi que le droit à l'emploi prend toute sa dimension.

---

712 G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6° éd. 1996, v° *embauchage*.

713 G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Documentation française, 1992, n° 19, p. 19.

221. - On peut remarquer que l'efficacité du droit à l'emploi serait parfaitement assurée si le salarié, par sa seule volonté, pouvait décider de son accession à un emploi. Le droit positif ne s'est pas engagé dans cette voie et il est impensable qu'il le fasse un jour. En effet, même si le contrat de travail n'est considéré que comme un acte condition, générant des relations de type institutionnel entre employeurs et salariés[714], il n'en reste pas moins que le concours de deux volontés est nécessaire pour que cet acte soit formé[715]. En tout état de cause, la volonté de l'employeur est impérativement requise. Ce serait sinon la liberté contractuelle de l'employeur qui serait très sévèrement atteinte.

En réalité, pour garantir l'efficacité du droit à l'emploi, et plus particulièrement du droit à l'accès à un emploi, la volonté ne représente pas un levier important pour le droit du travail. Son champ d'application couvre en effet seulement la promesse d'embauche. L'occasion d'agir ne lui a cependant pas échappé.

Conclusion du Titre II

222. - *L'efficacité avant tout*, tel semble être le credo du droit du travail en cette matière. En effet, il manifeste ici une indifférence totale au rôle de la volonté dans la formation de deux actes juridiques qui appartiennent à deux sphères opposées, l'une institutionnelle, l'autre contractuelle. La nécessité de construire un statut cohérent et d'assurer en ce sens l'efficacité de certaines normes prime toute considération de la structure ou de la nature de l'acte litigieux.

Les normes en question sont soit très bien identifiées (le droit du licenciement), soit encore à un stade d'ébauche quant à leur normativité réelle (le droit à l'emploi). Il en résulte que le droit du travail privilégie avec plus de netteté l'efficacité de la première que celle de la seconde. Cependant, le mécanisme reste le même et réside bien dans la contradiction directe avec la théorie générale de l'acte juridique.

---

[714] P. DURAND, R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. I, Dalloz 1947, n° 171 s., t. 2, n° 114 s.

[715] *Cf. supra* n° 3.

Conclusion de la Partie I

223. - La dimension statutaire du droit du travail s'exprime par des règles spécifiques qui régissent cette matière. Elles encadrent le pouvoir de l'employeur et la subordination du salarié. Pour maintenir la cohérence de ce statut, et l'orienter, dans une certaine mesure, vers une meilleure préservation des intérêts du salarié, le droit du travail tend à faire prévaloir ces normes. Il en favorise dès lors à la fois la formation et l'efficacité, quitte à heurter de front la théorie générale quant au rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique. Le droit du travail « *impose sa loi* », ce qui produit des conséquences directes sur le rôle de la volonté dans des actes extrêmement divers, dans lesquels la volonté a une destination collective ou individuelle, qui appartiennent plutôt à la sphère contractuelle ou plutôt à la sphère institutionnelle. Malgré le caractère isolé de ces exemples, la portée de la démonstration est donc générale. Il n'est pas impossible qu'une telle contrariété avec la théorie générale se reproduise à propos d'autres actes juridiques. Il serait cependant difficile de préciser à quel moment et pour quel acte juridique.

Cette démonstration amène également à repenser la théorie générale de l'acte juridique elle-même, dans la mesure où elle a révélé, en droit du travail, son inaptitude à englober tous les actes juridiques. Cette question a déjà suscité des interrogations quant au rôle réel de la volonté. Dans cette optique, il a été notamment proposé que le critère catégoriel de l'acte juridique ne soit plus la volonté mais la cause[716]. Selon un auteur, la qualification d'acte juridique résulte « *de toute situation nouvelle établissant une combinaison de la volonté et d'éléments objectifs en vue de produire un résultat de droit destiné à satisfaire un besoin individuel ou plus largement une fin particulière à un ou plusieurs sujets ; sans qu'il soit à distinguer selon que l'acte a ou non sa source dans une manifestation de leur volonté* »[717]. Mais il s'agit alors de déterminer les liens entre la volonté et les effets de droit[718], et c'est la cause qui assure ce lien. Combiner les éléments objectifs et la volonté impose toujours la prise en considération de la volonté. La volonté reste nécessaire, elle joue toujours un rôle dans la formation de l'acte juridique. La recherche en ce domaine n'est pas close.

---

[716] J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Préf. de P. Raynaud, LGDJ 1971, Bibl. dr. priv. t. 117, n° 155 s., p. 274 s., spéc. n° 159, p. 282 : le critère de l'acte juridique est la cause en tant que « *lien entre la volonté et les éléments objectifs de l'acte juridique* ».

[717] G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 106, p. 105.

[718] *Cf. supra* n° 10 s.

Le droit du travail contribue en tout état de cause à infléchir le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique, en remettant en cause la théorie générale de l'acte juridique.

Il n'en reste pas moins que la volonté joue toujours un rôle important dans la formation de l'acte juridique en droit du travail. Mais même lorsque cette volonté est caractérisée, la spécificité des normes applicables produit encore des effets significatifs sur cette volonté. La confrontation entre les théories statutaire et contractuelle du rapport d'emploi génère des règles propres au droit spécial, qui manifeste dès lors une *autonomie* flagrante par rapport au droit commun, c'est-à-dire le droit des obligations, en infléchissant cette fois le *régime de la volonté* dans la formation de l'acte juridique.

PARTIE II - INFLECHISSEMENT DU REGIME DE LA VOLONTE DANS LA FORMATION DE L'ACTE JURIDIQUE

224. - Lorsque, conformément à la théorie générale de l'acte juridique, la volonté joue un rôle dans la formation de l'acte juridique en droit du travail, la question se pose ensuite de savoir comment est appréhendé le *régime* de cette volonté. Par régime, nous entendons l'ensemble des règles et conditions à respecter pour que la volonté soit juridiquement efficace, c'est-à-dire pour qu'elle conduise à la formation d'un acte juridique[719]. Le droit des obligations a identifié ces questions par la vérification de la détermination (l'existence, l'extériorisation) et de l'intégrité (les caractères libre et éclairé) de la volonté[720]. En d'autres termes, il faut d'abord établir que la volonté a bien été émise, puis qu'elle n'a pas été viciée.

Le droit du travail est dans un lien de filiation avec le droit des obligations. Il constitue le droit spécial par rapport à ce droit commun. Etudier la transposition en droit du travail de règles issues du droit commun permet alors de mesurer l'autonomie du droit spécial, c'est-à-dire sa capacité à se structurer autour de règles propres, aménageant celles du droit des obligations ou s'y substituant[721]. L'examen du régime de la volonté dans la formation de l'acte juridique en droit du travail s'inscrit ainsi dans l'évaluation de l'autonomie de cette branche du droit par rapport au droit commun.

225. - A nouveau, l'ambivalence du rapport d'emploi, la confrontation entre ses dimensions contractuelle et statutaire vont modifier

---

[719] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6° éd. 1996, *v° régime* : « *système de règles considéré comme un tout, soit en tant qu'il regroupe l'ensemble des règles relatives à une matière, soit en raison de la finalité à laquelle sont ordonnées les règles (corps cohérent de règles)* ».

[720] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, p. 83 à p. 155 - J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, p. 248 à p. 650 -F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, p. 96 à p. 248 - G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey 2° éd. 1988, p. 92 à p. 170.

[721] *Cf. supra* n° 25 s.

la perception par le droit du travail du régime de la volonté tel qu'il est établi en droit commun. L'idée de protection de la volonté du salarié est évidemment très présente ici. En effet, il apparaît contradictoire d'instituer la subordination du salarié, et donc de sa volonté, et dans le même temps de vouloir assurer l'intégrité et plus particulièrement la liberté de cette volonté. Soumis au pouvoir de direction de l'employeur, le salarié peut être contraint à former des actes juridiques alors que tel n'est pas son intérêt. En outre, cette contrainte peut résulter non pas seulement de la subordination juridique du salarié envers l'employeur, mais également de sa dépendance économique[722]. Ainsi, globalement, la crainte du candidat salarié de ne pas être recruté, celle du salarié de perdre son emploi, d'en voir modifier les conditions ou d'être sanctionné, sont susceptibles de les amener à former un acte juridique qui leur sera défavorable. Le droit du travail a évidemment pris en compte cette dérive possible, notamment par le renforcement des moyens de contrôle des caractères déterminé et intègre de sa volonté.

En sens inverse, grâce au pouvoir de direction qui résulte de son statut et grâce aux moyens matériels, intellectuels et humains qu'il peut le cas échéant mobiliser dans le cadre de sa puissance économique, l'employeur dispose d'outils juridiques et économiques significatifs, suffisants pour assurer le respect de l'intégrité de sa volonté. Il est même à craindre qu'il ne détourne ces moyens au détriment du salarié. Le droit du travail est alors conduit à encadrer strictement leur mise en œuvre, ce qui permettra de préserver les intérêts du salarié, sans toutefois perdre de vue l'intérêt de l'entreprise[723].

226. - Cette divergence d'approche ne peut évidemment qu'avoir des répercussions sensibles sur la manière dont le droit du travail transpose le régime de la volonté issu du droit commun. En effet, le droit des obligations a été conçu comme un droit abstrait gouvernant les liens entre des personnes placées sur un pied d'égalité, même si dès 1804 ce postulat devait déjà être nuancé. Il apparaît par conséquent inadapté[724] au rapport hiérarchique de travail[725]. Le régime de la volonté issu du droit commun,

---

[722] *Cf. supra* n° 20.

[723] *Cf. supra* n° 30.

[724] Cette inadaptation est également apparue en d'autres matières (droit de la consommation...), mais elle est particulièrement marquée en droit du travail.

[725] A. SUPIOT, *Critique de droit du travail*, PUF 1994, p. 14 s. et p. 115 s. Selon cet auteur, l'inégalité est le produit d'une comparaison objective entre des situations de fait, alors que la hiérarchie désigne toujours un lien de droit. Il est dès lors plus juste d'évoquer la hiérarchie juridique plutôt que l'inégalité juridique.

qui matérialiserait la conception contractuelle du rapport d'emploi, subit dès lors un très net infléchissement.

Le régime de la volonté est composé de nombreuses règles, de notions qui, assemblées, permettent de s'assurer de la détermination et de l'intégrité de cette volonté. Par exemple, pour que la volonté soit éclairée, il faut s'assurer qu'il n'y a eu ni erreur, ni dol, ni violation d'une quelconque obligation d'information. Trois notions, obéissant à des règles propres, sont ainsi mobilisées pour qu'un pan du régime de la volonté soit vérifié. Notre objectif est d'établir l'infléchissement du régime de la volonté à travers l'étude de ces différentes notions.

L'infléchissement subi par le droit commun présente une portée significative. En effet, il affecte l'*intégralité* du régime de la volonté, que ce soit à propos de la détermination de la volonté ou à propos de son intégrité. En outre, il ne s'agit pas d'étudier le régime particulier de la volonté dans un acte juridique spécifique, c'est-à-dire vérifier la détermination et l'intégrité de la volonté de l'agent pour cet acte juridique. Il s'agit d'opérer de manière plus fondamentale, de partir des notions qui sont à la base de l'étude globale du régime de la volonté, quel que soit l'acte juridique considéré, afin d'en tirer des lignes directrices dont la portée est susceptible d'être généralisée à tous les actes juridiques en droit du travail.

Bien sûr, il est inévitable que certaines notions composant le régime de la volonté subissent directement l'influence de l'acte juridique particulier dans le cadre duquel elles sont mises en oeuvre[726]. Mais même dans ce cas, il peut s'avérer légitime d'inscrire ces hypothèses dans une perspective plus globale.

227. - L'infléchissement subi par le droit commun, du fait de sa portée significative et générale, renforce indéniablement la vigueur de l'autonomie du droit du travail par rapport au droit commun. Il confère à cette autonomie une ampleur qui ne s'est que rarement manifestée avec tant de force. En effet, les manifestations les plus marquantes, et les plus étudiées, de l'autonomie du droit du travail affectent soit des notions bien précises, telles que la force obligatoire du contrat, soit des actes juridiques particuliers, tels que les modes de rupture du contrat de travail[727]. Au contraire, en ce qui concerne le régime de la volonté, l'autonomie du droit

---

[726] Nous citerons simplement ici comme exemple l'erreur sur l'objet de la contestation qui est une notion spécifique à la transaction, *cf. infra* n° 437 s.

[727] *Cf. supra* n° 31.

du travail apparaîtra au travers d'une multitude de notions régissant la volonté dans la formation de l'acte juridique en général.

228. - Cet infléchissement apparaît selon deux axes parfaitement complémentaires. D'une part, le droit du travail va agir directement sur des notions composant le régime de la volonté en les transformant. D'autre part, lorsqu'une telle modification n'est pas opérée, le droit du travail manifeste tout de même son autonomie en agissant sur l'utilisation de ces notions. Leur mise en œuvre est en effet directement fonction de la qualité de l'auteur de la volonté, mettant ainsi en exergue, de manière générale et originale, l'opposition entre le salarié et l'employeur. Certes, le droit commun connaît également une différenciation du régime de la volonté selon son auteur. L'autonomie du droit du travail ne résulte cependant pas dans cette hypothèse du *principe* d'une telle différenciation, mais de sa *généralité*. En effet, elle transcendera les différents actes juridiques pour concerner des pans entiers du régime de la volonté.

En premier lieu, le droit du travail transforme certains éléments participant du régime de la volonté. Ces différentes notions, qui régissent la volonté en droit commun, sont certes transposées en droit du travail mais en ayant subi de profonds changements. L'infléchissement opéré porte donc directement sur les techniques juridiques permettant de vérifier la détermination et l'intégrité de la volonté. Ces notions subissent ainsi une modification soit de leurs conditions d'application, soit de leur champ d'application. Il s'agit alors d'une *absorption*[728] par le droit du travail de notions régissant la volonté (**Titre I**).

En second lieu, d'autres notions régissant la volonté ne sont modifiées ni dans leur champ d'application, ni dans leurs conditions d'application. Le droit du travail les accueille sans les transformer. L'autonomie du droit du travail se manifestera alors à travers l'utilisation même de ces notions. La confrontation entre les dimensions statutaire et contractuelle du rapport d'emploi se résoudra, non pas par la transformation

---

[728] C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préface de J. Hauser, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv., t. 282, n° 25, p. 19, et n° 518, p. 328, qui utilise le terme *absorption* pour illustrer la réception et la transformation par le droit du travail d'une notion issue du droit commun, la responsabilité civile. V. également C. RADE, note sous Cass. soc. 20 janvier 1998, D. 98, p. 350 (sur l'absorption de la résiliation judiciaire du contrat de travail par le droit du licenciement) et C. RADE, *A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique*, Dr. soc. 1999, p. 3, sur l'absorption du droit disciplinaire par la logique contractuelle.

de ces notions, mais par *leur utilisation différenciée selon l'auteur de la volonté* (**Titre II**).

TITRE I - L'ABSORPTION DE NOTIONS REGISSANT LA VOLONTE

TITRE II - L'AUTEUR DE LA VOLONTE - CRITERE DE L'UTILISATION DE NOTIONS REGISSANT LA VOLONTE

TITRE I – L'ABSORPTION DE NOTIONS REGISSANT LA VOLONTE

229. - Le droit commun met en oeuvre des notions qui permettent de vérifier la détermination et l'intégrité de la volonté afin que celle-ci soit apte à produire des effets juridiques[729]. Il en va ainsi, par exemple, de l'offre, de l'acceptation, ou des vices de la volonté.

En droit du travail, la conciliation est difficile entre le respect de ce régime de la volonté, qui reflète une vision contractuelle de l'acte juridique, et la dimension institutionnelle, statutaire, qui imprègne la relation de travail. Il va en résulter une inévitable absorption par le droit du travail de certaines de ces notions, qui en sortiront parfois méconnaissables.

En leur injectant son particularisme et ses logiques propres, le droit du travail manifestera son autonomie par rapport aux règles issues du droit commun.

Placées dans le giron du droit spécial, ces notions sont absorbées sur deux plans différents.

En premier lieu, le droit du travail adapte les différents critères, les différentes conditions qui doivent être remplis pour que ces notions puissent être mises en oeuvre. Il réalise alors une adaptation de leurs *conditions d'application* (**Chapitre I**).

En second lieu, le droit du travail adapte les cas de recours à ces différentes notions. Ainsi, des circonstances qui en droit commun n'auraient pas été le déclencheur de l'application de telle ou telle notion régissant la

---

729 Sous réserve évidemment des autres conditions posées par le droit objectif pour que de tels effets se produisent. Sur cette nécessaire conciliation, voir notamment J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Préf. de P. Raynaud, LGDJ 1971, Bibl. dr. priv. t. 117 - P. HEBRAUD, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, in *Mélanges Maury*, t. 2, 1960, p. 419.
Cf. supra n° 11 s.

volonté, le seront en droit du travail. Celui-ci réalise alors une adaptation de leur *champ d'application matériel*[730] (**Chapitre II**).

Chapitre I - L'adaptation de leurs conditions d'application
Chapitre II - L'adaptation de leur champ d'application matériel

[730] Cette notion s'oppose alors au champ d'application personnel, qui est fonction de l'auteur de la volonté. Sur l'utilisation spécifique de certaines notions selon l'auteur de la volonté, mais sans que ces notions ne soient modifiées par le droit du travail, *cf. infra* Titre II, n° 475 s.

Chapitre I - L'adaptation de leurs conditions d'application

230. - Une notion juridique ne peut être mise en oeuvre que si les différentes conditions de son application sont remplies. Il faut s'assurer du respect de ces règles. Il s'agit en quelque sorte d'étudier ici le régime propre de différentes notions qui, elles-mêmes, participent du régime global de la volonté.

Il a été précisé qu'il faut vérifier tout d'abord qu'une volonté a bien été émise, puis qu'elle n'a pas été viciée. A chacune de ces étapes, le droit du travail imprègne les règles civilistes. Il impose ses logiques propres au droit commun, qui en ressort inévitablement transformé. Nous étudierons successivement l'adaptation des conditions d'application de notions régissant l'*existence* de la volonté (Section I), puis l'adaptation des conditions d'application de notions régissant l'*intégrité* de la volonté (Section II).

Section I - L'adaptation des conditions d'application de notions régissant l'existence de la volonté

231. - En théorie, un acte juridique ne peut se former, en droit commun comme en droit du travail, sans que soit constatée la volonté de son auteur[731]. Cette volonté doit être sérieuse, c'est-à-dire refléter l'intention de son auteur d'être engagé, de produire des effets de droit[732]. Elle doit donc présenter une certaine intentionnalité juridique[733], une certaine densité[734] juridique. Notre étude se concentrant sur la formation de l'acte juridique, nous ne nous attacherons pas à déterminer si les effets de cet acte juridique correspondent à ceux initialement souhaités. Ce n'est donc pas tant le contenu précis de cette volonté qu'il faudra étudier, mais son existence et les critères requis pour la constater.

232. - Il faut distinguer ici les actes juridiques unilatéraux des actes juridiques conventionnels. En effet, la question de l'existence de la volonté ne se pose pas réellement pour les actes unilatéraux. Les problèmes liés plus globalement à la détermination de la volonté se focalisent plus sur l'extériorisation de cette volonté que sur son existence interne[735]. Il n'y a donc guère à préciser à propos des actes juridiques unilatéraux. Au contraire, les conventions nécessitent la rencontre d'une offre et d'une acceptation, et dans ce cadre[736], le droit commun a établi un processus de vérification de l'existence de la volonté. C'est pourquoi l'existence de la volonté ne sera évoquée ici qu'à travers la rencontre des volontés.

233. - Ces développements n'évoqueront pas les rapports collectifs de travail : il ne semble pas en effet que la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif de travail suscite un quelconque problème à propos de la

---

731 Sur l'atténuation du rôle de la volonté en droit du travail, *cf. supra* Partie I, n° 37 s.

732 Voir l'exemple des engagements par plaisanterie, qui ne peuvent constituer des actes juridiques : A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 11, p. 21.

733 *Cf. supra* n° 5.

734 Sur cette idée de densité du vouloir, voir M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Préface de J. Mestre, PUAM 1995, n° 441, p. 278 - A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215, spéc. n° 31, p. 224.

735 J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949, n° 206 s., p. 197 s. Sur les présomptions de volonté, fictions juridiques, *cf. infra* n° 480 s.

736 J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, Bibl. dr. priv. t. 109.

rencontre des volontés. L'explication réside sans doute dans l'encadrement très strict de ces négociations. L'élaboration d'un accord étant progressive, chaque étape est matérialisée, confirmée avant que ne soit entamée la négociation du point suivant[737]. La question de l'existence de la volonté, dans ce cadre, n'est par conséquent guère soulevée[738]. Le droit du travail n'a pas l'occasion ici de s'affranchir du droit commun.

En ce qui concerne les relations individuelles de travail, le problème est bien plus évocateur. Certes, très peu de décisions évoquent directement l'existence d'une offre ou d'une acceptation, parce que les litiges concernent en réalité plus fréquemment la rencontre des volontés. Mais cette rareté ne constitue pas vraiment un obstacle, car les régimes de l'offre et de l'acceptation peuvent tout de même être déterminés, bien que ce ne soit qu'indirectement. Par ailleurs, il n'est pas toujours évident de préciser qui, de l'employeur ou du salarié a émis une offre. Si l'offrant initial est relativement facile à identifier, il suffit qu'une négociation s'engage pour que la situation se complique (contre-offres) et devienne confuse. Il n'est ainsi pas toujours envisageable d'affirmer, au vu de la jurisprudence, qui du salarié ou de l'employeur émane le plus souvent l'offre et l'acceptation définitives. Cependant, il apparaît logique que ce soit de l'employeur qu'émane le plus souvent l'offre initiale, puisque c'est à lui que revient en principe l'initiative de former le contrat de travail et les actes juridiques postérieurs, dans le cadre de son pouvoir de direction de l'entreprise[739].

Malgré les imprécisions et la relative rareté de la jurisprudence, il est intéressant de présenter la transposition en droit du travail du droit commun de la rencontre des volontés, pour mettre en relief les adaptations subies. Celles-ci sont bien évidemment le reflet de la confrontation entre la dimension institutionnelle et la dimension contractuelle du rapport d'emploi. Si la théorie contractuelle s'en remet au droit commun de l'offre et de l'acceptation, la théorie institutionnelle tend à en corriger certains effets, dans un but de protection du salarié face au pouvoir de l'employeur, tout en se conciliant avec l'intérêt de l'entreprise.

---

[737] C'est ce que certains auteurs appellent la *punctation* (F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 179, p. 171).

[738] Les problèmes se situent plutôt au niveau de la signature de ces accords, mais il s'agit là d'un problème de formalisme, voir J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20° éd. 2000, n° 790, p. 787 – M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK, t. 7, Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, n° 191 bis, p. 335 - Y. CHALARON, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 78, p. 65.

[739] *Cf. supra* n° 20.

Les régimes respectifs de l'offre et de l'acceptation sont adaptés par le droit du travail. Cette adaptation, fort sensible en ce qui concerne l'offre (§1), est plus contrastée en matière d'acceptation (§2).

§1 - Adaptation sensible du régime de l'offre[740]

234. - L'offre est la proposition ferme de conclure, à des conditions déterminées, un contrat de telle sorte que son acceptation suffit à la formation de celui-ci[741]. Elle doit être précise (ou complète) et ferme[742]. Ces deux caractères sont également vérifiés en droit du travail, mais avec des inflexions plus ou moins significatives. L'analyse de la précision de l'offre est caractéristique de cette adaptation (A). De même, le régime de l'offre en droit du travail doit s'adapter pour concilier la nécessaire fermeté de cette offre avec l'*intuitus personae* gouvernant la relation de travail (B).

A - La précision de l'offre

235. - L'offre doit être précise, c'est-à-dire qu'elle doit comporter la nature et les éléments essentiels de la convention envisagée, ceux sans lesquels cette convention ne pourrait pas naître[743].

236. - Dans un premier temps, l'offre doit indiquer la nature de la convention envisagée, mais cette indication est très souvent implicite en ce qui concerne le contrat de travail[744]. Pour les autres types de conventions, la

---

[740] Le terme d'offre est utilisé d'une part par le Code du travail à propos de la conclusion du contrat de travail, sous la dénomination d'offre d'emploi (art. L. 123-1, L. 311-4 s., L. 311-9, L. 312-11), et d'autre part par la jurisprudence (voir en dernier lieu Cass. soc. 17 mai 2000, RJS 7-8/00, n° 784, p. 551).

[741] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 102, p. 107 - J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 292, p. 260.

[742] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 102 et s., p. 106 et s. - J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 293 et s., p. 261 et s. - J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. de dr. privé, t. 109, n° 51 et s., p. 57 et s.
Le défaut d'équivoque, exigé par certains auteurs (J. GHESTIN, précité, n° 296, p. 265), est considéré comme redondant par d'autres car il est implicitement compris dans l'exigence de fermeté et de précision (F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, précité, n° 104, p. 109).

[743] J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, n° 52, p. 58.

[744] Par exemple, « *offre d'emploi* » , « *cherche technicien...*» indiquent que la convention proposée est un contrat de travail. C'est plutôt si un autre type de convention est proposé que sa nature sera alors précisée (gérant libre, associé...).

proposition mentionnera plus souvent de manière expresse leur nature (par exemple avenant, rupture amiable, transaction).

A cet égard, il faut rappeler que cette étude n'a pas pour objet la qualification des relations contractuelles : si deux personnes concluent un accord qu'elles nomment mandat, alors que se retrouvent les éléments d'une relation salariée (et notamment la subordination juridique), les juges éventuellement saisis le requalifieront en contrat de travail[745]. Il s'agit d'un problème d'interprétation et de qualification qui ne sera pas traité ici. La situation est semblable dans le cas d'une convention intitulée rupture amiable, et dont les juges estimeront qu'il s'agit en réalité d'une transaction[746]. Déterminer la qualification réelle d'un accord qui a été conclu grâce à la rencontre d'une offre et d'une acceptation est en effet une opération postérieure dans le temps à l'étude de la coïncidence des volontés et qui concerne plutôt l'effet, la portée de la volonté que son existence[747].

Nos développements seront au contraire consacrés à l'examen de la concordance d'une offre et d'une acceptation relatives à une convention déterminée. Il s'agira donc de savoir si, par rapport à la convention envisagée (conclusion d'un contrat de travail, avenant, rupture amiable, transaction...), la proposition de conclure cet accord est suffisamment précise pour constituer une offre, la précision s'appréciant relativement à la nature et aux critères essentiels de la convention prévue.

237. - Dans un second temps, l'offre doit indiquer les éléments essentiels de la convention à venir. C'est la détermination de ces conditions essentielles qui constitue la difficulté principale : à partir de quel degré de précision sera atteint ce minimum qui permettra de conclure que la proposition de contracter est une offre ? Ces éléments essentiels sont propres à chaque type de convention.

Les solutions ne sont pas originales par rapport au droit commun lorsque l'acte juridique considéré participe de la sphère contractuelle du rapport d'emploi. Ainsi en va-t-il par exemple de la transaction : une offre de transaction doit indiquer les concessions réciproques proposées et acceptées pour mettre fin au litige[748].

---

[745] Cass. ass. plén. 4 mars 1983, Bull. civ., n° 3, p. 5 ; D. 1983, 381, concl. CABANNES ; D. 1984, IR, 164, obs. J.-M. BERAUD.

[746] V. par ex. Cass. soc. 2 décembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 32, concl. P. LYON-CAEN (p. 29).

[747] *Cf.* A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, p. 355 et s. *Cf. supra* n° 10 et n° 172 s.

[748] V. Cass. soc. 14 décembre 1995, RJS 3/96, n° 276, p. 162 : la Cour approuve une cour d'appel d'avoir déduit que la proposition précise et complète de l'employeur constituait bien une offre

Une particularité formelle vaut d'être notée à propos de l'offre de modification du contrat de travail. Nécessitant l'accord des deux parties, la modification du contrat de travail impose par conséquent, dans une perspective contractuelle, la caractérisation d'une offre et de son acceptation. Une proposition de modification du contrat de travail ne vaut offre que si elle indique la clause modifiée et la mesure de la modification[749]. En cette matière, il faut remarquer une originalité dans le vocabulaire employé par les différentes juridictions, y compris la Cour de cassation. Généralement, il est fait une distinction entre l'offre, ou pollicitation, qui engage dans une certaine mesure son auteur, et la simple proposition qui s'apparente à une entrée en pourparlers non génératrice d'obligations. Le critère de distinction est alors le caractère ferme et précis de l'offre. Dans le cadre de la modification du contrat de travail, les magistrats s'attachent à distinguer la modification qui est proposée au salarié de celle qui lui est imposée, et dont les conséquences juridiques sont totalement différentes[750]. Les termes « *proposition* »[751], et même parfois « *simple proposition* »[752], voire « *projet* »[753], sont alors utilisés comme des synonymes parfaits de l'offre. L'enjeu principal n'est pas en effet la distinction entre une offre et une simple entrée en pourparlers, mais plus en amont entre la mise en oeuvre d'un processus contractuel et la modification unilatérale, par l'employeur, du contrat de travail. Et lorsque le problème précis de la qualification juridique de la proposition de modification est posé, ce qui est très rare, les magistrats vont distinguer la proposition de modification du contrat, assimilée à une offre, de la proposition vague[754] ou imprécise, ou seulement de principe[755], qui ne pourra pas constituer une offre.

(mais le degré de précision de l'offre de transaction n'est pas indiqué dans l'arrêt de la Cour de cassation). V. également CA Chambéry 23 avril 1990, SA Jaeger/Dancre, CERIT : « *une transaction, pour être parfaite, nécessite que l'accord de volontés des parties se soit rencontré sur des concessions réciproques* ».

[749] Cass. soc. 4 octobre 1984, Bull. civ. V, n° 355, p. 266 - Cass. soc. 20 janvier 1998, RJS 3/98, n° 275, p. 173 - CA Besançon 12 octobre 1993, Cote/SARL Tat, CERIT.

[750] *Cf. supra* n° 150.

[751] Cass. soc. 25 mai 1989, SA SVP/Beauvillain, CERIT - Cass. soc. 21 juillet 1993, GIE Forvemi/Irissou, CERIT (« *l'employeur* (...) *s'était borné à proposer au salarié une mutation* ») - Cass. soc. 5 mars 1997, Ammann et autres/SA Fisons Laboratoires, Bull. civ. V, n° 96, p. 69 ; RJS 4/97, n° 376, p. 252 ; Dr. soc. 1997, p. 531, obs. G. COUTURIER – Cass. soc. 21 mars 2000, RJS 5/00, n° 500, p. 352 - CA Grenoble 20 mai 1992, Sauvaget/SA Lyonnaise de Banque, CERIT.

[752] Cass. soc. 10 mai 1989, RJS 6/89, n° 473, p. 272 - Cass. soc. 23 mars 1994, JS UIMM 94, p. 163 - CA Dijon 16 mai 1991, Schaub/SARL Imprimerie Jeanne d'Arc, CERIT - CA Bourges 10 janvier 1997, Melle Noel et autres/Sté Frigedoc, CERIT.

[753] CA Montpellier 24 mars 1987, SA Sanipharm/Rouquette, CERIT.

[754] CA Besançon 12 octobre 1993, Cote/SARL Tat, CERIT.

[755] Cass. soc. 4 octobre 1984, Bull. civ. V, n° 355, p. 266.

238. - L'adaptation de la précision de l'offre est beaucoup plus significative en ce qui concerne le *contrat de travail*. Acte ambivalent, il se situe au confluent des dimensions contractuelle et statutaire. Il en résulte une inévitable adaptation du droit commun quant aux éléments essentiels du contrat de travail devant figurer dans l'offre.

En droit commun, l'exemple classique d'indication relative aux éléments essentiels d'un contrat est bien sûr la vente qui selon l'article 1583 du Code civil, « *est parfaite entre les parties* (...) *dès qu'on est convenu de la chose et du prix* (...) ». Les éléments essentiels du contrat de vente sont donc la chose et le prix et ainsi, une proposition se limitant à ces deux mentions sera suffisamment précise pour constituer une offre dont la simple acceptation emportera conclusion du contrat.

Ce souci du législateur de déterminer les conditions essentielles de formation du contrat de vente reste cependant assez isolé et ne se retrouve pas pour d'autres types de contrat, notamment le contrat de travail qui n'est d'ailleurs pas défini par la loi. C'est donc à partir de la définition élaborée par la doctrine qu'il faut déterminer les éléments essentiels du contrat de travail[756].

Trois caractéristiques se dégagent de cette définition[757] : la prestation de travail fournie par le salarié, sa contrepartie la rémunération par l'employeur (le contrat de travail est un contrat synallagmatique onéreux), et le lien de subordination.

239. - Ce dernier point est le critère fondamental permettant la qualification de contrat de travail[758] mais, paradoxalement, son rôle semble extrêmement limité au stade de l'offre. La subordination juridique est

---

[756] On peut tout de même noter une indication du législateur sur les éléments du contrat de travail qu'il considère sans doute comme essentiels, résultant de l'article L. 311-4-2° C. trav., interdisant la publication d'une offre d'emploi comportant « *des allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur et portant en particulier sur un ou plusieurs éléments ci-après : l'existence, l'origine, la nature et la description de l'emploi ou du travail à domicile offert, la rémunération et les avantages annexes proposés ainsi que le lieu du travail* ».

Sont ainsi mis en exergue la prestation de travail, la rémunération et le lieu de travail. Mais cette liste, qui n'est pas exhaustive (« *en particulier* ») ne peut être rattachée aux éléments essentiels du contrat de travail que de façon trop indirecte pour être utilement significative.

[757] Voir par ex. J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20e éd. 2000, n° 125, p. 145.

[758] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20° éd. 2000, n° 127, p. 148 - G. COUTURIER, *Droit du travail, 1. Les relations individuelles de travail*, PUF, 3° éd. 1996, n° 44-3, p. 102 - B. BOUBLI, *Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XXI° siècle*, JSL 1999, n° 35, chron. p. 4.

inhérente à tout emploi salarié et ainsi il n'est pas besoin qu'elle figure dans la proposition de contracter pour que celle-ci soit qualifiée d'offre. Cette subordination est semblable quelles que soient les fonctions occupées et la rémunération versée : le salarié est placé « *sous l'autorité de son employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement, en vérifie les résultats* »[759]. De même que toute vente implique un transfert de propriété, tout contrat de travail implique une subordination juridique entre l'employeur et le salarié. Il n'est pas alors nécessaire de préciser dans l'offre que la prestation de travail s'exécutera sous la subordination juridique de l'employeur car une telle déduction sera faite de l'indication, souvent implicite comme il a été dit, dans l'offre, de la nature du contrat.

240. - Restent ensuite la prestation de travail et la rémunération, c'est-à-dire l'objet principal[760] des obligations respectives du salarié et de l'employeur. L'accord sur ces deux modalités paraît indispensable pour caractériser un contrat de travail[761].

Afin de déterminer leur rôle et de savoir si ces deux éléments sont nécessaires et suffisants, un rappel du droit commun et de la conception d'inspiration contractuelle du contrat de travail peut donner quelques indications. Si la notion de contrat de travail n'est pas précisée par la loi, ce n'est pas le cas du contrat de louage de service, ancienne dénomination de la convention liant l'employeur à un salarié[762], qui est évoqué aux articles 1779 et 1780 du Code civil[763]. Evocation apparemment fort modeste, mais dans

---

[759] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20° éd. 2000, n° 127, p. 148.
V. pour une définition du lien de subordination, au regard du droit de la sécurité sociale mais transposable au droit du travail, Cass. soc. 13 novembre 1996, Dr. soc. 1996, p. 1069 ; JCP 1997, éd. E, II, 911, note J. BARTHELEMY : « *il est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* ».

[760] E. DOCKES, *La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail*, Dr. soc. 1997, p. 140 - T. REVET, *L'objet du contrat de travail*, Dr. soc. 1992, p. 859 - M. FABRE-MAGNAN, *Le contrat de travail défini par son objet*, in *Le travail en perspectives* (Dir. A. SUPIOT), LGDJ 1998, p. 101.

[761] Cass. soc. 7 janvier 1981, Bull. civ. V, n° 2, p. 2 : « *s'il avait effectivement existé entre les parties un accord sur la conclusion d'un contrat de travail selon des modalités déterminées de tâche et de rémunération* (...) » - CA Reims 18 juin 1997, Guillemin/SA Monoprix (CERIT), pour une offre dans le cadre d'un plan de reclassement ; voir G. COUTURIER, *Droit du travail, 1. Les relations individuelles de travail*, PUF 3° éd. 1996, n° 69, p. 147 - P. L'HELIAS, *La formation du contrat de travail et les règles du droit commun des obligations*, th. Rennes 1989, p. 131 et s. - G. COUTURIER, *La rémunération élément du contrat de travail*, Dr. soc. 1998, p. 523.

[762] La loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 a remplacé dans tous les textes de loi le terme louage de service par celui de contrat de travail.

[763] L'article 1781, abrogé par la loi du 2 août 1868 réglait au bénéfice du maître la question de la preuve du paiement des gages.

l'esprit des rédacteurs du Code civil, « *on peut suppléer les développements par l'application des règles générales énoncées dans le précédent chapitre* [relatif au louage de choses] *qui sont de nature à régir également ce contrat* »[764]. Déjà POTHIER rangeait le louage de service parmi les différentes espèces de louage de choses[765].

Si le régime du louage de service semblait ainsi être précisé en référence au louage de choses, sa définition pouvait également être rapprochée de celle du louage d'ouvrage, « *contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles* »[766]. Prestation à accomplir et rémunération sont ici aussi les éléments essentiels du contrat de louage d'ouvrage[767]. Il faut sans doute en déduire la même solution pour le contrat de louage de service. Ce rappel de l'histoire des contrats de travail et de louage de service ne peut cependant que rester anecdotique tant la filiation entre ces deux conventions s'est diluée depuis[768].

C'est à partir des données actuelles qu'il faut raisonner pour aboutir à une réponse convaincante, et nous allons présenter successivement des réflexions théoriques relatives aux éléments essentiels dans l'offre de contrat de travail (1), puis les solutions jurisprudentielles (2). Ces deux perspectives ont comme point commun le rôle conféré à la dimension institutionnelle au détriment de la dimension contractuelle.

1 - Analyse théorique

241. - Les analyses doctrinales des éléments essentiels du contrat de travail au regard de l'offre d'emploi sont rares. Les auteurs qui évoquent le sujet sont généralement d'accord pour que la proposition soit qualifiée d'offre si elle précise la prestation de travail et sa rémunération[769], mais ces

---

[764] Rapport du tribun Mouricault, cité par A. SUPIOT, *Critique de droit du travail*, PUF 1994, p. 47, d'après P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris, Videcoq 1836, t. XIV, p. 339.

[765] A. SUPIOT, *Critique de droit du travail*, PUF 1994, p. 14 ; sur l'influence de Pothier sur les rédacteurs du Code civil : A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, th. Paris, LGDJ 1969, Bibl. de philosophie du droit, vol. 9, p. 206 et s.

[766] Art. 1710 C. civ.

[767] Ainsi que du louage de choses d'ailleurs : J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 54, p. 60. Pour ce dernier contrat toutefois, il semblerait que la date d'entrée en jouissance soit importante : CA Toulouse 21 février 1984, Rev. trim. dr. civ. 1984, 707 obs. J. MESTRE.

[768] T. REVET, *L'objet du contrat de travail*, Dr. soc. 1992, p. 859, spéc. p. 870.

[769] P. L'HELIAS, *La formation du contrat de travail et les règles du droit commun des obligations*, th. Rennes 1989, p. 131 s.- G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Doc. franç. 1992, n° 83, p. 71.

mentions ne sont pas toujours suffisantes : par exemple M. G. LYON-CAEN exige également le niveau de qualification, le lieu de l'occupation et l'identification de l'entreprise[770]. Les opinions doctrinales sont donc différentes sans que l'une d'entre elles ne soit décisive, faute de justification précise.

242. - Il faut alors mener plus avant la réflexion et plus particulièrement se demander s'il ne serait pas possible de mieux préciser la notion d'éléments essentiels du contrat de travail grâce à la théorie de la modification du contrat de travail d'une part, l'apport de la directive du Conseil des Communautés européennes du 14 octobre 1991 d'autre part. En effet, dans ces deux hypothèses, il est également fait appel à la notion d'élément essentiel du contrat de travail tout en la définissant de manière relativement précise. Il serait alors intéressant de transposer cette définition des éléments essentiels du contrat de travail, utilisée dans le cadre de la modification du contrat ou de la directive du 14 octobre 1991, au concept d'offre de contrat de travail. Mais cette transposition ne sera possible que si la signification de l'expression « *éléments essentiels du contrat de travail* » est la même lorsqu'est envisagée l'offre de contrat de travail et lorsqu'est évoquée l'application de la directive ou la modification du contrat de travail. C'est ce qu'il faut maintenant analyser.

243. - La directive du Conseil des Communautés européennes du 14 octobre 1991[771] relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, prévoit, dans son article 2, que « *l'employeur est tenu de porter à la connaissance du travailleur salarié (...) les éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail* », ces éléments étant décrits par la suite de manière très détaillée[772]. Si ces éléments sont essentiels pour caractériser un

---

[770] G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Doc. franç. 1992, n° 83, p. 71.

[771] JO CE, 18 oct. 1991, n° L. 288 ; Liais. soc. n° 6600 du 2 déc. 1991 ; v. notamment L. MALLET et M.-L. MORIN, *La détermination de l'emploi occupé*, Dr. soc. 1996, p. 660, spéc. p. 665 - J. MULLER-JACQUOT, *La Directive CEE 91/553 du 14 octobre 1991 et ses incidences sur le contrat de travail*, Dr. ouv. 2000, p. 114.

[772] *L'information...porte au moins sur les éléments suivants :*
a) l'identité des parties ;
b) le lieu de travail...
c) i)le titre, le grade, la qualité ou la catégorie d'emploi en lesquels le travailleur est occupé
ou ii) la caractérisation ou la description sommaires du travail
d) la date de début du contrat ou de la relation de travail
etc.
Sur l'absence de caractère limitatif de cette énumération, voir CJCE 8 février 2001, aff. 350/99, RJS 4/01, n° 544, p. 374.

contrat de travail et si l'employeur doit en informer le salarié, n'est-ce pas exiger qu'ils figurent dans une proposition pour que celle-ci puisse être qualifiée d'offre ?

Seule une réponse négative peut cependant être avancée. Cette hypothèse n'est en effet d'une part pas prévue expressément par la directive[773], et d'autre part l'employeur remplit son obligation d'information s'il remet au salarié un écrit deux mois au plus tard après le début de son travail (article 3-1), et donc après la conclusion du contrat de travail. Sans que ces renseignements n'aient été fournis au salarié, le contrat a ainsi pu se former, c'est-à-dire que l'offre de contrat de travail a été acceptée. Si la fourniture des informations prévue par la directive n'est pas nécessaire à la conclusion du contrat, elle n'est pas *a fortiori* nécessaire à la qualification d'offre, puisque l'offre est un préalable obligatoire à la formation de toute convention. Le contrat de travail pourra donc être conclu même si toutes les informations prévues par la directive ne sont pas mentionnées dans l'offre.

Il semblerait alors que les éléments essentiels du contrat de travail qui doivent figurer dans une proposition pour que celle-ci soit qualifiée d'offre ne coïncident pas parfaitement avec ceux prévus dans la directive[774], qui n'ont qu'une finalité informative. Il ne faut donc pas se laisser induire en erreur par l'expression « *élément essentiel* » qui dans ces deux situations recouvre une exigence différente.

244. - Cette déduction, selon laquelle les termes « *éléments essentiels du contrat de travail* » sont entendus de manière différente selon leur enjeu, se trouve confirmée par l'examen de la théorie de la modification du contrat de travail.

Il est aujourd'hui établi que l'ancienne distinction entre modification substantielle et modification non substantielle est remplacée par l'opposition entre la modification du contrat et l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur à travers le simple changement des conditions de travail[775]

---

[773] Il faut bien évidemment garder à l'esprit que l'objet de la directive n'est pas la précision d'une offre en droit du travail. Aussi une telle exigence ne pourrait-elle être qu'une conséquence indirecte de la rédaction de la directive. Voir G. COUTURIER, *Pot pourri autour des modifications du contrat de travail*, Dr. soc. 1998, p. 878, spéc. p. 879, note 7.

[774] Sauf à énoncer que l'écrit exigé ne fait que reprendre des informations qui ont nécessairement dû être communiquées au salarié lors de l'accord de volontés. Mais une telle interprétation de la directive semble un peu maximaliste.

[775] Cass. soc. 10 juillet 1996, Bull. civ. V, n° 278, p. 196 ; JCP 1997, II, 22768, note Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1996, p. 976, obs. H. BLAISE ; Dr. ouv. 1996, p. 457, note P. MOUSSY. Voir notamment P. WAQUET, *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, RJS 12/96, p. 791 – P. WAQUET, *Le renouveau du contrat de travail*, RJS 5/99, p. 383 - G. COUTURIER, *Pot pourri autour des modifications du contrat de travail*, Dr. soc. 1998,

(c'est-à-dire l'exécution du contrat). Ainsi, « *l'examen judiciaire n'a plus pour objet de mesurer l'importance de la modification, mais de déterminer si l'élément modifié est, par nature, un élément essentiel du contrat de travail* »[776]. Les termes mêmes employés par la Cour de cassation peuvent être significatifs, lorsqu'est évoquée la modification d'un élément *essentiel* du contrat de travail et non plus seulement la modification du contrat[777].

Les auteurs et les magistrats sont alors conduits à déterminer ces éléments essentiels, c'est-à-dire l'armature du contrat de travail[778]. Il n'est cependant pas nécessaire d'entrer de manière approfondie dans le débat sur la détermination du champ contractuel dans le cadre de la modification du contrat de travail[779]. Il apparaît en effet d'emblée que la détermination des éléments essentiels dans le cadre de l'offre de contrat de travail ne présente pas la même logique.

245. - Dans le cadre de la formation du contrat, il suffit que l'accord porte sur ces éléments pour que la convention soit conclue ; il s'agit alors d'un minimum à constater. Il en va tout autrement en matière de modification du contrat.

En droit commun, un contrat doit être respecté dans son intégralité[780], et ainsi aucune modification d'une clause, quelle que soit son importance, ne peut être unilatérale. A cet égard, toutes les stipulations du contrat sont protégées de la volonté d'un seul contractant, qu'elles concernent les éléments essentiels nécessaires à la perfection de la rencontre des volontés ou qu'elles concernent des éléments accessoires[781].

Ce principe de respect des stipulations contractuelles est perturbé en droit du travail par le pouvoir de direction de l'employeur. Celui-ci peut modifier unilatéralement l'exercice des conditions de travail, mais pas les

---

p. 878 - P.-H. ANTONMATTEI, *Les éléments du contrat de travail*, Dr. soc. 1999, p. 330 - C. RADE, *Les limites au tout contractuel*, Dr. soc. 2000, p. 828.

[776] P. MOUSSY, note sous Cass. soc. 10 juillet 1996, Dr. ouv.1996, p. 457.

[777] P. WAQUET, *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, RJS 12/96, p. 791, spéc. p. 792 - J.-M. BERAUD, *Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail*, Dr. ouv. 1997, p. 529, spéc. p. 531.
V. par ex. Cass. ass. plén. 18 novembre 1994, Bull. civ., n° 6, p. 11 - Cass. soc. 4 janvier 1996, Bull. civ. V, n° 2, p. 1 ; RJS 2/96, n° 182, p. 116.

[778] P. WAQUET, *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, RJS 12/96, p. 791, spéc. p. 792 - P. MOUSSY, *Les motifs personnels de la modification substantielle du contrat de travail*, Dr. ouv. 1996, p. 49, spéc. p. 51 et s - B. BOUBLI, *Modification du contrat de travail et modification du statut collectif*, Sem. soc. Lamy 1997, suppl. n° 849 - P.-H. ANTONMATTEI, *Les éléments du contrat de travail*, Dr. soc. 1999, p. 330.

[779] Voir C. RADE, *Les limites au tout contractuel*, Dr. soc. 2000, p. 828, spéc. p. 829.

[780] Art. 1134 al.1 C. civ.

[781] Même s'ils sont précisés par la suite (issus de la volonté commune des parties ou de la loi).

éléments dits essentiels du contrat de travail. Cette notion d'éléments essentiels n'a donc pour seul but que de tracer une limite entre le pouvoir de l'employeur et la sécurité contractuelle (le champ contractuel). Dans un souci de protection du salarié, cette notion doit être comprise de manière aussi large que possible[782]. On comprend alors que ce minimum prévu pour la formation du contrat de travail n'a plus grand chose en commun avec ce maximum destiné à protéger le salarié en cas de modification de ce contrat.

Il semble donc que la détermination des éléments essentiels nécessaires à la précision de l'offre de contrat de travail ne puisse être guidée par la référence aux éléments essentiels du contrat de travail évoqués par la directive du 14 octobre 1991 ou dans le cadre de la modification du contrat. Les éléments essentiels nécessaires à la précision de l'offre de contrat de travail seraient ainsi une notion autonome particulière à la formation de cette convention.

246. - En réalité, la notion d'élément essentiel dans l'offre de contrat de travail peut être déterminée grâce à la nature particulière du contrat de travail. Son ambivalence - acte contractuel permettant l'accès à un emploi soumis à un statut d'ordre public - peut servir de guide à la détermination des éléments essentiels à sa formation. L'originalité par rapport au droit commun, et à ce que la théorie contractuelle aurait pu inspirer au droit du travail, est alors flagrante. En effet, la dimension statutaire du rapport d'emploi (le contenu du contrat est imposé par la norme) aboutit à ce que la formation du contrat de travail ne nécessite pas une offre extrêmement précise quant aux éléments essentiels de ce contrat, et ce principalement pour deux raisons.

247. - D'une part, il ne faut pas oublier que la relation salariée est l'objet d'une réglementation dense et surtout, impérative. Des droits minimaux sont garantis au salarié par la loi. Il pourra s'en prévaloir si les clauses de son contrat de travail sont moins favorables et même si aucune

---

[782] Pour déterminer ces éléments essentiels, certains auteurs se réfèrent d'ailleurs à la Directive, car celle-ci considère comme essentielles un grand nombre de stipulations. V. par ex. P. MOUSSY, *Les motifs personnels de la modification substantielle du contrat de travail*, Dr. ouvr. 1996, p. 49, spéc. p. 53. Le risque existe cependant qu'une conception extensive du champ contractuel ne paralyse l'entreprise et ne se retourne, *in fine*, contre le salarié. Voir C. RADE, *A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique*, Dr. soc. 1999, p. 3 et C. RADE, *Les limites au tout contractuel*, Dr. soc. 2000, p. 828, spéc. p. 831.

clause ne les prévoit[783] (par exemple, les congés payés : art. L. 223-1 et s. C. trav.). Si le contrat de travail reste ainsi très vague sur les obligations respectives de l'employeur et du salarié, le Code du travail prendra alors le relais, permettant l'exécution du contrat. Au surplus, une grande proportion des salariés bénéficie de conventions ou accords collectifs qui vont élargir encore plus le socle des droits minimaux du salarié, base qui servira de référence en cas d'imprécision du contrat[784]. La rémunération elle-même, si elle n'est pas précisée, pourra être déduite de la loi (SMIC : art. L. 141-1 C. trav.) ou de la convention collective (salaire minimum conventionnel en fonction de la qualification et des fonctions exercées). Il en va de même pour la qualification du salarié, qui pourrait être déduite de ses fonctions et de sa formation, initiale ou continue.

Certes, le Code du travail et les conventions collectives ne pourraient pallier toutes les omissions du contrat de travail : la date d'entrée en fonction, le lieu de travail ou la durée et les horaires de travail par exemple. Mais il suffirait alors de raisonner par présomptions : sauf indications particulières, le salarié entre en fonction au jour de la conclusion du contrat et au domicile ou siège social de l'employeur, et est censé être embauché à temps complet et travailler selon l'horaire légal[785] ou conventionnel. C'est d'ailleurs à cette solution que l'on aboutit lorsque l'on examine les contrats de travail particuliers, c'est-à-dire autres que le CDI[786].

Il est évident que dans ces hypothèses, la proposition, pour être qualifiée d'offre, devrait comporter l'élément spécifique de ces contrats : la

---

[783] M. BONNECHERE, *L'ordre public au sens du droit du travail*, JCP 1974, éd. C.I., 11604 ; *Les tendances à la dérèglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail*, Dr. soc. 1990, p. 40, spéc. p. 44 - Y. CHALARON, *L'application de la disposition la plus favorable*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 243 - A. CHEVILLARD, *La notion de disposition plus favorable*, Dr. soc. 1993, p. 363 - G. COUTURIER, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Etudes offertes à J. Flour*, Rép. Not. Defrénois 1979, p. 95, spéc. n ° 15 et s. - G. LYON-CAEN, *Les principes généraux du droit du travail*, in *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 35, spéc. n° 7 et s. - L. ROZES, *Remarques sur l'ordre public en droit du travail*, Dr. soc. 1977, p. 311 - F. GAUDU, *L'ordre public en droit du travail*, in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI° siècle*, LGDJ 2001, p. 363.

[784] *Cf.* J. CARBONNIER, note sous Cass. soc. 24 mars 1958, JCP 58, II, 10868 : « *Surtout dans la grande industrie, le contrat de travail, moins individualiste que les autres, se laisse plus aisément modeler du dehors. Il peut être réputé conclu sans que l'objet du travail soit déterminé, ni le montant de la rémunération, car on pourra toujours les déterminer après coup en partant de la qualification professionnelle de l'intéressé et du taux courant des salaires* ».

[785] Voir C. RADE, *Les limites au tout contractuel*, Dr. soc. 2000, p. 828, spéc. p. 829.

[786] Il existe bien d'autres variétés de contrats de travail : le contrat à durée déterminée (art. L. 122-1 et s. C. trav.), le contrat emploi solidarité (art. L. 322-4-7 et s. C. trav.), le contrat initiative emploi (art. L. 322-4-25 C. trav.), le contrat de qualification (art. L. 981-1 et s. C. trav.), le contrat de travail à temps partiel (art. L. 212-4-3 C. trav.), le contrat d'apprentissage (art. L. 117-1 et s. C. trav.) pour ne citer que les plus fréquents.

durée déterminée du contrat pour le contrat à durée déterminée (CDD)[787], la durée du travail pour le contrat à temps partiel... Il paraît logique d'admettre que si ces éléments particuliers ne sont pas précisés, la proposition pourra alors seulement être qualifiée d'offre de CDI à temps plein. En effet, selon l'article L. 121-5 du Code du travail, « *le contrat de travail est conclu sans détermination de durée* ». C'est seulement dans quelques cas particuliers, limitativement énumérés par le législateur, que peut être conclu un CDD[788]. Dès qu'une condition de validité d'un CDD n'est pas remplie, le salarié peut en demander la requalification en CDI[789], sans que l'employeur ne puisse apporter la preuve contraire. Le principe est donc le CDI, il est le contrat de travail de droit commun[790].

Par ailleurs, la durée du travail est présumée être celle d'un salarié à temps complet (durée légale ou conventionnelle). En effet, si le contrat n'est pas passé par écrit, il est présumé être à temps complet[791], présomption que l'employeur pourra renverser s'il prouve la durée exacte du travail *convenue* et sa répartition sur la semaine ou sur le mois[792]. Or, la seule possibilité théorique pour l'employeur de prouver que le temps partiel avait été convenu est de démontrer qu'il avait été prévu au stade de l'offre[793]. A défaut, si l'offre ne mentionne pas l'horaire à temps partiel, il sera sans doute impossible à l'employeur de le prouver et donc le contrat conclu sera présumé être à temps complet.

Une difficulté supplémentaire se présente pour les CDD. L'article L. 122-3-1 du Code du travail dispose qu'il doit être établi par écrit et comporter toute une série de mentions. Ce texte a-t-il une portée quant à l'offre de CDD ? Il faut préciser immédiatement que l'exigence de l'écrit ne

---

787 CA Paris 1°ch. B 13 décembre 1984, Sofracima/I. Adjani, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 97, obs. J. MESTRE - CA Paris 21°ch. C 6 novembre 1986, Sté Nationale Télévision française TF1/Jacquemont, CERIT.

788 V. J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz 20° éd. 2000, n° 283, p. 315.

789 Art. L. 122-3-13 C. trav. V. art. L. 124-7-1 pour les contrats de travail temporaire.

790 Sur cette notion, *cf. supra* n° 152.

791 Art. L. 212-4-3 C. trav. J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz 20° éd. 2000, n° 299, p. 333. Voir Cass. soc. 14 mai 1987, Dr. soc. 1988, p. 438, note J. SAVATIER - Cass. soc. 25 octobre 1990, CSBP 90, A. 62, p. 277. Cette jurisprudence se référait à l'ancien article L. 212-4-3, mais devrait continuer à s'appliquer aujourd'hui, la loi du 19 janvier 2000 n'ayant pas modifié le texte à cet égard.

792 Cass. soc. 28 janvier 1998, Bull. civ. V, n° 41, p. 31.

793 Il faut en effet considérer que la durée du travail est un élément essentiel du contrat de travail à temps partiel, et non pas un élément accessoire (*cf. infra* n° 272). L'accord sur ce point est donc indispensable pour que le contrat se forme. L'accord est également nécessaire en cas de modification.

concerne pas l'offre elle-même[794]. Mais cet écrit ne serait-il pas la simple confirmation d'informations que le salarié devrait connaître avant la formation du contrat ? Une telle solution serait très rigoureuse car les mentions imposées par ce texte ne sont pas toutes, loin de là, essentielles à la conclusion du contrat (voir par exemple l'indication des nom et adresse de la caisse de retraite complémentaire, ainsi que, le cas échéant, ceux de l'organisme de prévoyance, et la mention de la convention collective applicable[795]). Il semble ainsi que seule l'indication de la durée déterminée du contrat, et son terme, certain ou incertain, puisse être exigée en plus des autres conditions communes au CDI. L'analyse devrait être identique pour le contrat de travail temporaire. S'il doit lui aussi comporter un certain nombre de mentions (art. L. 124-4 C. trav.), celles-ci ne devraient pas être toutes exigées au stade de l'offre. Outre celles communes au CDI, la durée de la mission serait indispensable, ainsi que la mention de l'utilisateur[796].

248. - D'autre part, et ceci concerne seulement la prestation de travail, le pouvoir de direction de l'employeur s'accommoderait mal d'une trop grande précision donnée aux fonctions du salarié. Selon M. SUPIOT, « *le lien de subordination est incompatible avec l'exigence d'une détermination précise de l'obligation du salarié* »[797]. P. DURAND faisait déjà la même constatation[798]. L'employeur doit pouvoir disposer d'une certaine marge de manœuvre afin de faire évoluer la tâche du salarié. « *Le travail du salarié est bien* ab initio *atteint d'une certaine indétermination* »[799].

Ainsi, si la tâche à accomplir n'a pas à être définie de manière extrêmement détaillée, si la loi ou les conventions et accords collectifs peuvent pallier les omissions de la proposition de contrat de travail, le

---

[794] Car la remise de l'écrit doit avoir lieu dans les deux jours suivant l'embauche. Par hypothèse, le contrat est donc déjà conclu par la rencontre d'une offre et d'une acceptation valables même si elles n'ont pas été exprimées par écrit.

[795] Cass. soc. 26 octobre 1999, Dr. soc. 2000, p. 202, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU, à propos de l'omission de la mention de la convention collective applicable qui n'entraîne pas requalification du CDD en CDI.

[796] *Cf. infra* n° 255.

[797] *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 120.

[798] P. DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. I, Dalloz 1947, n° 352, p. 430 : « *L'obligation du salarié comporte en général une large indétermination* ».

[799] E. DOCKES, *La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail*, Dr. soc. 1997, p. 140, spéc. p. 141. L'auteur précise cependant que l'indétermination doit rester limitée en vertu de l'article 1129 du Code civil.

caractère de précision nécessaire à la qualification d'offre semble peut-être peu pertinent dans le cadre de la conclusion du contrat de travail.

La jurisprudence est assez peu fournie en la matière, et il faut être extrêmement prudent sur la signification et la portée conférée aux quelques décisions de justice analysées. Il apparaît néanmoins que l'exigence de précision est atténuée en droit positif, comme le laissaient supposer les développements précédents.

2 - La jurisprudence

249. - Il faut préciser tout de suite que parmi les décisions que nous avons exploitées, certaines ne concernent pas l'offre en elle-même mais se situent à un stade postérieur, au niveau de l'existence du contrat de travail (ou de la promesse d'embauche[800]). Les juges notent alors qu'il y a, ou non, contrat de travail selon qu'il y a eu, ou non, accord des volontés sur certains éléments de ce contrat[801]. Dès lors, l'étude de ces décisions est tout de même pertinente dans le cadre de cette démonstration.

250. - Il ressort de la jurisprudence que la précision de la tâche à accomplir et de la rémunération est nécessaire pour que l'accord sur ces deux éléments vaille contrat de travail, ou la proposition offre de contrat de travail[802]. Mais une atténuation significative doit tout de suite être apportée. Ces deux éléments peuvent n'être que déterminables : la proposition sera ainsi considérée comme suffisamment précise si elle se contente de faire référence aux conditions d'un contrat de travail antérieur[803]. Bien que cette

---

800 *Cf. supra* n° 208 s.

801 Par exemple : CA Paris 21°ch. A 25 février 1985, Denis/L'Institut National de l'Audiovisuel, CERIT.

802 Cass. soc. 13 mars 1974, Bull. civ. V, n° 173, p. 164 - Cass. soc. 7 janvier 1981, Bull. civ. V, n° 2, p. 2 ; CA Douai 27 juin 1984, SCP école Sansen/Denoyelles, CERIT : solution très large : la nature des fonctions étant précisée, « *il est impensable d'imaginer que les deux parties n'aient pas prévu une rémunération précise* » - CA Nancy 29 juin 1984, SA Roger/Rambour, CERIT - CA Nancy 29 février 1988, Mele/SCS «Le J.M.», CERIT - CA Nancy 8 janvier 1990, Ignatio/SA éts. Pierrel, CERIT - CA Paris 18°ch. D 17 décembre 1996, SARL Film/Mme Morante ép. Claisse, CERIT.

803 CA Nancy 13 octobre 1993, Lemaire/Soulière-ONF, CERIT – CA Angers 24 janvier 2000, Tremblays/CGEA Rennes et a., CERIT. V. un cas où la proposition n'était pas assez précise, parce que, entre autres motifs, il n'y avait aucune référence à l'ancien emploi occupé : Cass. soc. 19 juin 1974, Bull. civ. V, n° 379, p. 357.
V. l'exemple d'un contrat prévoyant le principe d'une rémunération annuelle variable dont le montant devrait être déterminé chaque année par les parties : Cass. soc. 22 mai 1995, RJS 7/95, n° 784, p. 513 ; Dr. soc. 1995, p. 668.
Comp. Cass. soc. 7 janvier 1981, Bull. civ. V, n° 2, p. 2 : l'arrêt n'évoque que des modalités déterminées, mais c'est un constat, non une exigence.

hypothèse n'apparaisse pas en jurisprudence, il est néanmoins certain qu'une référence à une norme conventionnelle serait également suffisante pour que l'offre soit jugée précise. L'exigence de précision apparaît ainsi relativement atténuée.

251. - Mais il arrive que les juges n'exigent pas seulement la mention de la rémunération et de la tâche à accomplir. Ils sont parfois attentifs à ce que le salarié ou l'employeur soit clairement identifié[804]. Si cet élément peut certes être compris dans l'analyse de la précision de l'offre, nous y ferons néanmoins référence dans l'étude de la fermeté de l'offre, car ce caractère fait justement défaut lorsqu'il existe un fort *intuitus personae* et que la personne du cocontractant n'est pas connue précisément[805]. Surtout, certaines décisions évoquent un accord sur d'autres éléments tels que la date d'entrée en fonction[806] et parfois le lieu de travail[807].

L'importance relative de ces deux derniers éléments doit cependant être nuancée. D'une part, la précision du lieu de travail peut déjà être comprise dans la nature des fonctions exercées ou dans l'identité de l'employeur et notamment son adresse[808]. Seul un lieu de travail spécifique, différent du domicile ou du siège social de l'employeur, devrait être précisé dans l'offre. D'autre part, les magistrats mentionnent ces conditions supplémentaires, en notant que les parties sont également tombées d'accord sur ces points[809]. La mention par le juge de ces éléments relève alors plus du

---

804 CA Nancy 24 avril 95, Olivier/SARL Boulanger, CERIT.

805 *Cf. infra* n° 253 s.

806 Cass. soc. 13 mars 1974, Bull. civ. V, n° 173, p. 164 - CA Paris 1°ch. B 13 décembre 1984, Sofracima/I. Adjani, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 97, obs. J. MESTRE.
CA Paris 21°ch.A 25 février 1985, Denis/L'Institut National de l'Audiovisuel, CERIT - CA Montpellier 22 janvier 1986, P. Cotella/SARL Grand Hôtel du Lido, CERIT - CA Nancy 10 septembre 1990, Maire A. et Maire M.-J./Horcholle, CERIT - CA Metz 24 février 1992, Blanchard/SARL « BG », CERIT - CA Nancy 14 décembre 1994, Jacquot/SARL Publi Deo, CERIT - CA Bourges 13 septembre 1996, Mme Ta Hue Na/SA PLB, CERIT - CA Lyon 25 juin 1997, Lacroix/Sté Rhône Poulenc Industrialisation, Juris-data n°045319.
Contra : CA Paris 6 mai 1993, RJS 7/93, n° 818, p. 475 : « *Il importe peu que la date de prise de fonctions du salarié...n'ait pas été fixée* ».

807 Cass. soc. 13 mars 1974, précité - CA Rennes 18 décembre 1984, SA Prestec/Le Hay, CERIT - CA Nancy 29 février 1988, précité - CA Nancy 28 avril 1992, Mme Florentin/SA Boutique Parfums, CERIT - CA Toulouse 26 juin 1992, SA Cimo/Mme Pontier-Prades, CERIT - CA Bourges 14 juin 1996, Collard/SARL Boulangerie Clamecycoise, CERIT.
V. le cas particulier de l'article L. 127-2 du Code du travail : les contrats conclus entre un salarié et un groupement d'employeurs sont écrits et indiquent notamment le lieu d'exécution du travail.

808 *Cf infra* n° 255 et *supra* note précédente : l'article L.127-2 impose la mention du lieu de travail car celui-ci va varier en fonction de chaque utilisateur potentiel membre du groupement. *A contrario*, le lieu de travail n'aurait pas à être obligatoirement indiqué dans les autres types de contrat de travail car lorsque le salarié n'est lié qu'à un employeur, il a la possibilité de déduire de la situation de son employeur le lieu de son travail, sauf cas particulier.

809 Cass. soc. 13 mars 1974, précité, est à cet égard éclairant : la Cour constate que « *la lettre* (...) *comporte tous les éléments du contrat de louage de service : indication d'un poste convenu, en un*

constat que d'une exigence véritable. Dans d'autres cas enfin, ces éléments sont qualifiés d'essentiels mais ceci résulte de la volonté des parties : c'est ce que la doctrine appelle les éléments subjectivement essentiels[810], conditions importantes aux yeux de tel ou tel contractant, mais qui ne peuvent être considérées ainsi pour le contrat de travail en général[811].

Il faut donc grandement nuancer la fréquence des hypothèses dans lesquelles la date d'entrée en fonction ou le lieu de travail devaient être précisés dans la proposition pour que celle-ci soit qualifiée d'offre. Ce constat s'inscrit dans la ligne de la démonstration théorique selon laquelle l'exigence de précision de l'offre est atténuée en droit du travail par rapport au droit commun.

252. - Il est néanmoins des cas où les magistrats ont réellement considéré que la date d'entrée en fonction était absolument essentielle[812]. Une telle solution peut sembler sévère pour l'éventuel futur salarié qui pensait qu'un contrat avait été conclu et à qui l'employeur va opposer le fait que le contrat ne s'est pas formé faute d'accord sur la date d'entrée en fonction. Cette sévérité peut cependant jouer, comme toute règle, dans les deux sens et les rares décisions à notre disposition sont en réalité favorables aux demandes du salarié : ainsi, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 décembre 1984, c'est la prétendue salariée qui évoquait le défaut d'accord sur cet élément substantiel pour faire reconnaître l'absence de contrat de travail[813]. Et dans l'autre cas cité, les juges ont bien constaté l'existence du contrat de travail, à la demande des salariés, la date de début d'activité étant précisée dans la convention[814].

Toutefois, et ne serait-ce que parce que l'examen de la jurisprudence ne peut être exhaustif, il est des situations où le salarié risque de se trouver

---

lieu déterminé, d'un salaire et d'une date d'entrée en fonctions (...) il résulte qu'un accord était intervenu entre les parties sur les éléments esssentiels du contrat de travail ». Parce que tous les éléments du contrat de travail sont précisés, figurent naturellement parmi eux les éléments essentiels, ce qui ne signifie pas que les seuls éléments essentiels coïncident avec la liste de tous les éléments précisés dans ce contrat de travail.

810 J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 288 et s., p. 264 et s.

811 Cass. soc. 17 avril 1969, L'informateur du chef d'entreprise 1969, p. 717 - CA Paris 21°ch.A 25 février 1985, Denis/L'Institut National de l'Audiovisuel, CERIT. Cette notion d'élément subjectivement essentiel n'apparaît en jurisprudence que lorsqu'est évoqué le problème de la coïncidence entre l'offre et l'acceptation. Il est alors logique de traiter ce cas particulier lors de l'étude de l'acceptation. *Cf. infra* n° 272.

812 CA Paris 1°ch. B 13 décembre 1984, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 97, obs. J. MESTRE (cas particulier d'un CDD) - CA Metz 24 février 1992 Blanchard/SARL « BG », CERIT.

813 CA Paris 1°ch. B 13 décembre 1984, précité : sa demande est satisfaite.

814 CA Metz 24 février 1992 Blanchard/SARL « BG », CERIT.

dans une situation préjudiciable si l'exigence de précision de l'offre s'avère trop forte. Il se pourrait en effet que l'employeur s'oppose à la conclusion du contrat de travail en démontrant que l'accord n'a pas porté sur tous les éléments essentiels du contrat de travail. C'est pourquoi il nous semble plus opportun que la nécessité de précision de l'offre soit cantonnée à sa plus simple expression. Il y va en effet de l'intérêt du salarié, de sa possibilité d'accéder à l'emploi[815].

La précision de l'offre, telle qu'elle est entendue dans sa conception contractuelle, issue du droit commun, se heurte à la dimension institutionnelle du rapport d'emploi. Cette confrontation conduit le droit du travail à adapter cette condition de précision. Une telle adaptation est encore plus flagrante en ce qui concerne le critère de fermeté de l'offre.

B - La fermeté de l'offre

253. - En droit commun, « *pour qu'une proposition de contracter puisse être qualifiée d'offre, il faut que sa seule acceptation suffise à former le contrat* »[816]. La conclusion du contrat sera alors automatique, sans qu'il ne soit nécessaire que l'auteur de l'offre réitère sa volonté. Celle-ci doit donc être ferme, c'est-à-dire indiquer l'intention irrévocable de son auteur d'être lié par le contrat en cas d'acceptation[817]. La principale difficulté dans ce domaine surgit lorsque l'offre est affectée de réserves. Selon une distinction consacrée par la doctrine[818], sont différenciées les réserves affectant la qualification d'offre et les réserves qui n'ont aucune incidence sur sa qualification[819]. Seules les premières retiendront l'attention ici pour l'intérêt particulier qu'elles présentent en droit du travail.

En effet, la grande spécificité du contrat de travail réside dans l'importance accordée à la personne. Si certains auteurs évoquent « *le*

---

[815] Sur l'accès à l'emploi, *cf. supra* n° 192 s., spéc. n° 200.

[816] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 104, p. 108 - J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 38 et s., p. 44 et s.

[817] CA Bourges 13 septembre 1996, Mme Ta Hue Na/SA PLB, CERIT : l'employeur doit exprimer de « *façon ferme et précise sa proposition d'engagement* ».

[818] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 104, p. 108.

[819] Ce sont les réserves relatives et absolues pour J.-L. AUBERT, thèse précitée, n° 42 et s., p. 48 et s., dénomination critiquée par F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, précité, n° 104, p. 109, qui préfèrent « *rechercher si la réserve laisse ou non à l'auteur de la proposition de contracter la possibilité de se dégager arbitrairement* » ; v. également J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 295, p. 263.

caractère personnel d'un contrat par lequel le travailleur se met à la disposition d'autrui »[820], d'autres affirment expressément que le contrat de travail est affecté d'un certain *intuitus personae*[821], c'est-à-dire que la relation contractuelle est fondée sur la considération de la personne du cocontractant, de sa personnalité[822]. Ce qui distingue les contrats *intuitu personae* des autres types de contrats, c'est que cette considération de la partie contractante, par ailleurs inhérente à tout contrat à des degrés divers, est ici primordiale[823]. Et cette constatation a des conséquences très importantes sur la fermeté de la proposition : implicitement, l'auteur de la proposition se réserve la possibilité d'apprécier si son cocontractant potentiel présente toutes les qualités requises pour une exécution optimale du contrat[824]. Il s'agit alors d'une réserve tacite liée à la nature du contrat et qui n'a donc pas besoin d'être stipulée.

Déterminer si les relations entre un employeur et un salarié sont empreintes d'*intuitus personae* présente dès lors un enjeu considérable. Dans le cas d'un contrat affecté d'un certain *intuitus personae*, la proposition ne sera considérée comme ferme qu'à des conditions plus strictes (si elle est faite à personne déterminée[825]). A défaut, la proposition ne pourra être qualifiée d'offre et par conséquent, une réponse positive ne pourra pas

---

820 G.-H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, Dalloz, 2° éd. 1982, n° 45, p. 54.

821 P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. II, Dalloz 1950, n° 159, p. 284 - F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 104, p. 109 - J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 67, p. 73 - G. COUTURIER, *Droit du travail, 1. Les relations individuelles de travail*, PUF, 3°éd. 1996. n° 44-1, p. 98 - J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 13° éd. 1993, p. 80 - J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, manuel LGDJ, 6° éd. 1998, n° 17, p. 51 - B. TEYSSIE, *Droit du travail, 1-Relations individuelles de travail*, Litec, 2° éd. 1992, n° 396, p. 213 - M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 129.

822 G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6° éd. 1996, v° *Intuitu personae*.

823 J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 65, p. 71.

824 V. G.-H. CAMERLYNCK, *De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement*, JCP 1958, I, 1425, spéc. n° 4 : l'auteur estimait que « *l'embauchage demeure largement placé sous le signe de la liberté des contractants de se choisir* ». Aujourd'hui, en période de chômage important, cette liberté est plutôt réservée, sauf cas particulier de fonction spécialisée, à l'employeur.

825 A condition, bien sûr, que la proposition faite à personne déterminée ne contienne pas alors une réserve expresse. Voir par ex. CA Toulouse 26 juin 1992, SA CIMO/Mme Pontier-Prades, CERIT : l'employeur avait confirmé « *son intention d'embauche* (...) *sans exprimer de réserves* ». Cass. soc. 17 octobre 1973, Bull. civ. V, n° 485, p. 445 : la signature du projet par l'employeur était soumise à la condition de l'accord du contrôle financier. La Cour évoque l'existence d'une condition alors que la qualification de réserve semble plus appropriée.

constituer une acceptation susceptible d'entraîner la conclusion immédiate du contrat[826].

Il est donc primordial de s'assurer que les relations contractuelles entre un employeur et un salarié sont bien fondées sur l'*intuitus personae* (1). Il sera alors établi que cet *intuitus personae* est déterminant, essentiellement de la part de l'employeur vis-à-vis de son salarié. Il faudra ensuite en préciser les conséquences, notamment lorsque l'employeur émet une proposition de contracter : elles apparaissent en effet très différentes de celles appliquées en droit commun, transcrivant en cela la conception statutaire du rapport d'emploi (2).

1 - Des relations contractuelles fondées sur l'*intuitus personae*

254. - Le caractère *intuitu personae* du contrat de travail est affirmé de longue date et réaffirmé avec constance depuis[827]. Cependant, les analyses restent assez générales et ne déterminent pas, d'une part, si l'*intuitus personae*, unanimement admis de la part de l'employeur vis-à-vis du salarié, peut être réciproque de la part du salarié envers l'employeur (a), et d'autre part, si la considération de la personne, particulièrement forte lors de la conclusion du contrat de travail, se perpétue tout au long de l'exécution du contrat de travail (b).

a - Une considération réciproque ?

255. - La plupart des auteurs n'évoquent l'*intuitus personae* que de manière générale ou dans un seul sens[828] : l'importance donnée par l'employeur à la personnalité du salarié, ce qui s'exprime notamment par la

---

[826] L'*intuitus personae* peut également exercer une influence sur la possibilité d'agir en nullité d'un acte juridique pour erreur sur la personne : *cf. infra* n° 303 s.

[827] P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. II, Dalloz 1950, n° 159, p. 284 - F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 104, p. 109 - J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 67, p. 73 - G. COUTURIER, *Droit du travail, 1. Les relations individuelles de travail*, PUF, 3° éd. 1996. n° 44-1, p. 98 - J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 13° éd. 1993, p. 80 - J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, manuel LGDJ, 6° éd. 1998, n° 17, p. 51 - B. TEYSSIE, *Droit du travail, 1-Relations individuelles de travail*, Litec, 2° éd. 1992, n° 396, p. 213 - B. BOUBLI, *Rapport général*, Dr. soc. juillet-août 1986, n° spécial, p. 570, spéc. p. 571 - M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 129. Les références expresses par les juges à l'*intuitus personae* sont cependant relativement rares. V. par exemple : CA Versailles 23 juin 2000, Gaz. Pal., n° 103-104, 13-14 avril 2001, Somm. p. 39.

[828] Voir notamment J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, manuel LGDJ, 6° éd. 1998, n° 17, p. 51.

liberté de l'employeur de choisir ses collaborateurs[829], et ce qui a pour conséquence juridique directe de dénier le caractère de fermeté à une proposition publique d'emploi émanant de l'employeur[830].

Mais qu'en est-il de la considération par le salarié de son employeur, ce que Mme PEANO nomme « *l'*intuitus personae *patronal* »[831] ? Cet auteur estime qu'il n'est « *sans doute* (...) *pas à négliger, les cadres d'entreprise ayant souvent égard, non seulement aux conditions de travail et de rémunération, mais également à l'image de marque de l'entreprise* », mais note immédiatement « *la nette prééminence, en droit positif et dans la pratique contractuelle, de la considération de la personne du salarié* ».

Il n'est cependant pas si évident que le salarié attache moins d'importance à la personnalité et aux compétences de son employeur que celui-ci envers celui-là. En effet, l'identification de l'employeur, et par conséquent ses qualités, peut être essentielle pour le futur salarié, sans d'ailleurs qu'il y ait à distinguer selon qu'il soit cadre, employé ou ouvrier : la réputation de l'employeur peut avoir une certaine influence, et notamment sa politique sociale (salariale...), son comportement (ambiance de travail, litiges...), sa capacité à assurer la pérennité de l'entreprise et des emplois, et même dans certains cas, son engagement moral, politique, religieux, humanitaire. D'ailleurs, dans son rapport sur les *Libertés publiques et l'emploi*, M. G. LYON-CAEN préconise « *la suppression pure et simple de l'anonymat* » pour les offres d'emploi transitant par la presse[832]. Il semble donc logique de retenir un certain *intuitus personae* de la part du salarié envers l'employeur.

---

[829] Liberté qui s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle : D.C. 244-88 du 20 juillet 1988, Dr. soc. 1988, p. 759, art. X. PRETOT - D. 1989, 289, note F. LUCHAIRE. Voir H. THIEBAULT, *L'employeur et le juge*, Dr. soc. 1997, p. 133, spéc. p. 137 et s. En principe discrétionnaire, cette faculté de choix par l'employeur de ses salariés est encadrée par de nombreux textes, relatifs notamment aux discriminations. Voir, pour un exposé de la « *régulation* » de l'*intuitus personae* : M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 129.

[830] *Cf. infra* n° 257 s.

[831] M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 129.

[832] G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Doc. franç. 1992, n° 38, p. 34.
Dans le cas particulier du contrat de travail temporaire, le contrat est conclu entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié. Il est donc indispensable, pour que le salarié sache qui sera l'utilisateur, que celui-ci soit mentionné dans l'offre (V. les articles L. 124-3 et L. 124-4 du Code du travail).
Sur l'identification de l'entreprise de travail temporaire, voir l'article L. 311-4 *in fine* C. trav.

b - La permanence de l'*intuitus personae* de l'employeur envers le salarié

256. - Il est établi que l'employeur prend en compte la personnalité de son salarié lors de la conclusion du contrat, même s'il faut noter que cette considération portée au salarié sera plus faible pour des tâches non spécialisées, de pure exécution, surtout dans une entreprise de taille importante[833]. En ce qui concerne l'exécution du contrat de travail, l'employeur est libre de décider des augmentations de salaire, de leur montant et de leurs bénéficiaires. Plus généralement, il choisit le ou les salariés dont le contrat sera modifié. Son pouvoir de direction lui confère la liberté de gestion de son personnel[834], sous réserve de respecter les dispositions contractuelles ou conventionnelles spécifiques, et de ne pas créer de discriminations[835]. Et même lors de la rupture du contrat de travail, l'employeur qui envisage de licencier un salarié pour insuffisance professionnelle prend en compte ses compétences[836]. La considération par l'employeur des qualités du salarié est donc permanente et ne se limite pas à la conclusion du contrat de travail[837]. Néanmoins, cette constatation n'est pas générale et ne concerne pas, par exemple, la transaction : ce qui importe alors, c'est le litige et les concessions destinées à y mettre fin. La personnalité des parties n'y est qu'accessoire[838].

Ainsi, globalement, l'*intuitus personae* imprègne largement les relations entre l'employeur et le salarié. Le droit du travail n'accorde cependant pas systématiquement à ce constat des conséquences identiques à celles du droit commun.

---

[833] M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 129, spéc. p. 130.

[834] V. notamment, sur l'individualisation des relations de travail, J.-C. JAVILLIER, *Le patronat et les transformations du droit du travail*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 193, spéc. p. 214, et A. JEAMMAUD, *Les polyvalences du contrat de travail*, *ibid.*, p. 299, spéc. p. 309 et s.- A. SUPIOT, *Pourquoi un droit du travail ?*, Dr. soc. 1990, p. 485, spéc. p. 489 et s.

[835] M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 129, spéc. p. 135.

[836] D'ailleurs, pour le licenciement économique, c'est la loi elle-même qui impose à l'employeur, à défaut de convention ou accord collectifs, de définir les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, critères qui s'attachent à la situation particulière de chaque salarié : art. L. 321-1-1 C.trav. ; *cf.* M.-A. PEANO, précité.

[837] B. BOUBLI, *Rapport général*, Dr. soc. juillet-août 1986, n° spécial, p. 570, spéc. p. 571.

[838] Ce n'est en effet pas la personne du contractant qui importe mais le règlement d'un litige.

2 - Les conséquences du caractère *intuitu personae* sur la qualification d'offre

257. - Il a déjà été précisé que l'enjeu principal du caractère *intuitu personae* d'une proposition est d'empêcher que celle-ci soit qualifiée d'offre lorsqu'elle est adressée à une personne indéterminée[839], car elle ne peut alors présenter la fermeté exigée dans toute offre. L'offre est faite à personne déterminée lorsque l'offrant désigne son futur cocontractant éventuel, et à personne indéterminée lorsque « *le véritable destinataire surgira de lui-même* »[840]. Dans ce dernier cas, si les relations sont fondées sur l'*intuitus personae*, les conséquences sont nettes : le pollicitant a une faculté discrétionnaire de choix. Mais le champ d'application de cette faculté est en théorie évidemment bien plus étendu lorsque l'auteur de la proposition est l'employeur (a) que lorsque c'est le salarié (b).

a - Le choix laissé à l'employeur

258. - Une proposition de contrat de travail faite à personne indéterminée ne constituera donc pas une offre au sens juridique du terme[841]. Elle ne constitue qu'un appel d'offres, un appel à candidatures parmi lesquelles l'employeur va se réserver la possibilité de choisir son futur cocontractant. Ces réponses ne sauraient entraîner la formation immédiate du contrat mais, si elles sont elles-mêmes précises et fermes[842], elles pourront être qualifiées d'offres que l'employeur sera en mesure d'accepter.

---

839 J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 68, p. 74 - A. VIALARD, *L'offre publique de contrat*, Rev. trim. dr. civ. 1971, p. 750, spéc. n° 47, p. 787. V. également J.-C. SERNA, *Le refus de contracter*, th. Paris 1967, LGDJ, bibl. de dr. privé, t. 76, p. 152 et s.

840 J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949, n° 199, p. 191.

841 G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Doc. franç. 1992, n° 81 et 82, p. 71 – J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20° éd. 2000, n° 272, p. 302 - Y. ROUSSEAU, *Les offres d'emploi*, Dr. soc. 1992, p. 323, spéc. p. 326 ; par exemple : CA Nancy 24 avril 1995, Olivier/SARL Boulanger, CERIT : les nom, prénom, adresse et date de naissance du candidat n'avaient pas été précisés par l'employeur (cas d'une promesse d'embauche mais transposable ici). Voir, relevant expressément le fait que l'*intuitus personae* affectant l'offre de contrat de travail n'engage pas l'employeur, CA Toulouse 24 novembre 1999, Ribot/SARL AJC Coiffure, CERIT.

842 Adressées à l'employeur, ces réponses seront faites à personne déterminée, et ainsi la réserve implicite liée à l'*intuitus personae* tombera. Cependant, ce ne sera pas le cas si son identité reste cachée au destinataire initial. Par exemple, une petite annonce proposant un emploi mais sans mentionner l'employeur potentiel (mais seulement une expression sybilline telle que « *Société leader dans son secteur* ») ne suscitera pas une offre mais une simple entrée en pourparlers en raison de l'*intuitus personae* qui doit être selon nous reconnu de la part du salarié envers l'employeur.

Au contraire, une proposition adressée *personnellement* au salarié potentiel est bien une offre[843]. Les conséquences de l'*intuitus personae* apparaissent ici conformes au droit commun.

La conception contractuelle du régime de l'offre, telle qu'elle est conçue en droit commun, n'est pas encore affectée par la dimension statutaire d'un rapport d'emploi qui n'est alors que potentiel. La conciliation devrait être plus difficile au cours de la relation de travail.

259. - Qu'en est-il en effet de la conclusion de conventions autres que le contrat de travail (avenant, rupture d'un commun accord...) ? Le plus souvent, cet *intuitus personae* n'a guère de conséquence juridique car les propositions faites par l'employeur le sont aux salariés concernés, c'est-à-dire à des personnes déterminées. L'enjeu est-il plus significatif à propos des propositions publiques de l'employeur dans le but, par exemple, de modifier ou rompre le contrat de travail d'un certain nombre de salariés ?

En réalité, les dispositions du droit du travail relatives aux licenciements collectifs perturbent l'analyse fondée sur le simple *intuitus personae*, afin, notamment, de lutter contre une éventuelle décision discriminatoire de l'employeur, conséquence d'une faculté discrétionnaire de choix. Le régime de l'offre en ressort transformé.

260. - Si l'on appliquait le régime civiliste de l'offre quant au rôle de l'*intuitus personae*, les réorganisations collectives d'une entreprise se dérouleraient, schématiquement, ainsi : prenons par exemple le cas d'une entreprise, dans laquelle une centaine de salariés est employée à temps complet à une certaine tâche, et où l'employeur souhaite que dix salariés acceptent de ne plus travailler qu'à temps partiel. Il propose cette modification à l'ensemble des salariés. Si vingt réponses positives parviennent à l'employeur, la question pourrait se poser de savoir s'il peut faire un choix parmi ces vingt salariés ou s'il est lié par la modification avec les dix premiers qui ont répondu. La première solution revient à admettre que la proposition de l'employeur n'était pas ferme en raison de la faculté tacite qu'il s'était réservée d'examiner les réponses, et ce en raison de l'*intuitus personae* caractérisant les relations de travail. La seconde solution implique la fermeté de l'offre de l'employeur en raison de l'absence de tout *intuitus personae*. Or, on l'a vu, la première solution devrait prévaloir selon l'analyse issue du droit commun.

---

[843] CA Angers 2 juin 1992, Alain/Association I.F.E.A.P., CERIT.

Il en va de même dans l'hypothèse où l'employeur, qui souhaite supprimer des postes de travail, propose des départs négociés (ruptures d'un commun accord)[844] aux salariés qui se porteraient volontaires.

261. - Un tel raisonnement, issu du droit commun, refléterait une inspiration contractuelle de la relation de travail qui est, en droit positif, fortement atténuée par la dimension statutaire du rapport d'emploi. Cette confrontation amène le droit du travail, dans ces hypothèses de réorganisation collective de l'entreprise, à priver d'enjeu, quant à la fermeté de l'offre, l'*intuitus personae* de l'employeur à l'égard du salarié.

D'une part, dans certains cas, ces propositions seront faites dans le cadre d'un plan social[845] et alors, la consultation des institutions représentatives du personnel, le contrôle de l'administration et plus généralement les exigences de la loi[846] vont conduire, par exemple, à une précision et surtout une personnalisation des offres de reclassement[847], qui ne présenteront pas le caractère d'offre à personne indéterminée.

D'autre part, et surtout, le motif économique de cette réorganisation oblige l'employeur à prévoir un ordre des licenciements[848], dont tous les critères ne sont pas, loin de là, laissés à sa libre appréciation, et qui n'apparaît pas *ab initio*, dès le plan social par exemple, mais seulement lorsque les licenciements sont décidés et mis en oeuvre[849]. Ainsi, il peut être amené à modifier ou rompre le contrat de travail de salariés qu'il ne voulait

---

[844] Par hypothèse, les propositions sont supposées précises : réduction de x % du salaire en cas de passage à temps partiel, indemnité de départ selon la qualification, l'ancienneté... Pour un exemple d'offre collective de départs négociés, voir Cass. soc. 10 mai 1999, JCP 1999, E, p. 1973, n. F. DUQUESNE - CA Rouen 30 janvier 1985, Mme Biarre/Sté Thomson CSF, CERIT (le problème de la fermeté de l'offre n'est pas évoqué en l'espèce).

[845] V. pour la modification du contrat : Cass. soc. 3 décembre 1996 (affaires Framatome et Majorette), Bull. civ. V, n° 411, p. 294 ; Dr. soc. 1997, p. 18, rapport P. WAQUET ; RJS 1/97, n° 24, p. 30, concl. P. LYON-CAEN (p. 12).
Voir, pour des offres de départs volontaires, Cass. soc. 22 février 1995, Bull. civ. V, n° 68, p. 49 ; JCP 95, II, 22433, concl. Y. CHAUVY.

[846] Art. L. 321-4 et s. C. trav.

[847] *Cf.* A. BOUILLOUX, *L'adaptibilité du contrat de travail*, Dr. ouv. 1997, p. 487, spéc. p. 493 ; Cons. Et. 2 février 1996, RJS 3/96, n° 305, p. 183 : une entreprise ne saurait se borner à évoquer devant le comité d'entreprise la possibilité de reclasser un certain nombre de salariés pour remplir son obligation. Dans la mesure où elle n'a pas proposé personnellement un poste de reclassement au salarié requérant, elle ne peut être regardée comme ayant procédé aux efforts de reclassement qui lui incombaient.

[848] J. SAVATIER, *L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique*, Dr. soc. 1990, p. 515 - P.-Y. VERKINDT, *L'ordre des licenciements*, RJS 12/97, p. 811 – P.-Y. VERKINDT, *La question de l'ordre des licenciements*, Dr. soc. 1996, p. 26.

[849] Cass. soc. 7 octobre 1998, Dr. soc. 1998, p. 1079, obs. P.-Y. VERKINDT ; voir F. GEA, *Le plan social : un acte normateur*, D. 2000, p. 550, spéc. p. 552.

pas voir concernés au départ par ces mesures[850]. Le régime actuel privilégie alors la prise en compte objective du salarié, de sa personnalité, de ses compétences, de son environnement personnel. Mais l'*intuitus personae* ne présente absolument plus pour l'employeur cette possibilité de choix telle qu'on la connaît en droit commun. Sur ce point, le régime de l'offre en droit du travail est véritablement transformé[851].

262. - L'*intuitus personae* de l'employeur envers le salarié est permanent tout au long de leur relation contractuelle, et il ne paraîtrait pas logique de refuser à l'employeur une faculté de choix, en cas de proposition faite à personne indéterminée, si l'on suivait le régime issu du droit commun. Cependant, l'attraction des règles statutaires du licenciement économique dans le cas d'une réorganisation collective de l'entreprise prive de l'essentiel de son enjeu la reconnaissance de cet *intuitus personae* quant à la fermeté de l'offre. Seule la conclusion du contrat de travail échappe encore à l'emprise de la dimension statutaire. C'est précisément pour cet acte juridique que le choix est laissé au salarié.

b - Le choix laissé au salarié

263. - Parallèlement à l'importance accordée par l'employeur à la personne du salarié, il a été expliqué que l'*intuitus personae* se retrouvait également de la part du salarié envers l'employeur. Comme il a été dit à propos de l'employeur, l'unique enjeu de l'*intuitus personae*, en ce qui concerne l'offre, est son impact sur la fermeté de la proposition. La proposition publique d'un contrat fondé sur l'*intuitus personae* ne peut être qualifiée d'offre. Cette réserve tombe lorsqu'elle est destinée à une personne déterminée. Ce rappel permet d'ores et déjà de circonscrire l'intérêt

---

[850] Ce problème a déjà été relevé par un auteur, J. ADAM-GIRONNE, *Le droit social et l'emploi, l'exemple de la restructuration dans la sidérurgie lorraine (1966 - 1986)*, thèse Nancy 2, 1997, p. 101 : « *Les directions (...) sont plus ou moins réticentes pour appliquer une telle mesure qui risque de provoquer le départ de salariés qu'elles ont intérêt à conserver. Aussi les départs volontaires avec prime ne sont acceptés en principe que si les hiérarchies des agents demandeurs ne s'y opposent pas formellement* ».

[851] En ce qui concerne la transaction, il est possible de considérer que l'*intuitus personae* n'y joue pas un rôle primordial, et par conséquent les propositions de transaction adressées à personne indéterminée par l'employeur seront considérées comme fermes. Par exemple, en cas de litige entre un employeur et un nombre important de ses salariés, l'employeur peut proposer une transaction à tout salarié intéressé, précisant notamment l'indemnité allouée selon des critères détaillés (en fonction de la qualification, du dernier salaire, de l'ancienneté...). Dans cette hypothèse, l'employeur est tenu par les réponses positives des salariés intéressés. Il ne pourrait refuser pour tel ou tel salarié, s'il s'avérait par exemple que l'indemnité à verser serait en définitive trop importante.

d'invoquer l'*intuitus personae* du salarié envers son employeur : pour tous les accords qui découlent de la conclusion du contrat de travail, relatifs à sa modification ou à sa rupture, la personne de l'employeur est par hypothèse déjà connue du salarié depuis la formation du contrat de travail et par conséquent, toute proposition émanant du salarié à destination de l'employeur ne pourrait pas être affectée d'une réserve tacite fondée sur l'*intuitus personae*.

264. - L'enjeu est donc restreint à la seule conclusion du contrat de travail, où il peut parfois présenter un certain intérêt. Imaginons le cas d'une personne qui propose publiquement ses services à différents employeurs potentiels. Cette situation n'est pas si rare. De nombreuses affiches[852] chez les commerçants ou des petites annonces dans les médias écrits, audiovisuels ou télématiques proposent les services de garde d'enfants ou d'animaux, de cours à domicile ou de travaux domestiques pour ne citer que les cas les plus courants. Si l'émetteur de la proposition reçoit plusieurs réponses positives, les différents contrats de travail devront-ils être considérés comme conclus, et ainsi la responsabilité du salarié (théoriquement) engagée s'il n'honore qu'une partie de ses obligations ? La réponse est négative si l'on admet qu'implicitement, le salarié s'est réservé la possibilité de choisir son cocontractant[853]. Tout comme la publication par l'employeur d'une offre d'emploi à personne indéterminée, la demande d'emploi faite par le salarié à personne indéterminée entraîne le défaut de fermeté de cette proposition qui ne peut donc être qualifiée d'offre.

D'ailleurs, quand bien même le caractère *intuitu personae* de la proposition émanant du futur salarié serait dénié, la proposition ne constituerait une offre dont la simple acceptation suffirait pour conclure le contrat que si elle était en outre précise (la prestation de travail, la rémunération devraient être déterminées ou au moins déterminables), ce qui n'est guère imaginable pour des fonctions techniques ou nécessitant une compétence spécialisée[854]. Au surplus, encore faudrait-il que les personnes intéressées l'acceptent immédiatement. Or, bien souvent, l'employeur

---

[852] Il sera juste rappelé ici qu'en principe, un tel procédé est illégal (art. L. 311-4 C.trav.) sauf, notamment, pour les emplois domestiques.

[853] *Cf. supra* n° 258, 2° note, pour un autre cas où l'*intuitus personae* du salarié envers l'employeur a des conséquences : dans l'hypothèse d'une réponse à une « *offre* » d'emploi anonyme, une telle réponse, en l'absence de destinataire identifié, ne saurait constituer une offre.

[854] Ne seraient ainsi sans doute pas concernées les hypothèses, de plus en plus nombreuses, de CV et de candidatures de salariés, pour des postes très qualifiés, diffusés par voie télématique (minitel, internet).

éventuel cherchera des renseignements complémentaires sur son cocontractant potentiel, il souhaitera le rencontrer, ce qui personnalisera leur relation et, en conséquence, enlèvera tout enjeu à invoquer l'*intuitus personae*.

265. - En conséquence, s'il est possible de reconnaître un certain *intuitus personae* de la part du salarié envers l'employeur, il faut admettre que sa portée est relativement limitée. Mais dans les hypothèses où il présente un enjeu significatif, c'est-à-dire les offres publiques de contracter émises par le salarié, celui-ci devrait avoir, au nom de l'*intuitus personae*, la possibilité de se réserver le choix de son cocontractant. De même que pour l'employeur, la conclusion du contrat de travail reste, à l'égard du salarié et en ce qui concerne le critère de fermeté de l'offre, dans la sphère contractuelle.

Mais, plus globalement, l'emprise de la sphère institutionnelle est indiscutable. La dimension contractuelle du rapport d'emploi, telle qu'elle est issue du droit commun, cède majoritairement le pas devant la dimension statutaire, tant en matière de précision que de fermeté de l'offre. La situation est plus contrastée en ce qui concerne le régime de l'acceptation.

§2 - Adaptation contrastée du régime de l'acceptation

266. - L'acceptation est la manifestation de volonté par laquelle le bénéficiaire d'une offre entend conclure le contrat[855]. En droit du travail comme en droit commun, il n'y a de convention que s'il y a rencontre d'une offre et d'une acceptation[856]. Lorsque l'offre est acceptée, l'accord est donc conclu, et en vertu de l'article 1134 du Code civil, il tient lieu de loi pour les parties. Ainsi, un contrat de travail valablement conclu doit être exécuté, et le refus opposé par une partie de s'y conformer constituera une faute[857]. De

---

[855] J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 280, p. 256 - F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, *Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 115, p. 118.

[856] Cass. soc. 7 janvier 1981, Bull. civ. V, n° 2, p. 2 - CA Metz 13 décembre 1994, Mme Delbecq/Sté Météor Bijouterie J. Delatour, CERIT - CA Nancy 15 mai 1996, Keyser/SA Merkur, CERIT.

[857] Non respect de ses engagements par l'employeur : Cass. soc. 5 décembre 1989, RJS 1/90, n° 1, p. 9 - Cass. soc. 2 mars 1993, JCP 93, II, 513, note C. HOCHART.
Non respect de ses engagements par le salarié : Cass. soc. 29 mars 1995, CSBP 1995, n° 71, S. 93, p. 203 - CA Nîmes 19 avril 1994, RJS 11/94, n° 1243, p. 749. Peu importe que le salarié se justifie par la volonté de bénéficier d'une offre plus avantageuse émanant d'un autre employeur et souhaite donc revenir sur sa première acceptation : CA Dijon 20 décembre 1994, SA Picard/Barast, CERIT (*contra* : CA Toulouse 26 juillet 1990, Sté Technal/Charles, CERIT).

même, dès lors que les contractants ont décidé la modification de leur accord, le contrat doit être exécuté selon les nouvelles stipulations[858]. Les magistrats ont également eu l'occasion d'appliquer cette solution à la rupture amiable du contrat de travail[859] : s'il est constaté qu'une offre de rupture amiable du contrat de travail a été acceptée, cette rupture produit ses effets définitivement et il est impossible au salarié de réclamer sa réintégration ou la requalification de la rupture en licenciement[860].

Caractériser cette acceptation est donc indispensable et la jurisprudence travailliste respecte parfaitement cette règle[861]. Certes, de même que pour l'offre, il est souvent demandé aux juges de rechercher si un accord a été ou non conclu sans pour autant que la notion d'acceptation n'apparaisse distinctement, si bien que son régime ne peut être déterminé qu'indirectement. D'ailleurs, il est parfois difficile au vu des faits et de la rédaction des décisions de discerner l'offrant de l'acceptant, notamment lorsque les négociations sont longues et suscitent plusieurs contre-offres. Néanmoins, l'acceptant est en principe la personne qui a manifesté en dernier sa volonté. Aussi son identification peut-elle être relativement plus aisée.

Le droit commun relatif à l'acceptation de l'offre n'est pas adapté de manière homogène par le droit du travail. Tout dépendra encore une fois du point de conciliation entre la dimension statutaire et la dimension contractuelle du rapport d'emploi. Si les caractères de l'acceptation ne subissent que de façon mesurée l'influence de la dimension statutaire (A), cette influence est plus marquée en ce qui concerne les conditions d'efficacité de l'acceptation (B).

---

858 La novation du contrat s'impose au salarié (Cass. soc. 9 février 1989, Mme Lozano/SA Maisons Phénix Provence, CERIT - Cass. soc. 23 octobre 1991, Gaz. pal 91, 2, pan. p. 318 - CA Poitiers 9 février 1994, SARL Neveutrans/Gouy, CERIT) comme à l'employeur (Cass. soc. 2 mars 1994, RJS 4/94, n° 376, p. 249 : la salariée, mutée d'un poste à temps partiel à un poste à temps plein, avait le droit de refuser le retour à son contrat initial).
Il faut noter que l'acceptation par le salarié de la modification de son contrat peut intervenir tardivement, même lors de l'entretien préalable à un licenciement envisagé en raison du refus initial de cette modification et en tout état de cause avant la notification de ce licenciement : Cass. soc. 23 octobre 1984, Bull. civ. V, n° 400, p. 297 - Cass. soc. 25 mai 1989, CSBP 1989, n° 12, S. 90, p. 173. Si l'employeur persiste alors à licencier le salarié en invoquant le refus de la modification, ce licenciement sera sans cause réelle et sérieuse.

859 Cass. soc. 26 juin 1992, Cuisinier/SA Raffinerie de Lorraine, CERIT - CA Grenoble 11 mai 1994, ASSEDIC de l'Isère, Mme Plane//SARL Dynamic, CERIT - CA Versailles 11° ch. 29 novembre 1995, RJS 4/96, n° 493, p. 297.

860 Sauf bien sûr si la validité de l'accord peut être remise en cause.

861 Voir, énonçant explicitement ce caractère indispensable, CA Angers 2 juin 1992, Allain/Association IFEAP, CERIT.

A - L'adaptation mesurée des caractères de l'acceptation

267. - Comme il a été dit, déterminer si la réponse à une offre constitue bien une acceptation présente un enjeu important : cette simple constatation suffira en effet à considérer que l'accord est conclu. Aucune manifestation supplémentaire de volonté n'est ainsi nécessaire et au contraire, si l'intervention d'un des contractants est à nouveau requise, il faudra alors en déduire que la rencontre des volontés n'a pas eu lieu car la réponse à l'offre ne constituait pas une acceptation mais une contre-proposition. En effet, pour que cette rencontre soit parfaite, l'acceptation doit correspondre exactement aux termes de l'offre[862]. Cette exigence peut être scindée en deux caractères complémentaires : d'une part, l'acceptation doit être pure et simple, et d'autre part, elle doit en principe exprimer l'accord sur tous les éléments précisés dans l'offre. Les règles du droit commun sont atténuées par le droit du travail en ce qui concerne le caractère pur et simple de l'acceptation (1). Celles relatives à la nécessité d'accepter tous les éléments de l'offre semblent, quant à elles, appliquées de manière conforme au droit commun par le droit du travail (2).

1 - Le caractère pur et simple de l'acceptation : une exigence atténuée

268. - La réponse à une proposition ferme et précise de contracter ne constituera une acceptation que si elle est pure et simple, c'est-à-dire si elle traduit elle-même l'intention nette de son auteur de voir le contrat conclu. Plus précisément, elle ne doit pas être assortie de conditions ou de réserves[863]. Alors, si les autres critères sont réunis, la réponse du bénéficiaire de l'offre constituera une acceptation de la convention. Ce régime classique de l'acceptation n'est cependant pas toujours appliqué de manière identique en droit du travail.

269. - Dans une première série d'hypothèses, le caractère pur et simple est exigé conformément au droit commun. Ainsi, en matière de transaction, il a été jugé que « *la mention manuscrite « sous réserve de mes droits » est exclusive de l'accord du salarié pour transiger sur ses droits*

---

[862] J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 280, p. 257.

[863] V. exigeant une acceptation sans réserve : CA Bourges 30 juin 1995, Melle Villemont/ Mme Benard, CERIT.

relatifs à la rupture du contrat de travail »[864]. L'acceptation n'était pas alors pure et simple. Elle l'est au contraire lorsqu'aucune réserve ne l'affecte. La Cour d'appel de Toulouse du 26 juin 1992[865] a ainsi estimé, à propos de la conclusion d'un contrat de travail, qu'en réponse à l'offre d'embauche émise par la société, la salariée avait accepté le poste, la Cour constatant que « *les souhaits qu'elle exprimait* (...) *ne constituaient donc pas une contre-proposition car ils étaient émis sans qu'elle fasse de leur acceptation une condition à occuper le poste qui lui était offert : la preuve de ce que son agrément était sans réserve est d'ailleurs confirmée par la démission qu'elle donnait de son emploi précédent* ».

270. - Dans une seconde série d'hypothèses concernant l'acceptation d'un avenant au contrat de travail, le raisonnement est semble-t-il différent.

D'une part, les magistrats dénient assez facilement le caractère pur et simple de l'acceptation en estimant que des remarques ou un comportement du salarié constituent une réserve ou une condition[866]. L'objectif ici semble clair : il s'agit de favoriser le salarié car son défaut d'acceptation l'autorisera à faire valoir l'absence de modification par accord des parties, et par conséquent il pourra réclamer le respect des stipulations initiales, voire une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse[867].

D'autre part, il faut également signaler quelques arrêts qui évoquent la tentative du salarié de s'adapter à ses nouvelles conditions de travail : si en principe l'acceptation de la modification entraîne définitivement novation du contrat[868], dans certains cas, le salarié pourra rétracter son acceptation et demander le retour aux conditions antérieures, la rupture éventuelle du contrat ne lui étant alors pas imputable. Le salarié se voit ainsi conférer en quelque sorte un droit à l'essai qui résultera soit expressément de sa réponse à l'offre[869], soit du contexte particulier de l'espèce[870]. Implicitement, la

---

[864] Cass. soc. 11 février 1997, RJS 6/97, n° 690, p. 449.

[865] CA Toulouse 26 juin 1992, SA Cimo/Mme Pontier-Prades, CERIT.

[866] V. par exemple Cass. soc. 5 octobre 1993, CSBP 1993, n° 54, A 59, p. 265 - CA Paris 21° ch. C 27 avril 1984, SARL Dayco Europe/Bruder, CERIT - CA Paris 21° ch. B 21 novembre 1984, Zitouni/SA Drouard Frères, CERIT - CA Nîmes 10 février 1989, SARL Agamad/Mme Perez, CERIT - CA Poitiers 9 février 1994, SARL Neveutrans/Gouy, CERIT - CA Nancy 19 juin 1996, Pele/Coopérative Agricole Lorraine, CERIT.

[867] Cass. soc. 8 octobre 1987, Raquin, Bull. civ. V, n° 541, p. 344 ; D. 1988, p. 57, note Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1988, p. 135, note J. SAVATIER.

[868] Cass. soc. 25 mai 1993, Mme Digue/Sté française de brasserie, CERIT : « *qu'ayant constaté l'acceptation formelle par la salariée de nouvelles conditions de travail, la Cour d'appel a pu déduire de la rétractation ultérieure de l'intéressée la volonté non équivoque de rompre le contrat* ».

[869] CA Paris 22° ch. B 9 mai 1985, SA CTM Pégase, Me Hamamouche syndic/Mme Decloître, CERIT : la salariée avait subordonné son accord à la pénibilité du nouveau trajet.

réponse du salarié a été assortie de réserves, ce qui aurait dû la déqualifier en tant qu'acceptation. Mais les juges du fond la valident, tant que le salarié ne s'en plaint pas.

271. - Il semblerait qu'en ce qui concerne la modification du contrat de travail, la dimension statutaire, à travers la notion de licenciement, très présente, joue un grand rôle. L'enjeu apparaît en effet différent selon que l'on se situe lors de la conclusion du contrat de travail ou lors de sa modification : si la réponse du salarié ne peut constituer une acceptation, le contrat de travail ne sera pas conclu. Le salarié a donc beaucoup à perdre à ce que les magistrats ne considèrent pas sa réponse comme une acceptation. Dans le cadre de la modification du contrat, si la réponse du salarié ne peut être qualifiée d'acceptation, la modification imposée par l'employeur s'analysera en un licenciement[871]. Par ailleurs, même si la modification n'est pas imposée par l'employeur, cette réponse ne sera pas pour autant considérée comme un refus si celui-ci n'est pas explicite[872]. Or, en l'absence de refus, l'employeur ne peut légitimement licencier le salarié[873]. Au moins bénéficiera-t-il d'un mince filet de protection[874] grâce au contrôle par les juges de la cause réelle et sérieuse de licenciement.

2 - L'acceptation doit porter sur tous les éléments précisés dans l'offre

272. - Il a déjà été remarqué que la convention est conclue dès qu'il y a accord sur ses éléments essentiels[875]. Ceux-ci étant par hypothèse déterminés dans l'offre, il suffit que son bénéficiaire les reprenne à son

---

CA Dijon 23 avril 1996, SA Helsea/Le Comte, CERIT : le salarié, provisoirement, avait voulu participer à l'effort de l'employeur en réduisant son taux de commission.

[870] CA Paris 22° ch. C 18 octobre 1984, Mme Muller/SA SNTP, CERIT : «*...on ne peut reprocher à une salariée ayant déjà cinq ans d'ancienneté d'avoir tenté de s'adapter aux nouvelles obligations qui lui étaient imposées dans le souci de ne pas perdre son emploi* ».

CA Douai 13 juin 1984, Bouzaabit/SA Wauquiez Fils, Me Tiberhien, CERIT : «*...on ne peut dénier [au salarié] le droit d'avoir, après réflexion, changé d'idée et, après avoir mieux examiné les inconvénients de la nouvelle situation qu'il avait acceptée trop précipitamment, d'être revenu sur cette acceptation* ».

[871] *Cf. supra* n° 150.

[872] Sauf le cas de la modification pour motif économique, art. L. 321-1-2 C. trav. *Cf. infra* n° 286 et 512 s.

[873] *Cf. infra* n° 490.

[874] Sur le caractère quelque peu illusoire de cette protection, voir C. RADE, *A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique*, Dr. soc. 1999, p. 3 et C. RADE, *Les limites au tout contractuel*, Dr. soc. 2000, p. 828, spéc. p. 831.

[875] *Cf. supra* n° 237.

compte pour que la rencontre des volontés soit parfaite. S'il est en désaccord avec certains points essentiels de l'offre, soit qu'il les refuse purement et simplement, soit qu'il souhaite les modifier, sa réponse ne vaut pas acceptation mais, le cas échéant, contre-offre.

Les désaccords éventuels ou l'absence d'accord sur des points accessoires n'empêchent pas au contraire la rencontre des volontés[876]. Ce principe subit néanmoins une exception lorsqu'un élément apparemment accessoire revêt une grande importance pour l'une des parties. Un accord est alors également nécessaire sur ce point qui, objectivement accessoire à la conclusion de tel type d'accord, devient subjectivement essentiel pour tel contractant[877]. Ainsi, dans l'hypothèse d'un contrat de travail à durée indéterminée, il a déjà été précisé qu'il devrait être réputé conclu dès qu'il y a accord au minimum sur la tâche à accomplir et la rémunération, qu'elles soient déterminées ou déterminables. Ce type de contrat étant consensuel, aucune condition de forme n'est nécessaire à la perfection de la rencontre des volontés. Néanmoins, rien n'empêche une partie d'exiger la remise d'un contrat écrit, exigence qui constituera pour elle un élément subjectivement essentiel indispensable à la formation de la convention[878]. De même, il a pu être jugé que le contrat de travail n'avait pas été conclu entre un employeur et un salarié comédien car « *il restait à fixer les dates de tournage compte tenu des arrêts de travail annoncés par les techniciens intermittents du spectacle* »[879]. En raison de ces circonstances particulières, les dates de tournage revêtaient une grande importance.

Ainsi, les différents caractères de l'acceptation sont exigés en droit du travail comme en droit commun, avec une nuance quant à l'exigence d'une

---

876 Cass. soc. 20 novembre 1985, Som. dr. trav. 1986, p. 1085.

877 J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 288 et s., p. 264 et s.

878 Cass. soc. 17 avril 1969, L'informateur du chef d'entreprise 1969, p. 717 : le contrat de travail n'est pas conclu parce que, entre autres motifs, le salarié « *lui-même avait manifesté le désir de voir concrétiser* [l'accord] *sous la forme d'une lettre d'engagement à venir* ». V. aussi CA Nancy 15 mai 1996, Keyser/SA Merkur, CERIT : la lettre de l'employeur exigeait le retour du double signé par le salarié. A défaut, il n'y avait pas accord des consentements.
V. en sens contraire en l'espèce, mais selon un raisonnement identique : Cass. soc. 13 mars 1974, Bull. civ. V, n° 173, p. 164 : « *L'écrit envisagé, non indispensable pour la création du lien de droit entre les parties, ne devant être qu'une confirmation* » - Cass. soc. 2 mars 1993, JCP éd. E, II, n° 513, p. 286, note C. HOCHART : « *L'apposition par le salarié de sa signature sur le document ne constituait pas pour les parties un élément essentiel du contrat* ».
Dans ces deux espèces, les juges rejettent la demande de l'employeur qui prétendait que le contrat n'était pas conclu faute de rencontre des volontés sur tous les éléments de l'accord envisagé. Interprétant la commune intention des parties, les magistrats en déduisent que l'exigence d'un écrit ne pouvait constituer un obstacle à la conclusion du contrat.

879 CA Paris 21° ch. A 25 février 1985, Denis Jacques/INA, CERIT.

acceptation pure et simple en matière de modification du contrat de travail, en raison sans doute des liens très serrés entre ce mécanisme et le licenciement. L'efficacité de l'acceptation est soumise à un régime dont le particularisme est plus net.

B - L'adaptation marquée des conditions d'efficacité de l'acceptation

273. - En principe, les conventions conclues entre un employeur et un salarié sont consensuelles[880], c'est-à-dire qu'aucun formalisme n'est requis pour leur formation : dès que le bénéficiaire de l'offre a exprimé sa volonté d'accepter, l'accord est conclu. Mais il faut, pour que cette acceptation soit efficace, qu'elle intervienne alors que l'offre subsiste encore. Ainsi, avant même de déterminer *à quelle date* le contrat est conclu, la date de l'acceptation permet de savoir *si* le contrat a pu se conclure. Or, il apparaît que l'acceptant bénéficie d'un régime plus favorable que celui issu du droit commun (1). Par ailleurs, il faudra préciser ensuite la date et le lieu de l'acceptation car l'enjeu des contrats conclus par correspondance est particulier en droit du travail (2).

1 - L'efficacité de l'acceptation - la rétractation et la caducité de l'offre

274. - Une convention nécessite la coexistence de deux volontés : au moment où elle intervient, l'acceptation doit rencontrer l'offre qui l'a suscitée. Or, si celle-ci a été retirée ou est devenue caduque, l'acceptation qui interviendra après un tel événement n'aura plus aucune portée (plus précisément, l'offre ayant disparue, la réponse ne pourra plus être qualifiée d'acceptation)[881]. L'enjeu est donc très important de déterminer la mesure dans laquelle, quant à la formation du lien contractuel, le droit du travail soumet à un régime particulier la rétractation (a) et la caducité de l'offre (b).

a - La rétractation de l'offre

275. - En droit commun, si la faculté pour l'offrant de révoquer son offre est en principe admise, la jurisprudence y a cependant apporté quelques tempéraments. Lorsque l'offre est assortie d'un délai, son auteur doit la maintenir jusqu'à son terme. Lorsqu'aucun délai n'est prévu, elle est

---

[880] *Cf. infra* n° 382.

[881] C'est pourquoi il est fait également référence ici à des règles relatives à l'offre, mais qui ne présentent d'intérêt que s'il y a eu volonté d'accepter.

librement révocable mais la Cour de cassation invite les juges du fond à rechercher si l'offre ne comporte pas « *implicitement un délai raisonnable d'acceptation* »[882]. Deux situations sont donc à distinguer : soit l'offre n'est pas assortie d'un délai, soit elle en prévoit un expressément. Il apparaîtra alors que le droit du travail modifie le régime de ces deux hypothèses et qu'en outre, il tend à uniformiser quelque peu leurs règles.

276. - Dans le premier cas, lorsque l'offre n'est pas assortie d'un délai, il faut souligner d'emblée la relative pauvreté de la jurisprudence. Les exemples sont rares en effet où le problème d'une offre sans délai se pose devant les juridictions. Et dans les quelques illustrations à disposition, la terminologie utilisée n'est pas toujours exempte de reproches[883]. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, déjà ancien, a cependant posé un principe clair : « *Un délai de neuf jours, seulement,* [s'étant] *écoulé entre la réception par le salarié de son engagement et celle de sa révocation par l'employeur,* [les juges ont] *estimé* (...) *que ce délai n'excédait pas le temps de réflexion et de réponse, qu'à défaut de l'avoir préalablement fixé, la société était tenue d'accorder* [au salarié] »[884]. Ainsi, en l'absence de stipulation expresse, l'offre émise par l'employeur doit tout de même être maintenue un certain temps afin de permettre au salarié de se décider en toute connaissance de cause. On retrouve ici le délai raisonnable déjà évoqué en droit commun.

Mais si le principe est clair, sa sanction l'est beaucoup moins. En l'espèce, le conseil de prud'hommes avait accordé des dommages et intérêts au salarié au motif que la rupture n'était pas intervenue pendant la période d'essai. La Cour de cassation, rejetant le pourvoi, relève que « *leurs relations avaient été rompues avant tout essai* ». Est-ce à dire que le contrat de travail avait été conclu ? C'est ce que semble indiquer la Cour qui précise en outre que la décision du conseil d'administration de ne procéder « *à aucune création d'emploi et de rétracter son offre ne pouvait être opposée à un salarié que la société venait de s'obliger à embaucher en l'incitant à donner sa démission de son précédent emploi et à exposer des frais de*

---

882 Cass. civ. 3°, 10 mai 1972, Bull. civ. III, n° 297, p. 214. Voir F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, *Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 110 et s., p. 112 et s.- J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 214 et s., p. 197 et s.

883 CA Nancy 28 avril 1992, Mme Florentin/SA Boutique Parfums, CERIT : les juges évoquent la rétractation d'une offre d'embauche tout en constatant que le contrat est légalement formé. Il s'agit en réalité de l'inexécution du contrat de travail. V. aussi Cass. soc. 20 mai 1985, Bull. civ. V, n° 296, p. 212.

884 Cass. soc. 22 mars 1972, Bull. civ. V, n° 243, p. 221 ; D. 1972, p. 468.

voyages ». Si la rétractation de l'offre est inopposable au salarié, celui-ci peut se comporter comme si elle n'était jamais intervenue, et donc son acceptation sera efficace et emportera conclusion du contrat. L'employeur qui refusera d'exécuter ce contrat le rompra alors abusivement[885].

277. - En droit commun, il est parfois avancé que la sanction du non respect par l'offrant du délai assortissant sa proposition consiste, si l'acceptation a eu lieu au cours de ce délai, à considérer que le contrat est conclu[886]. Cette solution semble cantonnée aux cas où un délai exprès accompagnait l'offre, et en tout état de cause, elle est largement relativisée car elle ne reposerait sur aucune jurisprudence affirmée[887]. Il serait donc très intéressant de mieux étudier la portée de l'arrêt du 22 mars 1972, afin de savoir si, dans une optique favorable au salarié, la chambre sociale de la Cour de cassation considérerait qu'un contrat de travail est conclu lorsque l'offre, au surplus non expressément assortie d'un délai, est rétractée trop rapidement. La jurisprudence travailliste ferait alors preuve d'une certaine audace.

Néanmoins, il faut admettre que la rédaction de cette décision n'apparaît pas très explicite quant à la sanction : s'il est certes constaté que la révocation fautive par la société de son offre a bien causé un préjudice au salarié, il n'en est pas expressément déduit que la réparation la plus adéquate pour la victime est une réparation en nature, à savoir considérer le contrat comme conclu. En outre, l'attitude de la société est sanctionnée certes parce qu'elle n'avait pas respecté le délai de réflexion nécessairement compris dans l'offre, mais cette sanction, qui consiste précisément en l'inopposabilité de la rétractation de l'offre, résulte du fait que la société « *venait de s'obliger à embaucher* [le salarié] *en l'incitant à donner sa démission de son précédent emploi* ». Par ailleurs, la Cour approuve les juges du fond d'avoir déduit que la société n'avait pu, sans faute, révoquer son « *engagement d'emploi* ». L'analyse ainsi faite semble très liée aux circonstances précises de l'affaire.

En résumé, si une interprétation audacieuse de cette décision mettait en avant l'attention que porteraient les juges à l'égard de la volonté du

---

[885] Cass. soc. 23 novembre 1989, RJS 1/90, n°79, p. 51.

[886] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 149, p. 100.

[887] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, *Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 112, p. 115.

salarié dans le but d'en assurer le respect et l'efficacité, il faut bien convenir qu'ici, et en l'absence de décision ultérieure, la prudence doit rester de mise.

278. - Depuis lors, la Cour de cassation n'a semble-t-il pas eu l'occasion de se prononcer sur ce problème et les décisions des Cours d'appel ne sont guère significatives[888]. Par ailleurs, dans tous ces exemples, les litiges ne concernent que la conclusion du contrat de travail. Or, la question pourrait se présenter pour d'autres types de conventions, par exemple en cas d'offre par l'employeur de modifier le contrat de travail. L'intérêt pratique serait significatif si la proposition de l'employeur était favorable au salarié (une promotion...). Il paraît plausible d'admettre qu'en cas de révocation extrêmement rapide de son offre, et alors que le salarié souhaitait l'accepter, l'employeur engagerait sa responsabilité. La sanction pourrait-elle être plus efficace pour le salarié et consister en une réparation en nature, c'est-à-dire à estimer la modification réalisée ? Si cette solution est admise pour la conclusion du contrat de travail, il n'y a pas *a priori* de raisons de la rejeter dans cette hypothèse[889].

279. - **Dans le second cas**, l'offre est expressément assortie d'un délai. Nous allons en premier lieu caractériser l'enjeu de l'existence d'un tel délai, et en second lieu préciser l'origine possible de ce délai.

280. - En premier lieu, en ce qui concerne l'enjeu de l'existence de ce délai, les solutions s'écartent également de celles retenues en droit commun. La stipulation d'un délai n'est pas forcément plus avantageuse pour le bénéficiaire de l'offre. Certes, en principe, la révocation de l'offre sera interdite avant l'expiration de ce délai, et en ce sens, le destinataire de l'offre va bénéficier d'une certaine sécurité juridique. Mais il se voit

---

888 V. CA Nîmes 28 janvier 1988, Sté Drouilles et Ginart/Jordan, CERIT : les conseillers notent « *l'extrême rapidité avec laquelle se sont succédées l'offre de contrat et la rétractation* » et accordent des dommages et intérêts au salarié (mais ils évoquent « *l'annulation de la promesse d'embauche* », ce qui laisse apparaître une confusion entre cette notion et l'offre (*cf. supra* n° 209)).
Voir cependant CA Montpellier 17 décembre 1998, Syndicat d'initiative/Mme Vitel, CERIT : l'employeur « *ne peut pas opposer la caducité de l'offre de contrat* » qu'il a faite, après une certaine date, dès lors « *qu'aucune précision n'a été donnée à l'intéressée quant à la date d'acceptation* ». L'employeur a par conséquent rompu le contrat de travail.

889 On verra qu'il est possible de parvenir au même résultat en utilisant la notion d'offre dans l'intérêt exclusif du salarié : si le silence du destinataire d'une offre ne peut en principe valoir acceptation, il y a une exception lorsque cette offre est faite dans son intérêt exclusif. Malgré son silence, il sera censé l'avoir acceptée, *cf. infra* n° 502 s.

« *pousser à précipiter* [sa] *réaction* »[890] puisque l'offre sera caduque une fois le terme arrivé. Il s'élabore ainsi un équilibre[891] entre l'inconvénient pour le destinataire de l'offre qui n'a qu'un temps limité pour prendre sa décision, et l'avantage dont il dispose et qui consiste en la certitude que, pendant ce délai, l'offre ne pourra pas être impunément rétractée. Cet équilibre est cependant précaire et dépend de la sanction retenue en cas de retrait abusif de l'offre et en cas de dépassement du délai imparti pour y répondre, en d'autres termes, des conditions d'efficacité de l'acceptation.

281. - En droit du travail, l'équilibre semble remis en cause au profit du salarié. En effet, il a été précisé que l'offre émanant de l'employeur ne pouvait être rétractée sans engager sa responsabilité, même si aucun délai n'avait été expressément prévu. Il est probable qu'*a fortiori* la solution sera la même lorsque l'offre est assortie d'un délai (la question n'a semble-t-il jamais été posée en ces termes devant les juridictions). En outre, il est, comme on l'a vu, possible de considérer le contrat comme conclu si l'acceptation était intervenue dans le délai imparti, ce qui serait une sanction plutôt sévère pour l'employeur au regard des solutions en droit commun[892]. En tout état de cause, la sanction du non respect par l'employeur du délai stipulé dans l'offre est, pour le salarié, au pire similaire à celle retenue en droit commun, au mieux plus contraignante pour l'employeur.

282. - Mais la contrepartie est elle-même plus favorable au salarié. En principe, il n'est pas très avantageux pour le destinataire d'une offre de n'avoir qu'un temps limité pour y répondre, mais c'est la règle en droit commun. A l'expiration du délai exprimé dans l'offre, celle-ci est caduque et donc l'acceptation de son destinataire n'est pas efficace. Or, en droit du travail, certaines décisions ont corrigé cet inconvénient relatif, en accordant au juge le pouvoir d'apprécier la durée du délai fixé par l'employeur, durée qui doit être raisonnable et surtout pas trop brève.

---

890 J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 130, p. 126.

891 J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 130, p. 127.

892 Ceci sous réserve de l'interprétation et de la portée de Cass. soc. 22 mars 1972, précité. Il faut tout de même remarquer que considérer le contrat comme conclu lorsque l'acceptation intervient dans le délai prévu, et bien que l'offrant ait rétracté son offre, est néanmoins la solution retenue en droit de la consommation, dans lequel il s'agit également de protéger un contractant faible face à la puissance économique de l'autre partie : offre de prêt et diverses opérations de crédit (art. L. 311-8 C. consom.), offre de prêt pour l'achat d'un immeuble (art. L. 312-10 al. 1er C. consom.) par exemple. *Cf.* F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 112, p. 114.

En effet, l'employeur doit laisser au salarié « *le temps de la réflexion et de la réponse* »[893], et ne pas demander trop rapidement un refus ou une acceptation. Par exemple, laisser un délai de 24 heures à une salariée pour que celle-ci se prononce sur une mutation était insuffisant[894]. Il faut d'ailleurs préciser que souvent, l'insuffisance du délai est exprimée par le salarié qui demande un temps supplémentaire de réflexion[895]. Ainsi, même si l'employeur a prévu un délai, il n'est pas pour autant assuré que le juge ne va pas décider qu'une durée plus longue aurait été nécessaire[896].

283. - Les décisions citées ici ne concernent que la modification du contrat et les conséquences ont été que le licenciement, prononcé par l'employeur suite au refus des salariés, a été jugé sans cause réelle et sérieuse. Quelle serait la solution en cas d'offre de contrat de travail ? Par exemple, si un employeur offre un travail à un candidat, en exigeant de lui une réponse le jour même. Un délai aussi court, s'il n'était justifié par une urgence légitime, ne pourrait-il pas engager la responsabilité de l'employeur ? Une acceptation plus tardive pourrait-elle être quand même efficace ? Il se poserait alors le problème de la sanction.

Celle-ci pourrait-elle être de considérer le contrat comme conclu comme cela avait été apparemment le cas dans la décision de la chambre sociale de la Cour de cassation du 22 mars 1972[897] ? Elle s'inscrirait alors dans une certaine cohérence du régime, mais en réalité, un employeur qui se

---

[893] CA Poitiers 29 mai 1986, Mme Chauvin/Guilbaut, CERIT.

[894] Cass. soc. 21 juillet 1986, Bull. civ. V, n° 393, p. 301 : le licenciement alors prononcé par l'employeur est sans cause réelle et sérieuse.

[895] Cass. soc. 21 juillet 1986, précité - CA Poitiers 29 mai 1986, précité. *Contra* : CA Toulouse 9 mai 1985, Laboratoire d'analyses médicales/Melle Combier, CERIT : le contexte exigeait une réponse rapide alors que les salariés demandaient un mois de réflexion. Les juges ont estimé que le licenciement était légitime (par ailleurs, il semblerait que les salariés ont d'abord refusé la proposition de l'employeur puis ont demandé un délai).
A noter également une décision contestable qui rejette les demandes de la salariée car, entre autres motifs, elle avait rapidement répondu négativement à l'employeur, « *sans protester sur la brièveté du délai de réflexion dont elle n'a même pas attendu l'expiration* » (cas du délai légal d'un mois prévu à l'article L. 321-1-2 du Code du travail) : CA Nancy 5 mars 1996, RJS 7/96, n° 770, p. 499. Sur le cas particulier de l'article L. 321-1-2 du Code du travail : *cf. infra* Cass. avis 6 juillet 1998, RJS 8-9/98, n° 959, p. 616.

[896] En tout état de cause, la question de savoir si l'offrant ne peut imposer un délai trop bref est parfois sous-jacente dans le contentieux relatif aux vices du consentement et plus précisément à la violence et parfois au dol : ainsi, a-t-il pu être décidé que le consentement du salarié n'avait pas été valablement donné alors qu'il devait se déterminer sur la modification de son contrat le jour même (il s'était d'ailleurs rétracté le surlendemain) : Cass. soc. 12 juin 1997, SA Euroloisirs Castorama/Catella, CERIT.

Voir également, parmi un contentieux fourni issu des juges du fond, CA Besançon 21 octobre 1994, Mme Cakici/SA Janvier, CERIT (« *une transaction doit être annulée dès lors que la salariée n'a pu bénéficier du moindre délai de réflexion* »), et CA Metz 3 avril 1995, SARL La Brioche Dorée/Mme Filler, CERIT (délai de réflexion de trois heures seulement). *Cf. infra* n° 433.

[897] Cass. soc. 22 mars 1972, Bull. civ. V, n° 243, p. 221 ; D. 1972, p. 468.

verrait ainsi forcer d'embaucher un salarié préférerait rompre immédiatement le contrat, quitte à verser des dommages intérêts au salarié qui ne seraient sans doute pas très significatifs (en outre, le peu d'ancienneté du salarié lui interdirait, en principe, le droit à une indemnité de licenciement et à un délai de préavis importants). Le litige se situera plutôt directement sur ce terrain de la rupture du contrat de travail. Face à la demande du salarié d'obtenir l'exécution du contrat qu'il estime avoir conclu, l'employeur refusera d'obtempérer, cette attitude caractérisant un licenciement[898].

284. - En second lieu, quant à l'origine du délai, celui-ci peut être fixé dans l'offre[899] à l'initiative spontanée de l'employeur. Il peut également être déjà prévu dans le contrat[900], ou dans d'autres actes juridiques tels que la convention de conversion du FNE[901] ou la convention collective[902]. Il peut enfin être prévu par la loi : ainsi selon l'article L. 321-6 al. 4 du Code du travail, le salarié dispose d'un délai de réponse de 21 jours à la proposition de convention de conversion. De même, l'article L. 321-1-2 prévoit que le salarié a un mois pour faire connaître son refus d'une modification substantielle de son contrat de travail pour l'un des motifs cités à l'article L. 321-1. On peut cependant s'interroger sur la nature de ces deux délais prévus par le Code du travail.

285. - En ce qui concerne le délai de réponse à une proposition de convention de conversion, la loi ne le mentionne que pour en déduire la date d'effet de la rupture du contrat de travail. Faut-il en déduire néanmoins que l'employeur est tenu de maintenir son offre pendant ce délai ? Ce n'est pas ce qu'a décidé la Cour d'appel de Dijon, selon laquelle ce délai « *n'est pas un délai d'offre qui lie l'employeur pendant sa durée mais un délai de réflexion donné au salarié pour accepter ou refuser la proposition ; tant que celui-ci n'a pas fait connaître son acceptation, le contrat, à défaut d'accord de volonté des parties, n'est pas conclu et l'employeur reste libre de reprendre son offre* »[903]. Il paraît néanmoins discutable de distinguer

---

898 *Cf. supra* n° 149, sur la qualification de licenciement appliquée à ces hypothèses.

899 Cass. soc. 21 juillet 1993, GIE Forvemi/Irissou, CERIT.

900 CA Pau 25 octobre 1994, AGF/Mme Dupuy St Martin, CERIT.

901 CA Nîmes 9 février 1990, Mme Avenas/SA RVI, CERIT.

902 Cass. soc. 21 avril 1988, Bull. civ. V, n° 247, p. 161 ; Dr. soc. 1989, p. 87 : délai de réflexion d'un mois, en cas de mutation, prévu dans la convention collective des industries chimiques à l'article 9 de l'avenant relatif aux ingénieurs et aux cadres.

903 CA Dijon 1° octobre 1996, SNC Hoover Europe Alliance Group/Deniard et autres, CERIT.

délai d'offre et délai de réflexion car ces deux délais ont la même fonction : permettre au bénéficiaire de se prononcer en toute connaissance de cause. L'argumentation de cet arrêt n'est pas très convaincante, et il semble préférable d'appliquer à la proposition de convention de conversion le régime de l'offre en droit du travail[904] : l'employeur pourrait engager sa responsabilité s'il ne respecte pas le délai[905].

Bien entendu, dans tous les cas d'offre avec délai, le destinataire de l'offre peut prendre position avant l'arrivée du terme et alors, soit la rencontre des volontés s'est opérée grâce à l'acceptation de l'offre et la convention est définitivement conclue[906], soit il y a refus et donc absence de rencontre des volontés.

286. - En ce qui concerne le délai d'un mois pour refuser une modification substantielle de son contrat de travail pour l'un des motifs cités à l'article L. 321-1 du Code du travail, la particularité vient du fait qu'il s'agit d'un délai laissé au salarié pour refuser et non pour accepter. Si le délai est expiré, l'offre n'est plus caduque en raison de l'arrivée du terme, mais au contraire, la loi suppose que la rencontre des volontés s'est opérée[907] et donc qu'il y a eu modification du contrat de travail. En effet, l'absence de refus est considérée comme une acceptation tacite[908]. Que se passerait-il si l'employeur rétractait son offre moins d'un mois après l'avoir notifiée au salarié ? Cette rétractation serait-elle opposable au salarié ? L'intérêt pratique serait indéniable en cas de modification du contrat favorable au salarié, par exemple une promotion faite à un salarié dans le cadre d'une réorganisation collective. Si l'employeur la propose au salarié puis se ravise, le salarié peut-il encore l'accepter dans le délai d'un mois et considérer que la modification s'est réalisée[909] ? Il conviendrait d'apporter une réponse positive si l'on se réfère aux développements précédents. Cependant, la chambre sociale de la Cour de cassation a posé une solution contraire[910]

---

[904] *Cf.* G. COUTURIER, obs. sous Cass. soc. 5 mars 1997, Ammann et a./Fisons Laboratoires, Dr. soc. 1997, p. 532.

[905] Il restera alors à établir le préjudice du salarié, ce qui présentera quelques difficultés : quel sera son dommage si l'employeur renonce à rompre le contrat ?

[906] Même si l'effet de cet accord est repoussé au terme du délai. V. par ex. pour une convention de conversion : Cass. soc. 8 novembre 1995, CSBP 96, n° 76, A. 4, p. 13 - CA Toulouse 10 mars 1995, RJS 7/95, n° 807, p. 525.

[907] *Cf. infra* n° 512 s. sur les présomptions de volonté.

[908] *Cf. infra* n° 512 s.

[909] *Cf. supra* n° 281 : apparemment, il n'y a pas de différence à faire en droit du travail selon que le délai affectant l'offre est prévu par l'employeur, par la loi ou imposé par les juges.

[910] Cass. soc. 5 mars 1997, Ammann et a./Fisons Laboratoires, Bull. civ. V, n° 96, p. 69 ; RJS 4/97, n° 376, p. 252 ; Dr. soc. 1997, p. 531, obs. G. COUTURIER.

mais dont la portée est discutée[911]. Il apparaîtrait en effet que dans cette décision, la proposition de l'employeur ait été conditionnelle puisque liée à un projet de réorganisation sur lequel aucune décision définitive n'avait encore été prise. Une telle proposition ne serait sans doute pas assez ferme pour constituer une offre et il ne s'agirait donc pas de la rétractation d'une offre mais de la rupture de simples pourparlers.

Par ailleurs, dans ce cas précis de la modification pour motif économique (art. L. 321-1-2 C. trav.), la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu un avis concernant la possibilité pour le salarié de le proroger : « (...) *seule une réponse expresse et positive, ou le silence gardé pendant plus d'un mois, vaut acceptation de la modification proposée par l'employeur pour l'application de l'article L. 321-1-2 du Code du travail ; que dès lors une réponse dilatoire ou conditionnelle, telle qu'une demande de prorogation, constitue une réponse négative* »[912]. Une telle solution est relativement stricte pour le salarié car dans les hypothèses autres que l'article L. 321-1-2 du Code du travail, le fait pour le salarié de réclamer une prorogation du délai est plutôt un indice d'une trop grande brièveté de ce délai[913], et n'est pas interprété comme un refus du salarié. Ce raisonnement se justifie par le souci du législateur lors de la rédaction de l'article L. 321-1-2, de ne pas laisser l'employeur dans l'incertitude pendant plus d'un mois, afin de favoriser la bonne marche de l'entreprise[914].

287. - En résumé, il y aurait ainsi une inflexion dans le sens d'une unification des règles relatives au maintien de l'offre par rapport au droit commun : en droit du travail, le régime est le même que l'offre soit avec ou sans délai expressément stipulé. Si l'offrant retire son offre avant l'expiration du délai prévu par l'employeur ou imposé par les juges, il engage sa responsabilité, comme en droit commun, mais avec le risque qu'en guise de réparation, le juge considère la convention comme conclue. La protection du salarié est ainsi mieux assurée. Par ailleurs, les juges vont exiger que l'employeur offrant maintienne son offre pendant un délai raisonnable, que l'employeur ait omis de prévoir ce délai (solution conforme au droit commun) ou qu'un délai ait été prévu, auquel cas les juges se

---

911 G. COUTURIER, obs. sous Cass. soc. 5 mars 1997, Ammann et a./Fisons Laboratoires, Dr. soc. 1997, p. 532.

912 Cass. avis 6 juillet 1998, RJS 8-9/98, n° 959, p. 616.

913 *Cf. supra* n° 282.

914 V. par exemple H. BLAISE, *La modification substantielle du contrat de travail,* Dr. soc. 1994, p. 189. *Cf. infra* n° 512.

réservent le droit de décider qu'il est trop bref, et font donc ici aussi application de l'exigence d'un délai raisonnable.

Le droit du travail pose également des solutions particulières en matière de caducité de l'offre.

b - La caducité de l'offre

288. - La caducité est l'état d'un acte juridique valable mais privé d'effet en raison de la survenance d'un fait postérieurement à sa création[915]. Ainsi, l'offre est caduque lorsque le délai imparti à son bénéficiaire pour prendre position est expiré. De même, l'incapacité de l'offrant qui surviendrait après l'émission de l'offre et avant son acceptation rendrait caduque cette offre[916]. La jurisprudence sociale sur ces points est extrêmement rare, alors qu'un problème particulier pourrait surgir lorsque l'employeur est l'offrant, et dont la solution ne devrait pas être conforme au droit commun. Ici aussi, la dimension institutionnelle du rapport d'emploi prend le pas sur sa dimension contractuelle.

289. - Il s'agit de l'hypothèse de la caducité par changement d'employeur, lorsque le précédent employeur était l'offrant. Une telle opération entraîne-t-elle la caducité des offres émises par le précédent employeur ou le nouvel employeur est-il lié par celles-ci ? Il faut rappeler qu'en droit commun, il paraît aujourd'hui admis que le décès de l'offrant entraîne la caducité de son offre[917]. Le Code du travail ne résout pas cette question et à notre connaissance, aucune juridiction n'a encore eu l'occasion de régler ce problème en droit du travail. Seul l'article L. 122-12 du Code du travail peut donner quelques indications. Selon ce texte, « *s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le*

---

[915] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6° éd. 1996, *v°caducité.*

[916] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 111, p. 113 - J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. de dr. privé, t. 109, n° 265 et s., p. 237 et s. *Contra* J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 317, p. 281.

[917] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 111, p. 113 - J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. de dr. privé, t. 109 : l'auteur distingue selon que l'on est en présence d'une offre (n° 249, p. 224), ou d'une pollicitation (n° 261, p. 234).
Voir cependant Cass. civ. 3°, 10 décembre 1997, Défrénois 1998, p. 336, obs. D. MAZEAUD ; D. 1999, Somm. 9, comm. A. BRUN, mais la portée de cette décision est discutée (F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 113, p. 118).

nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». Le décès de l'employeur n'est ainsi qu'une hypothèse parmi celles envisagées par l'article L. 122-12 du Code du travail[918]. Il nous semble qu'en vertu de ce texte, ni le décès ni plus globalement le changement d'employeur ne devrait conduire à la caducité de son offre.

290. - Certes, ce texte d'ordre public ne tient pas compte de l'important *intuitus personae* de l'employeur envers ses salariés en restreignant sa possibilité de choisir ses collaborateurs alors que cette liberté s'est vue reconnaître une valeur constitutionnelle[919]. Il devrait donc être interprété restrictivement, et comme il n'est pas fait mention de la notion d'offre, cet article ne visant que les contrats déjà conclus, il n'y a guère de raison d'appliquer cette disposition à l'offre.

Néanmoins, il faut d'emblée remarquer que la plupart des dispositions du Code du travail résultent d'une conciliation entre le pouvoir de l'employeur et les droits du salarié, et que le principe qui gouverne leur interprétation est peut-être moins celui d'une analyse restrictive qu'une analyse favorable au salarié[920]. La dimension statutaire doit primer ici sur la conception d'inspiration contractuelle de caducité de l'offre et de l'*intuitus personae*. Par ailleurs, il est peut-être excessif de distinguer la simple offre du contrat définitif : selon l'article L. 122-12, le nouvel employeur ne peut pas revenir sur les choix faits par son prédécesseur quant à la sélection des salariés et de leur contrat de travail ; il est engagé par les décisions antérieurement prises, quel que soit le motif du transfert d'entreprise[921]. Il paraît envisageable que le nouvel employeur doive reprendre également ces offres, auxquelles il ne manque que quelques jours ou semaines pour devenir des contrats définitifs. Enfin, dans le cas d'un changement d'employeur, le nouvel employeur est tenu de respecter la priorité de

---

[918] J. BEAUCHARD, *Les héritiers de l'employeur, in Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF 1992, p. 55.

[919] Cons. const., D.C. n° 244-88 du 20 juillet 1988, Dr. soc. 1988, p. 760, chron. X. PRETOT, *L'inconstitutionnalité du droit à réintégration du salarié protégé licencié pour faute lourde*, p. 755 ; D. 1989, p. 269, n. F. LUCHAIRE ; JCP 1989, éd. E, II, 15530, n. M. PAILLET. Voir, pour une application de ce principe de liberté d'embauche, CA Montpellier 17 octobre 2000, RJS 4/01, n° 403, p. 301.

[920] V. pour une présentation plus nuancée, A. CHIREZ, *L'interprétation favorable au salarié constitue-t-elle un principe général du droit du travail ?*, Sem. soc. Lamy, n° 590, 9 mars 1992, Forum p. 3.

[921] Voir Cass. soc. 5 octobre 1999, JCP 2000, E, p. 421, n. F. DUQUESNE ; Dr. soc. 2000, p. 112, obs. J.-P. LABORDE, sur la transmission d'un avantage reconnu aux salariés par le précédent employeur.

réembauchage accordée aux salariés licenciés pour motif économique[922]. S'il doit présenter en priorité une offre de contrat de travail à certains salariés du fait de la gestion du précédent employeur, pourquoi ne serait-il pas tenu de maintenir les offres préexistantes ? Elles ne deviendraient pas automatiquement caduques, et donc le salarié devrait pouvoir les accepter, mais elles pourraient éventuellement être révoquées par le nouvel employeur[923].

291. - Et si cette solution prévaut quant à l'offre de contrat de travail, il serait logique de l'appliquer également pour les autres types d'offres, et notamment les offres de modification du contrat. Ainsi, si une promotion était offerte à un salarié et si celui-ci ne l'acceptait qu'après le changement d'employeur, le nouvel employeur devrait être tenu de respecter cette modification du contrat. Surtout, un argument de texte vient appuyer ce raisonnement : selon l'article L. 122-12-1, hormis dans certains cas, « *le nouvel employeur est* (...) *tenu, à l'égard des salariés, dont les contrats de travail subsistent, des obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de cette modification* ». Or, l'ancien employeur avait l'obligation de maintenir l'offre un certain temps, et par conséquent le nouvel employeur y est aussi tenu. Il est à noter que cet argument de texte ne peut pas être utilisé pour un contrat de travail car il suppose que les « *contrats de travail subsistent* », c'est-à-dire qu'ils soient déjà conclus, ce qui est par hypothèse exclu dans le cas d'une offre de contrat de travail[924].

Ainsi, les règles relatives à l'efficacité de l'acceptation sont, ou devraient être, en théorie, clairement adaptées par le droit du travail. Par ailleurs, comme il semble que le salarié se trouve plus fréquemment en position d'acceptant potentiel, il n'est guère étonnant que cette adaptation du droit commun quant à l'acceptation lui soit favorable. Il reste à préciser

---

[922] Cass. soc. 26 février 1992, Dr. soc. 1992, p. 378.

[923] Sous réserve de ne pas engager sa responsabilité, ce qui sera le cas si le délai prévu ou raisonnable n'est pas expiré. En outre se posera le problème de la connaissance par le nouvel employeur des offres faites par son prédécesseur, ce qui n'est pas évident en raison de l'absence de formalisme qui peut être constatée dans les négociations contractuelles.

[924] On pourrait néanmoins énoncer qu'*a contrario*, si l'employeur n'est tenu des obligations incombant à l'ancien employeur que si le contrat de travail est déjà conclu, il ne pourra pas se voir opposer les offres de contrat de travail émises par l'ancien employeur. Une telle solution ne serait pas dépourvue de bon sens car en pratique, il semble difficile pour le nouvel employeur de connaître les offres émises par son prédécesseur car elles ne laissent pas toujours des traces matérielles (surtout en cas de décès inattendu de celui-ci). Mais cette incertitude ne devrait pas, selon nous, pénaliser le salarié, et ses conséquences devraient être réglées entre les deux employeurs successifs, par l'éventuel recours du second envers le premier ou sa succession.

l'originalité du droit du travail par rapport au droit commun en ce qui concerne la date et le lieu de l'acceptation.

2 - La date et le lieu de l'acceptation - Le problème des contrats par correspondance[925] en droit du travail

292. - Connaître la date de l'acceptation a une grande importance pour savoir si cette acceptation a été efficace et donc si la convention a été conclue. Mais il faut maintenant aller plus loin et déterminer quelle date d'acceptation les juges retiendront. Le problème ne se posera évidemment pas lorsque les contractants sont en contact direct l'un avec l'autre[926], mais ce ne sera pas le cas des contrats dits entre absents ou par correspondance, c'est-à-dire essentiellement ceux formés par l'échange de courriers. Il y a alors un décalage entre le moment où est émise la volonté d'un contractant et celui où son cocontractant en a connaissance.

L'intérêt de cette théorie des contrats par correspondance ne concerne pas uniquement le moment de formation du contrat, mais, et c'est là la particularité du droit du travail, aussi son lieu de formation. En effet, l'article R. 517-1 al. 3 du Code du travail permet au salarié de saisir le conseil de prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté s'il s'agit d'un travail effectué en dehors de tout établissement[927]. Et c'est en fait sur ce dernier problème que s'est concentrée la jurisprudence travailliste. C'est donc à partir de ces solutions, relatives au lieu de conclusion du contrat de travail, qu'il faut tenter d'établir une vision générale de la formation par correspondance du contrat de travail.

En conformité avec l'évolution de la jurisprudence civiliste, la chambre sociale de la Cour de cassation, après avoir considéré que c'était une question de fait relevant du pouvoir souverain des juges du fond[928],

---

[925] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 157 et s., p. 154 et s.

[926] C'est-à-dire quand les deux personnes sont en présence l'une de l'autre ou communiquent l'une avec l'autre directement, par exemple par téléphone, vidéo-transmission ou discussion sur un réseau électronique via l'internet.
Une telle solution est déjà préconisée en ce qui concerne la télécopie (ou fax) : voir R. ROUTIER, *De la valeur juridique du fax*, Les petites affiches, 5 mai 1992, p. 26, spéc. n° 10 (« *le moment de l'émission est en principe quasiment confondu avec celui de la réception* »). V. également J. HUET, *La valeur juridique de la télécopie (ou fax) comparée au télex*, D. 1992, chron. p. 33.

[927] Dans ce cas, un contrat conclu par téléphone, s'il ne présente aucune particularité par rapport à un contrat conclu par écrit quant au moment de formation, conduit à une solution spécifique quant au lieu de formation.

[928] Cass. soc. 15 février 1945, DP 1945, somm. p. 11 ; Cass. soc. 20 juillet 1954, JCP 55, II, 8775, note A. RABUT : l'auteur explique cette solution par le nécessaire pragmatisme de l'analyse des relations de travail.

paraît aujourd'hui privilégier le système de l'émission : c'est au jour où le bénéficiaire de l'offre expédie son acceptation que le contrat est réputé conclu[929].

293. - La loi peut elle-même aménager ces modalités de rencontre de leur volonté. Ainsi, l'article L. 321-1-2 du Code du travail indique que « *la lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un délai d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus* » [d'une modification substantielle du contrat pour motif économique]. L'emploi de l'expression « *faire connaître* » implique la connaissance par l'employeur de ce refus avant l'expiration du délai d'un mois. Il est donc nécessaire, pour que l'employeur en ait connaissance, qu'il ait reçu cette réponse. La loi impose ici le système de la réception.

Enfin, il est bien sûr possible que les parties elles-mêmes prévoient quel mécanisme s'appliquera. Par exemple, dans sa proposition de modification du contrat de travail, l'employeur peut préciser que la réponse doit lui parvenir avant 10 jours. Même si elle est expédiée le neuvième jour, une réponse reçue par l'employeur seulement le onzième jour n'aurait plus aucune efficacité car l'offre serait caduque[930]. L'offrant a ici imposé la théorie de la réception, dont il a été précisé qu'elle doit être stipulée car à défaut, la jurisprudence semble faire prévaloir la théorie de l'émission (ou expédition)[931].

---

[929] Cass. req. 21 mars 1932, DP 1933, 1, 65, note. E. SALLE DE LA MARNIERE - Cass. soc. 22 avril 1955, D. 1956, p. 62 - Cass. soc. 22 juin 1956, Bull. civ. IV, n° 579, p. 432 - Cass. soc. 10 juillet 1959, Bull. civ. IV, n° 920, p. 735 - Cass. soc. 3 mars 1965, D. 1965, p. 492 - Cass. soc. 2 juillet 1969, D. 1970, somm. p. 46 (affirmation plus prudente) - CA Toulouse 6 mars 1970, JCP 1970, II, 16499 - CA Metz 17 mars 1992, SA Alu Plus/Bauer, CERIT - CA Douai 26 juin 1992, Sent/Bureau d'études Fru, CERIT - CA Montpellier 14 octobre 1993, SFTA/Curmi, CERIT.
V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, *Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 164, p. 158.
Quant au problème de la connaissance du lieu de formation du contrat de travail, celui-ci sera formé au lieu d'expédition de l'acceptation. Des recherches techniques poussées seront nécessaires si l'acceptation a été émise par le biais de moyens de communications mobiles (téléphonie mobile, ordinateur portable et communicant). Le salarié aura ici la possibilité d'émettre son acceptation dans le ressort du conseil de prud'hommes de son choix qui sera compétent dans le cas de l'article R. 517-1 al. 3 du Code du travail.

[930] Cass. soc. 21 juillet 1986, Bull. civ. V, n° 393, p. 301, Som. Droit du Travail 1986, p. 1199 : « *la décision du salarié devait être notifiée à l'employeur au plus tard le 8 juillet* ».

[931] L'arrêt précité de la Cour d'appel de Toulouse du 6 mars 1970 est souvent présenté comme un exemple d'aménagement conventionnel du moment et du lieu de formation du contrat : l'employeur avait prévu dans son offre que l'acceptation par le salarié n'était pas suffisante car il fallait en outre une nouvelle expression de volonté de l'employeur, ce qui changeait le lieu de formation du contrat. Mais si une nouvelle intervention de l'employeur est nécessaire, c'est que sa proposition initiale ne constituait pas une offre, donc la réponse du salarié n'était pas une acceptation mais une offre. Il est alors normal de conclure que la réponse de l'employeur, acceptant l'offre du salarié, détermine le lieu de formation du contrat puisqu'elle

Si l'enjeu de la théorie des contrats entre absents est donc particulier en droit du travail, le régime de cette théorie est quant à lui plutôt conforme au droit commun.

* * *

L'offre et l'acceptation sont les deux manifestations de volonté nécessaires à la formation d'une convention. Leur encadrement en droit commun reste peu développé, comme si sur ce point, la volonté contractuelle continuait à régner sans partage ou presque. La transposition de ces règles en droit du travail posait alors la question de savoir dans quelle mesure la dimension statutaire du rapport d'emploi allait les infléchir. Et il s'avère que l'infléchissement opéré est particulièrement net. Il en ressort une inévitable adaptation des conditions d'application de l'offre et de l'acceptation en droit du travail, ayant généralement pour effet de préserver les intérêts du salarié.

Cette tendance du droit du travail à adapter le droit commun est encore plus vive en ce qui concerne les conditions d'application de certaines notions régissant l'intégrité de la volonté.

---

détermine sa formation même. C'est la formation du contrat qui est retardée, et ainsi, mais ce n'en est que la conséquence logique et non pas un aménagement conventionnel, son lieu de formation.

Section II - L'adaptation des conditions d'application de notions régissant l'intégrité de la volonté

294. - Le droit commun fournit au droit du travail des notions utiles à la protection de l'intégrité de la volonté, notions qui verront leurs conditions d'application adaptées plus nettement encore qu'en matière d'existence de la volonté. Ces problèmes sont cruciaux pour le respect du régime de la volonté. La confrontation entre la dimension institutionnelle et la dimension contractuelle est en effet particulièrement vive ici. La subordination du salarié à l'employeur paraît peu compatible avec l'exigence classique d'une volonté libre. Les conditions d'application du vice de violence seront dès lors adaptées par le droit du travail dans le but de faciliter sa mise en oeuvre par le salarié (Sous-section II). De même, le pouvoir de l'employeur, les moyens matériels et juridiques dont il dispose, pourraient lui permettre d'aller très loin, voire trop loin, dans la recherche d'information sur le salarié, alors que celui-ci n'est pas en mesure d'exiger de telles informations de la part de l'employeur. Il est dès lors inévitable que des notions relatives au caractère éclairé de la volonté voient leurs conditions d'application également adaptées par le droit du travail (Sous-section I).

Sous-Section I – L'adaptation des conditions d'application de notions relatives au caractère éclairé de la volonté

295. - L'auteur d'un acte juridique doit être suffisamment informé pour émettre sa volonté en toute connaissance de cause. Il n'émettra une volonté saine et éclairée que s'il a connaissance de tous les paramètres essentiels dont va dépendre sa décision. Cette exigence n'est pas ignorée dans le Code civil, même si elle n'y est évoquée que de façon négative par l'énumération des cas dans lesquels cette qualité fera défaut. C'est la théorie des vices de la volonté, plus particulièrement ici l'erreur et le dol[932]. Le droit du travail a adapté le régime de ces deux vices de la volonté, mais de manière contrastée : l'adaptation est en effet beaucoup plus marquée pour le dol que pour l'erreur (§1).

A cette protection classique du caractère éclairé de la volonté se sont ajoutés des moyens de protection plus préventifs que curatifs, au premier

---

[932] Art. 1109, 1110 et 1116 du Code civil. Sur la généralisation du terme *volonté*, à la place de *consentement*, *cf. supra* n° 22.

rang desquels figure l'obligation d'information. Son régime a paradoxalement été simplifié par le droit du travail, ce qui avantage son débiteur (§2).

§1 - L'adaptation contrastée des régimes du dol et de l'erreur

296. - Il faut tout d'abord tenter d'expliquer la relative rareté du contentieux concernant le dol et l'erreur en droit du travail. Deux pistes de réflexion seront proposées.

D'une part, le dol et l'erreur reflètent tous deux un état psychologique de la victime (l'*errans*), qui prétend que ce qu'elle avait à l'esprit s'avère différent de la réalité. C'est à l'*errans* qu'incombe la charge de prouver la discordance entre la réalité et sa croyance au moment de la formation de l'acte juridique. Si la preuve peut être apportée par tout moyen, le caractère psychologique, interne de l'erreur la rend très difficile à démontrer, et dans la grande majorité des cas soulevés en jurisprudence, l'action est rejetée soit parce que l'erreur n'est pas prouvée[933], soit parce que la démonstration est faite que le prétendu *errans* connaissait la situation réelle[934]. Appréciant souverainement[935] les situations au cas par cas, les juges du fond peuvent déduire du contexte la réalité ou au moins le caractère vraisemblable de l'erreur alléguée. Ainsi ont-ils jugé qu'un salarié disposant de certaines capacités intellectuelles est moins enclin à commettre une erreur[936], de même qu'un salarié assisté par un conseiller[937].

---

[933] V. parmi les nombreux exemples Cass. soc. 30 mai 1979, Bull. civ. V, n° 479, p. 353 : « *la cour d'appel a pu estimer que* [le salarié] *n'avait pas démontré qu'il eût souscrit les conventions susvisées* (...) *sous l'influence de l'erreur, du dol ou de la violence* » - Cass. soc. 5 mars 1986, Bull. civ. V, n° 60, p. 48 - Cass. soc. 14 janvier 1988, JCP 1988, éd. E, II, 15181, n. F. TAQUET - Cass. soc. 9 février 1989, Mme Lozano/SA Maisons Phénix Provence, CERIT - Cass. soc. 15 novembre 1989, Jurisp. soc. UIMM 1990, p. 52 - Cass. soc. 12 mai 1993, Petit/SA Sté Comte, CERIT.

[934] CA Douai 16 mars 1990, Mme Buniet/SA Coudekerque Distribution, CERIT - CA Metz 10 janvier 1995, Garce/SA Madrange, CERIT - CA Nancy 7 février 1995, SA Mannesmann Demag/Cucci, CERIT : « *le salarié a été totalement informé...* » - CA Besançon 26 septembre 1995, Viene/SA Constructions Electriques de Beaufort, CERIT : les juges rejettent la prétention de l'*errans* car ils constatent qu'il avait été régulièrement informé et ne pouvait donc se prévaloir d'une ignorance ou d'une incompréhension des termes de la transaction.
Il faut noter que les magistrats n'utilisent pas toujours le concept d'erreur, mais vérifient que l'acte juridique a été formé « *en toute connaissance de cause* » (CA Dijon 4 octobre 1994, Mle Jeanin/SARL La rotinerie et a., CERIT) ou non (CA Rennes 21 juin 1990, Mourrain/Mme Bodenan, CERIT).

[935] Cass. soc. 12 mai 1993, Petit/SA Sté Comte, CERIT.

[936] CA Paris 21° ch. A, 24 juin 1986, M. Ashorgbor/Sté Temat, CERIT : le salarié, « *d'un niveau universitaire, responsable dans l'entreprise de la paie et du personnel et qui dans sa formation professionnelle, avait suivi le stage de gestion et administration des entreprises, option personnel, ne peut sérieusement faire admettre qu'il considérait que sa lettre de démission n'avait aucune portée* » - CA Nancy 10 juin 1996, Michel/SA Ets. Weisrock, CERIT : le salarié est un comptable

Ce constat de la difficulté de la preuve est particulièrement vrai en matière d'erreur spontanée mais il doit être un peu nuancé à propos de l'erreur provoquée, pour laquelle l'intervention, la manœuvre d'une autre personne pourra, au travers de sa matérialisation, en faciliter la preuve.

D'autre part, la sanction de ces deux vices de la volonté n'est pas toujours adaptée en droit du travail, en particulier pour le contrat de travail, dont la nullité s'avère longue et complexe à mettre en oeuvre par l'employeur. Il peut paraître plus efficace de le rompre unilatéralement, par la démission pour le salarié, et par le licenciement pour l'employeur, en se fondant notamment sur la faute du salarié qui aurait fourni des renseignements incomplets ou inexacts. Et c'est effectivement par le biais de la faute du salarié qu'est traitée une part importante des hypothèses dans lesquelles la volonté de l'employeur n'a pas été suffisamment éclairée. La chambre sociale de la Cour de cassation a cependant récemment exprimé de manière explicite la dualité d'actions que l'employeur peut mettre en oeuvre, tout en en redéfinissant les différentes conditions[938]. La dérive vers le licenciement du contentieux relatif au dol du salarié pourrait être stoppée, et serait ainsi remise au premier plan la nullité du contrat de travail, bien que ses conditions soient entendues très strictement par la jurisprudence.

Par ailleurs, il arrive que le droit du travail développe des sanctions spécifiques qui vont s'appliquer de manière hégémonique. Ainsi, nous préciserons que la requalification en licenciement est bien souvent la sanction d'une volonté non éclairée dans la formation d'un acte juridique rompant le contrat de travail[939].

Ces remarques ne sont cependant pas d'une portée générale, la nullité restant la sanction adéquate pour d'autres actes juridiques tels que la transaction.

---

dont les fonctions supposent un minimum de connaissances juridiques - CA Montpellier 26 novembre 1998, Mme Zerby/CIDO, CERIT : « *la salariée, eu égard à son niveau d'études* (...) *n'a pu être trompée ni induite en erreur* ». Voir également, reprenant l'argument du juge du fond, Cass. soc. 12 décembre 1984, Sirk Illar/SA Bouygues, CERIT : salarié « *cadre de haut niveau* ».

[937] CA Rennes 2 février 1995, Les Mutuelles de Loire Atlantique/Mme Trigodet, CERIT : salarié assisté par un avocat.

[938] Cass. soc. 30 mars 1999, RJS 5/99, n° 626, p. 395 ; JCP 1999, G, p. 1994, n. J. MOULY : « *la fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'embauche n'est un manquement à l'obligation de loyauté susceptible d'entraîner la nullité du contrat de travail que si elle constitue un dol. Elle ne constitue une faute susceptible de justifier le licenciement que s'il est avéré que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté* ».

[939] Sur l'hégémonie du licenciement, *cf. supra* Partie I - Titre II - Chapitre I, n° 141 s.

Malgré la rareté du contentieux, les décisions sont suffisamment significatives pour permettre de conclure à la faible adaptation du régime de l'erreur (A), par contraste avec la réelle transformation du régime du dol en droit du travail (B).

A - Adaptation mesurée du régime de l'erreur

297. - Définie classiquement comme une représentation inexacte de la réalité[940], prévue à l'article 1110 du Code civil, l'erreur s'applique tant en matière de convention[941] qu'en matière d'acte juridique unilatéral[942]. Par opposition au dol, l'erreur est en principe spontanée et non provoquée par les agissements d'une tierce personne.

L'erreur peut également être invoquée en droit du travail[943] : si une personne a formé un acte juridique en se méprenant sur certains éléments de cet acte juridique ou sur ses conséquences, cette erreur lui permettra d'invoquer soit, conformément au droit commun, la nullité de cet acte, soit, dans certains cas, des conséquences plus spécifiques au droit du travail telles que la justification d'une rupture[944] ou la requalification de cet acte[945].

---

[940] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 200, p. 195 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 199, p. 130 - J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, PUF, 21° éd. 1998, n° 41, p. 95.

[941] Art. 1110 C. civ.

[942] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 492, p. 361 - J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949, n° 220 s., p. 207 s.

[943] Dans certains cas, il s'agit de l'erreur obstacle, qui aboutit non pas à un vice de la volonté mais à une absence de volonté. L'erreur commise est telle que la formation du contrat est inconcevable (F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 202, p. 196 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 194, p. 131) puisque les volontés n'ont pas pu se rencontrer. Tel sera le cas lorsqu'une erreur est commise sur la nature même du contrat envisagé ou sur l'identité de la chose objet du contrat. La rencontre des volontés n'a pas eu lieu puisque le bénéficiaire de l'offre a accepté cette offre dans des termes radicalement différents. Ces hypothèses concernent alors plus l'existence de la volonté que son intégrité et son caractère éclairé. Cette catégorie d'erreur ne donne pas lieu à un contentieux significatif, et à notre connaissance une seule décision de la chambre sociale de la Cour de cassation s'y réfère expressément en droit du travail : a ainsi été déclarée nulle la convention conclue entre un représentant et son employeur car ce représentant n'avait pas eu l'intention de renouveler véritablement l'accord antérieur mais « *a voulu essentiellement obtenir sans contrepartie réelle la résiliation de l'engagement de non-concurrence qui le liait précédemment pour entrer aussitôt au service d'une autre société* », et car l'employeur « *n'y avait consenti que par erreur, parce qu'[il] l'ignorait et envisageait autrement que* [le salarié] *l'objet et la cause du contrat sur lesquels il n'y avait donc pas eu d'accord de volontés des parties* » (Cass. soc. 3 février 1965, Bull. civ. IV, n° 102, p. 84. V. également CA Nîmes 20 janvier 1998, Benoudiba/Gibert " Imprimerie du Comtat ", CERIT (cas d'une transaction)). De telles hypothèses d'erreur restent exceptionnelles.

[944] V. par ex. Trib. paix Etampes 9 novembre 1949, JCP 1951, II, 5980 : le salarié a justifié sa démission précipitée par une erreur sur les conditions de son travail.

Il faut une réelle méprise entre la réalité et la croyance de l'*errans* pour que soit caractérisé ce vice de la volonté. A défaut, la prétendue victime ne pourra prétendre exercer une action quelconque, soit que son erreur était bénigne, soit qu'il ne s'agissait que d'une simple erreur matérielle sans incidence sur la validité de l'acte juridique litigieux[946].

Le régime de l'erreur en droit du travail reprend la distinction entre l'erreur sur la substance et l'erreur sur la personne, mais sans approfondir réellement la richesse que cette distinction pouvait receler dans cette branche du droit (1). Il en ressort une modification par le droit du travail du régime de l'erreur car la dimension statutaire du rapport d'emploi empêchera ici la prise en compte de l'*intuitus personae*, alors que le droit commun l'autorise. Par ailleurs, conformément au droit commun, l'erreur commise doit avoir été déterminante de la volonté de son auteur (2).

1 - La distinction entre l'erreur sur la substance et l'erreur sur la personne

298. - Si l'erreur sur la substance n'appelle que peu de commentaires du fait de la similitude de son régime avec celui du droit commun (a), l'erreur sur la personne suscite plus de réactions : alors qu'elle paraissait devoir jouer un rôle important en droit du travail, et notamment à l'initiative de l'employeur en raison de la présence importante de l'*intuitus personae*, elle est véritablement délaissée par le droit positif (b).

a - L'erreur sur la substance

299. - Prévue à l'article 1110 alinéa 1 du Code civil, la notion d'erreur sur la substance est aujourd'hui interprétée comme une erreur sur les qualités substantielles de la chose objet de l'acte juridique[947]. En réalité,

---

[945] Cette hypothèse exceptionnelle vise les ruptures du contrat de travail. Si le salarié démissionnaire est victime d'une erreur, il pourra demander la requalification de la rupture en licenciement. V. par ex. CA Dijon 15 décembre 1987, SA Journay Frères/M. Bayard, CERIT.

[946] V. par ex. Cass. soc. 11 décembre 1990, Vaisseau/SA La Paternelle Risques Divers et a., CERIT : erreur de calcul. V. également Cass. soc. 6 février 1980, Bull. civ. V, n° 112, p. 83 - Cass. soc. 9 janvier 1985, D. 1985, IR, p. 237 - CA Paris 6 novembre 1992, RJS 1/93, n° 112, p. 69 (erreur de calcul). Voir également les deux arrêts cités *in* CSBP 2000, n° 121, D 011.
V. pour une illustration d'une erreur sur la valeur, non constitutive d'un vice de la volonté : CA Versailles 19 avril 1991, RJS 7/91, n° 911, p. 476 (erreur sur la rémunération allouée au salarié).

[947] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 206, p. 198 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 196, p. 133.

le contrat de travail n'ayant pas pour objet une chose matérielle, mais un louage de services, c'est-à-dire une prestation immatérielle, il n'est pas très pertinent d'évoquer la notion de chose et il est plus adéquat d'employer la formule plus générale de qualités substantielles[948].

Il est délicat de définir *a priori* ce qui peut être compris dans la notion de qualités substantielles. Il s'agit certainement en premier lieu des éléments essentiels[949], objectifs ou subjectifs, de chaque acte juridique, tels que la rémunération, les fonctions exercées et éventuellement le lieu de travail et la date d'entrée en fonction pour le contrat de travail, les éléments modifiés en cas de modification du contrat de travail[950], l'indemnité de rupture et la date de cette rupture en cas de rupture d'un commun accord, ou les concessions réciproques dans le cadre de la transaction, pour ne citer que ces quelques exemples, les plus fréquents en jurisprudence.

300. - Cette liste, loin d'être exhaustive, n'est en outre pas suffisante en elle-même, puisqu'il est possible qu'une erreur soit invoquée sur d'autres éléments que ceux qualifiés d'essentiels lors de la formation de l'acte juridique. En effet, d'une part, si les conditions de l'erreur sont réunies, notamment son caractère déterminant[951], elle pourra porter sur tout élément de l'acte juridique[952] et même sur ses conséquences ou sa portée[953]. Il faut d'ailleurs rappeler que l'erreur peut être commise aussi bien sur le fait que sur le droit[954]. D'autre part, la référence aux éléments essentiels de l'acte juridique n'est pas très efficace en matière d'acte juridique unilatéral[955], sur les éléments duquel une erreur sera beaucoup plus rarement commise que

---

948 Sur la constatation du caractère substantiel de l'erreur en droit du travail, voir Cass. soc. 7 juillet 1980, Bull. civ. V, n° 608, p. 455 : « *erreur sur les conditions substantielles du contrat* ». V. également CA Nancy 10 juin 1996, Michel/Ets. Weisrock, CERIT.

949 Sur cette notion, *cf. supra* n° 237 s.

950 Cass. soc. 7 juillet 1980, Bull. civ. V, n° 608, p. 455 : l'avenant est annulé pour erreur sur les conditions substantielles du contrat constituées par le mode de rémunération et la qualification du salarié.

951 *Cf. infra* n° 307 s.

952 V. un exemple ancien dans lequel le salarié n'avait pas été informé de la présence permanente dans son bureau d'un appareil acoustique de surveillance. Cette erreur sur les conditions de son travail lui a permis de justifier une démission précipitée avant le début effectif de son travail : Trib. paix Etampes 9 novembre 1949, JCP 1951, II, 5980.

953 V. par ex. CA Nancy 27 septembre 1993, SA Magasins Généraux/Marsot, CERIT : « *en vertu de l'article 1109 du Code civil, l'erreur sur l'étendue de ses droits, la portée d'un engagement ou d'une renonciation ou la méconnaissance de sa situation constituent pour un contractant un vice de consentement justifiant l'annulation de la convention* ».

954 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 216, p. 210 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 200, p. 137.

955 J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949, n° 233, p. 217.

sur les raisons qui ont poussé à former un tel acte juridique[956] ou les conséquences de cet acte[957].

301. - Il est particulièrement marquant que l'erreur de l'employeur ne donne lieu à aucun contentieux significatif. En effet, à notre connaissance la jurisprudence n'a guère eu à se prononcer sur une erreur substantielle commise par l'employeur, mais plutôt sur des erreurs sur la personne[958]. La raison principale réside sans doute dans le fait que l'employeur, détenteur du pouvoir de direction dans l'entreprise, est, comme il a été souligné à plusieurs reprises, souvent à l'initiative de la formation des actes juridiques en droit du travail[959]. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne la conclusion du contrat de travail, dont l'employeur connaît, par définition, tous les éléments puisqu'il est, sauf exception[960], à l'origine de la décision de créer un poste ou de recruter. La seule erreur qu'il serait alors susceptible de commettre portera sur les qualités personnelles du salarié et non sur les éléments substantiels de l'acte juridique[961]. Il en va de même pour les éventuelles modifications et les ruptures du contrat de travail sur lesquelles l'employeur sait à quoi s'en tenir et ne va donc pas commettre, en principe, une erreur spontanée.

302. - Au contraire, l'erreur du salarié est beaucoup plus fréquente. Subordonné à son employeur, il n'est pas toujours en mesure d'exiger une information parfaitement complète. Cette erreur peut affecter la validité d'un contrat de travail ou d'un avenant à ce contrat de travail[962]. Mais c'est la rupture du contrat de travail qui donne lieu au contentieux le plus abondant,

---

[956] Tel est le cas en matière de démission lorsque le salarié pensait être coupable d'un vol : CA Bourges 3 mai 1985, Melle Riautet Raymonde/Sté Sodicentre, CERIT.

[957] Pour une erreur sur l'étendue de ses droits dans le cadre d'une démission : CA Dijon 15 décembre 1987, SA Journay Frères/M. Bayard, CERIT.

[958] *Cf. infra* n° 303.

[959] *Cf. supra* n° 225 et n° 20.

[960] On peut par exemple imaginer l'hypothèse du candidat à un emploi qui parvient à démontrer à l'employeur qu'il faut le recruter pour créer un nouveau poste innovateur.

[961] Il faut rappeler que l'erreur sur les motifs n'est pas une cause de nullité de l'acte juridique si elle ne porte pas dans le même temps sur la substance de la chose objet du contrat (F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 212, p. 208 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 204, p. 139). Ainsi, l'employeur qui crée par exemple un poste lié à une technologie nouvelle à laquelle il croit fortement ne pourra pas invoquer son erreur pour annuler le contrat de travail si finalement cette technologie s'avère sans issue. Le salarié bénéficiera alors d'une certaine protection, qui reste néanmoins relative car un licenciement pour motif économique pourra toujours être envisagé, mais la nullité du contrat aurait des conséquences bien plus fâcheuses pour le salarié (pas d'indemnité, ni de mesure d'accompagnement, ni de préavis).

[962] V. Cass. soc. 7 juillet 1980, Bull. civ. V, n° 608, p. 455 - Trib. paix Etampes 9 novembre 1949, JCP 1951, II, 5980.

car le salarié va tenter de remettre en cause la qualification initiale de la rupture pour bénéficier des règles du licenciement.

La jurisprudence a ainsi reconnu l'erreur du salarié d'une part sur les conséquences de la rupture, par exemple s'il pensait, après une rupture amiable, bénéficier des allocations d'assurance chômage[963], et d'autre part sur les raisons qui l'ont amené à accepter cette rupture. Par exemple a-t-il été jugé qu'est « *vicié le consentement du salarié dans la mesure où il est déterminé par l'idée fausse qu'il se trouvait encore en période d'essai* »[964].

Dans le cas plus particulier des ruptures unilatérales, l'erreur substantielle commise est en réalité une erreur sur les motifs déterminants[965]. La jurisprudence concerne essentiellement la démission, particulièrement lorsque le salarié a pensé qu'il devait rompre son contrat à la suite de certaines circonstances. Or, il s'avère qu'il a commis une erreur dans l'appréciation de ces circonstances, si bien que sa démission n'avait plus de raison d'être. Tel est le cas s'il se croit coupable de vol[966]. Nous pouvons également retrouver ici l'erreur de droit admise en droit commun[967] : ainsi en est-il lorsque la décision du salarié de se considérer comme licencié « *procédait d'une erreur sur l'étendue de ses droits et n'avait pu avoir aucun effet* »[968]. En l'espèce, il s'agissait d'un transfert d'entreprise, et le salarié ignorait que son contrat de travail serait poursuivi en vertu de l'article L. 122-12 du Code du travail[969]. Il en va semble-t-il de même pour un salarié qui, se croyant licencié, ne reprend pas son poste : il ne saurait être considéré comme démissionnaire[970]. Enfin, dans un arrêt du 26 mai 1981[971], la chambre sociale de la Cour de cassation a constaté que les juges du fond avaient relevé que la salariée « *ne s'était pas avisée que le contrat* (...) *était à durée déterminée* » : la salariée avait démissionné pour

---

963 CA Nancy 27 septembre 1993, SA Magasins Généraux/Marsot, CERIT. V. un cas dans lequel le salarié n'apporte pas la preuve qu'il se soit mépris sur la nature et les conséquences de la convention de conversion : CA Douai 29 novembre 1991, Faci/SA Skako Couvrot, CERIT.

964 CA Nîmes 15 janvier 1998, Dupont/Turluer, CERIT.

965 J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949, n° 233, p. 218.

966 CA Bourges 3 mai 1985, Melle Riautet Raymonde/Sté Sodicentre, CERIT.

967 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 216, p. 210 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 200, p. 137.

968 Cass. soc. 24 janvier 1980, Bull. civ. V, n° 75, p. 53.

969 Voir, pour l'analyse de cet arrêt, J.-Y. CHOLEY, *La sanction des vices du consentement en droit du travail*, in *Mélanges Béguet*, 1985, p. 87, spéc. p. 106.

970 CA Paris 18ème ch. E 22 mai 1990, Tanguy, Juris-Data n°023573. V. également CA Metz 5 avril 1995, SARL Optique Surdité Badoit/Mme Montagliani, CERIT : « *sa volonté de démissionner a été conditionnée par la certitude qu'elle avait acquise de ce que cette démission serait suivie d'une collaboration sous une autre forme* ».

971 Cass. soc. 26 mai 1981, Bull. civ. V, n° 468, p. 351.

se faire embaucher sous contrat à durée déterminée d'un mois seulement. L'arrêt d'appel, déboutant la salariée de ses demandes, est cassé car les juges auraient dû « *rechercher si le consentement de* [la salariée] *n'avait pas été vicié par erreur ou par dol* ». La Cour de cassation semble indiquer à la cour de renvoi qu'il y a peut-être là motif à requalification de la démission. Les magistrats sont parfois plus sévères, estimant peut-être que l'erreur commise était inexcusable[972]. C'est certainement pour cette raison qu'ils n'ont pas tenu compte d'une « *erreur d'appréciation* », le salarié « *s'imaginant à tort qu'il pourrait être indemnisé comme le sont les salariés qui sont licenciés pour des raisons économiques* »[973].

Les conditions de l'erreur sur la substance ne présentent donc guère de différences avec le droit commun. Il en va différemment à propos de l'erreur sur la personne.

b - Le rejet de l'erreur sur la personne

303. - L'erreur sur la personne n'est pas une cause de nullité de l'acte juridique, « *à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention* »[974], c'est-à-dire lorsque l'acte juridique en question a été formé *intuitu personae*[975]. Il a été expliqué[976], d'une part, que cet *intuitus personae* imprègne non seulement le contrat de travail mais également les autres actes juridiques formés au cours de l'exécution ou de la rupture du contrat, puisque l'employeur prend constamment en considération les qualités et les compétences du salarié pour l'affecter au mieux de ses intérêts[977], et d'autre part, que si cet *intuitus personae* est évident de la part de l'employeur vis-à-vis du salarié, la situation inverse se vérifie également.

---

[972] *Cf. infra* n° 539 s. sur le devoir de se renseigner.

[973] CA Paris 18ème ch D 28 janvier 1986, Zarraa/SARL Toury, CERIT - CA Nancy 8 octobre 1997, Leroy/SA Miroiterie Lamour, CERIT : la preuve n'est pas apportée que le salarié démissionnaire avait commis une erreur sur l'étendue de ses droits aux indemnités ASSEDIC.

[974] Art. 1110 al. 2 C. civ.

[975] J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, PUF, 21° éd. 1998, n° 41, p. 96 - F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 211, p. 205 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 201, p. 137.

[976] *Cf. supra* n° 254 s.

[977] Cependant, la transaction fait sans doute beaucoup moins appel à la considération de la personne.

304. - De ces quelques constatations se déduit la possibilité théorique d'invoquer une erreur sur la personne commise soit par le salarié, soit par l'employeur[978]. Cependant, la jurisprudence ne reflète pas toutes ces possibilités puisque c'est essentiellement l'employeur qui va invoquer l'erreur sur la personne du salarié[979]. Cette absence du salarié dans l'initiative de ce type de contentieux est relativement facile à expliquer par l'inadaptation de la sanction, comme pour toutes les hypothèses d'erreur, mais aussi par la rareté des situations concrètes dans lesquelles le salarié se méprendra réellement sur la qualité de l'employeur.

305. - L'employeur peut quant à lui se méprendre sur l'identité[980] ou plus fréquemment sur les qualités de la personne qu'il embauche, par exemple s'il se rend compte qu'il ne possède pas les diplômes requis[981] ou le permis de conduire[982], que son état de santé ne lui permet pas d'effectuer correctement son travail, ou que son expérience réelle passée n'est pas si convaincante que ce qu'il avait pu imaginer[983]. De manière extrêmement large, et en appliquant automatiquement (aveuglément) les règles du droit commun, il serait possible de considérer que chaque fois que l'employeur serait déçu par le salarié, il pourrait invoquer une erreur sur ses qualités professionnelles ou personnelles. L'erreur découlerait alors de la différence entre la réalité du comportement, de la compétence du salarié, et l'espoir ou l'image que l'employeur s'était représentée de lui. Sous réserve de la preuve d'une telle discordance, l'erreur sur la personne du salarié serait constatée,

---

978 J. BEDOURA, *Le licenciement des maîtres dans les établissements confessionnels*, D. 1978, chron. p. 51, spéc. p. 53.

979 V. parmi les exemples exceptionnels d'erreur sur la personne commise par le salarié : CA Rennes 28 mai 1991, Sort/Lavorel, Mme Guérin ép. Lavorel, CERIT : un contrat d'apprentissage est signé entre un apprenti et l'employeur, madame Lavorel. L'apprenti invoque l'erreur sur la personne car il pensait contracter avec monsieur Lavorel. La Cour relève qu'à « *supposer même qu'il y ait eu erreur sur la personne de l'employeur, celle-ci était indifférente en l'espèce dans la mesure où ce qui importait pour l'apprenti était d'apprendre son métier de Lavorel lui-même* », ce qui était en l'occurence le cas.
V. également Trib. gr. inst. Paris 17 novembre 1967, D. 1968, jurisp. p. 407, n. G. LYON-CAEN. Présentée par un auteur comme caractéristique de l'erreur sur la personne commise par le salarié (P. L'HELIAS, *La formation du contrat de travail et les règles du droit commun des obligations*, th. Rennes 1989, p. 235), cette décision, si elle met en valeur l'*intuitus personae* du salarié vis-à-vis de l'employeur, concerne plutôt le refus d'une modification du contrat de travail.

980 Trib. com. Cusset 18 octobre 1909, Rev. crit. de législ. et de jurispr. 1911, p. 78 - Cass. req. 17 janvier 1911, DP 1911, V, p. 61 - CA Paris 8 mars 2000, RJS 5/00, n° 493, p. 348 (rejet de la responsabilité du cabinet de recrutement vis-à-vis de l'employeur).

981 CA Douai 30 septembre 1993, RJS 1/94, n° 109, p. 82.

982 Cass. soc. 23 janvier 1992, RJS 3/92, n° 240, p. 154.

983 Cass. soc. 3 juillet 1990, D. 1991, jurispr. p. 507, n. J. MOULY. Voir également CA Dijon 19 janvier 1999, Zeroual/Brusle, CERIT : le CIE est nul pour erreur de l'employeur sur les qualités du salarié à pouvoir bénéficier de ce type de contrat (qualité jugée déterminante de l'embauche).

mais encore faudrait-il que les autres conditions de l'erreur - vice de la volonté - soient réunies.

306. - L'intérêt de l'employeur à s'en prévaloir est évident : si le contrat de travail est nul, soit il est censé n'avoir jamais existé, ce qui empêche l'application de la législation y afférente, telle que celle relative aux accidents du travail[984], soit, en raison de son exécution successive, il est validé pour le passé mais prend fin immédiatement sans indemnités[985]. Si l'employeur a ainsi d'excellentes raisons pour invoquer la nullité du contrat de travail pour erreur sur la personne du salarié, il faut tout de même admettre que le contentieux reste très limité, et ce sans doute pour deux motifs principaux.

En premier lieu, il lui est, chaque fois que son erreur est due au comportement du salarié, préférable d'invoquer la fourniture par le salarié de renseignements inexacts, ce qui peut constituer un dol. Mais un tel comportement ne pourrait constituer, à lui seul, une faute justifiant éventuellement la rupture du contrat[986].

En second lieu, et surtout, les règles du droit commun ne peuvent pas s'appliquer ainsi en droit du travail : l'*intuitus personae* de la relation de travail ne doit pas permettre à l'employeur d'exercer un choix discrétionnaire, voire discriminatoire, entre les salariés. Le pouvoir de l'employeur est strictement encadré par le droit du travail, qui ne peut laisser prévaloir ici une conception purement contractuelle du rapport d'emploi. C'est ainsi que les quelques décisions qui ont statué sur ce type d'erreur n'ont pas, à notre connaissance, accueilli les demandes de l'employeur, parce que, outre le non-respect des conditions de l'erreur, notamment son caractère déterminant[987], l'employeur se heurte à la protection spécifique accordée au salarié. Prouver l'erreur ne suffit pas, celle-ci ne doit pas être considérée comme inexcusable et la qualité du salarié qui fait défaut ne doit pas être une de celles sur lesquelles l'employeur n'a pas la possibilité de se renseigner. Or, ce caractère

---

[984] Ce qui a motivé la demande de l'employeur dans Cass. req. 17 janvier 1911, DP 1911, V, p. 61.

[985] Ce qui a motivé la demande de l'employeur dans Cass. soc. 3 juillet 1990, D. 1991, jurispr. p. 507, n. J. MOULY.

[986] Cass. soc. 30 mars 1999, RJS 5/99, n° 626, p. 395 ; JCP 1999, G, p. 1994, n. J. MOULY.

[987] Trib. com. Cusset 18 octobre 1909, Rev. crit. de législ. et de jurispr. 1911, p. 78 - Cass. req. 17 janvier 1911, DP 1911, V, p. 61 - CA Paris 8 mars 2000, RJS 5/00, n° 493, p. 348.

inexcusable, cette interdiction de se renseigner sont utilisés très strictement à l'encontre de l'employeur[988].

Ces obstacles déterminants ont pour conséquence la quasi impossibilité pour l'employeur d'invoquer une erreur sur la personne du salarié, alors qu'en application du régime de l'erreur issu du droit commun, l'*intuitus personae* imprégnant la relation de travail aurait dû faciliter une telle action.

2 - Le caractère déterminant de l'erreur

307. - Commun à tous les vices de la volonté, ce caractère est indispensable à la qualification d'erreur. L'*errans* doit prouver que s'il n'avait pas commis cette erreur, il n'aurait pas exprimé sa volonté de former l'acte juridique litigieux, c'est-à-dire qu'il doit établir que son erreur l'a déterminé à émettre sa volonté. Cet élément est alors apprécié *in concreto*[989].

La jurisprudence ne fait guère référence à ce caractère déterminant, mais il ne fait aucun doute qu'il doit également être vérifié en droit du travail, en raison tant des décisions rendues en matière de dol et qui sont transposables ici, que de celles, plus rares, rendues en matière d'erreur. Il faut citer par exemple un arrêt déjà très ancien mais qui a le mérite de la netteté : un ouvrier, pour se faire embaucher, avait produit les papiers d'identité d'un tiers. Victime d'un accident du travail, il réclame le bénéfice de la loi du 9 avril 1898 à l'employeur qui, réalisant son erreur, en prend prétexte pour demander la nullité du contrat de travail. La Cour de cassation rejette cette dernière demande au motif qu'un « *contrat de louage d'ouvrage n'est pas nul, bien que l'ouvrier ait induit le patron en erreur sur son identité en produisant les papiers d'un tiers, quand il y a lieu de penser que, s'il avait produit ses propres pièces (qu'il n'avait pas alors en sa possession), il aurait été embauché sans difficulté* »[990]. L'erreur commise n'était donc pas déterminante de la volonté de l'employeur puisque sans cette erreur, celui-ci aurait tout de même conclu le contrat de travail.

---

[988] *Cf. infra* n° 531 s. et n° 547 s.

[989] G. VIVIEN, *De l'erreur déterminante et substantielle*, Rev. trim. dr. civ. 1992, p. 305, spéc. p. 312 - P. CHAUVEL, *Le vice du consentement*, Th. Paris 1981, n° 54 s., p. 26 s.- J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 498 s., p. 462 s.

[990] Cass. req. 17 janvier 1911, DP 1911, V, p. 61. Il ne semble pas que le dol ait été invoqué, mais l'erreur provoquée aurait sans doute été également jugée non déterminante.

Une décision plus récente fait également allusion à ce caractère déterminant : « *attendu que l'erreur sur la personne n'est une cause de nullité qu'autant que la considération de cette personne a été la cause déterminante de la convention* »[991]. L'employeur invoquait l'erreur sur l'aptitude du salarié à occuper le poste proposé, puisque celui-ci n'était pas titulaire du permis de conduire. Or, la cour d'appel, confirmée par la Cour de cassation, déduit de ce que l'exigence de ce permis de conduire n'avait pas été formulée lors de l'embauche, le caractère non déterminant de cette erreur[992].

Ainsi, globalement, le régime de l'erreur reste relativement conforme à celui établi en droit commun, à l'exception notable de la question de l'erreur sur la personne, où la dimension institutionnelle paralyse l'incidence, d'inspiration contractuelle, de l'*intuitus personae*. Le régime du dol subit une adaptation beaucoup plus nette.

B - L'adaptation significative du régime du dol

308. - Défini à l'article 1116 du Code civil, le dol dans la formation du contrat désigne toutes les tromperies par lesquelles un contractant induit son partenaire en erreur pour le déterminer à contracter[993]. Une jurisprudence constante a appliqué cette notion en droit du travail[994]. Il est certain aujourd'hui, du moins en droit commun, que la conséquence du dol est bien une erreur provoquée, et non pas une pression sur la volonté de la victime[995]. Le droit du travail reprend ce principe[996], mais un peu moins

---

991 Cass. soc. 23 janvier 1992, RJS 3/92, n° 240, p. 154. V. également, parmi les quelques décisions des juges du fond qui évoquent ce caractère : CA Nîmes 15 janvier 1998, Dupont/Turluer, CERIT : « *le caractère déterminant de cette erreur sur le consentement donné par le salarié pour quitter l'entreprise entraîne en application des articles 1109 et 1110 du Code civil la nullité de l'accord de rupture amiable* ».

992 Elle aurait également été, selon nous, inexcusable, *cf. infra* n° 531 s.

993 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 220, p. 213 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 211, p. 145 - J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, PUF, 21° éd. 1998, n° 42, p. 97.

994 Cass. req. 2 décembre 1901, DP 1902, I, p. 403, rapport ALPHANDERY, sur le dol d'un salarié à propos de son âge.

995 Cass. civ. 1°, 1° juillet 1995, D. 1997, p. 20, n. P. CHAUVEL.

996 V. cependant P. MOZAS, note sous Cass. soc. 5 octobre 1994, D. 1995, p. 282, qui analyse cet arrêt comme élargissant le domaine du dol en droit du travail, à l'instar de l'évolution jurisprudentielle ponctuelle qui avait troublé les auteurs de droit civil après l'arrêt de la Cour de Colmar du 30 janvier 1970 (D. 1970, p. 297, n. E. ALFANDARI ; Rev. trim. dr. civ. 1970, p. 755, obs. Y. LOUSSOUARN). Son raisonnement n'apparaît cependant pas convaincant dans la mesure où il se fonde uniquement sur l'emploi par la Cour de cassation du terme « *manoeuvres* », alors

nettement car certaines décisions des juges du fond ne délimitent pas clairement le dol et la violence. Enfin, il est également acquis que le dol peut s'appliquer, sous réserve de quelques adaptations, à un acte juridique unilatéral[997].

309. - L'analyse des décisions rendues en droit du travail permet de remarquer un lien entre la victime du dol et l'acte juridique litigieux. En effet, le contentieux révèle que l'employeur se plaint très fréquemment du dol du salarié en ce qui concerne la conclusion du contrat de travail, alors que la victime est plus souvent le salarié lorsqu'il s'agit de la rupture du contrat de travail. Les litiges sont trop rares à ce sujet en matière de modification du contrat de travail pour en tirer une conclusion. Au contraire, l'abondant contentieux lié à la transaction apparaît plus équilibré.

Ces constatations ne sont guère surprenantes. En ce qui concerne la conclusion du contrat de travail, le but du salarié est de réussir à se faire embaucher et donc de mettre en avant ses qualités et de cacher ses défauts. Quant à l'employeur, hormis le cas du salarié « *perle rare* » qu'il lui faut à tout prix recruter[998], ou s'il poursuit une intention malveillante[999], il est sans doute plus attentif à embaucher le salarié qui lui donnera entière satisfaction. Pour ce faire, il vaut mieux que le candidat ait une idée précise et complète des tâches qui l'attendent et donc qu'il soit complètement et correctement informé par l'employeur. D'ailleurs, selon l'article L. 311-4 2° du Code du travail, « *il est interdit de faire publier dans un journal, revue ou écrit périodique une insertion d'offres d'emploi* (...) *comportant* (...) *des allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur et portant en*

---

qu'il figure à l'article 1116 du Code civil, et parce qu'aucune décision ultérieure n'est venue le confirmer dans ses propos.

997 J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 492, p. 361 - J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949, n° 217 s., p. 204 s.

998 V. parmi les rares exemples de manoeuvres de l'employeur : CA Paris 18ème ch A 14 mai 1985, Mme Amiour/M.Poey, CERIT, qui, sans se placer sur le terrain du dol, évoque le caractère fallacieux de l'offre d'emploi.
Voir aussi, dans le cas d'une embauche effectivement conclue, CA Versailles 16 mars 1993, RJS 6/93, n° 686, p. 396 : « *En cas de fraude de l'employeur trompant* [le salarié] *lors de son embauche sur les conditions d'exercice de son activité* (...), *il convient de réparer le préjudice du salarié qui a fait l'objet d'une démarche fallacieuse l'amenant à quitter une autre société* » et CA Paris 25 octobre 1991, RJS 12/91, n° 1284, p. 696.

999 Le but de l'employeur est en effet parfois proche de l'escroquerie : CA Montpellier 18 juin 1998, AGS (CGEA Toulouse)/C. Poujade et a., CERIT : la salariée « *a été victime de manoeuvres dolosives de la part de son employeur, qui l'a engagée sous contrat de qualification avec la promesse d'obtenir, à l'issue de sa formation, le diplôme national de visiteur médical, alors qu'il s'agissait en fait d'une supercherie, l'institut de formation* (...) *n'étant pas habilité à dispenser la formation, et la salariée étant sous rémunérée, alors qu'elle assumait en fait les responsabilités de visiteuse médicale* ».

particulier sur un ou plusieurs éléments ci-après : l'existence, l'origine, la nature ou la description de l'emploi ou du travail à domicile offert, la rémunération et les avantages annexes proposés ainsi que le lieu de travail ». Des sanctions pénales sont prévues[1000]. Le salarié est donc bien plus susceptible de commettre un dol que l'employeur.

La situation est opposée en matière de rupture du contrat de travail, puisque le salarié ayant une grande liberté de résiliation unilatérale de ce contrat, il n'est pas amené, en principe, à obtenir un quelconque accord de la part de l'employeur, et donc éventuellement à le tromper. En sens inverse, pour éviter les règles du licenciement, l'employeur peut chercher à tromper le salarié afin de l'amener à résilier unilatéralement ou d'un commun accord le contrat de travail.

310. - En droit commun, le dol peut résulter de manœuvres ou d'un mensonge, mais également d'une simple réticence[1001]. Le droit du travail a fidèlement repris ces différents aspects du dol[1002], même si les qualifications sont parfois imprécises. Ainsi en est-il particulièrement des « *manœuvres* » évoquées par les magistrats : synonymes de mise en scène, elles sont également employées pour décrire de manière plus générale le dol[1003], voire une situation plus proche de la violence[1004].

Entendue dans ce sens restrictif de mise en scène, on peut citer comme exemple de manœuvres la manipulation des comptes par le salarié pour cacher le passif généré par sa gestion catastrophique et ainsi amener l'employeur à transiger[1005].

1000 Art. L. 311-4-2 et L. 631-4 C. trav.

1001 Sur l'évolution de la jurisprudence à ce sujet, v. les auteurs cités précédemment et P. CHAUVEL, *Le vice du consentement*, Th. Paris 1981, n° 593 s., p. 218 s. - J. MESTRE, *De la réticence dolosive*, Rev. trim. dr. civ. 1988, p. 336.
V. une illustration déjà ancienne : Cass. soc. 4 avril 1962, Bull. civ. IV, n° 357, p. 276 : « *une simple réticence peut revêtir le caractère de la manoeuvre fallacieuse prévue par l'article 1116 du Code civil, et être constitutive d'un dol* ».

1002 Pour un rappel précis des règles du droit civil, voir CA Metz 21 décembre 1995, Mme Pierre/SASM, CERIT.

1003 Les magistrats utilisent, apparemment indifféremment, les termes « *manoeuvres* » (Cass. soc. 23 mars 1989, Jurispr. soc. UIMM 1989, p. 276 - Cass. soc. 12 février 1997, Bull. civ. V, n° 61, p. 41 ; Dr. soc. 1997, p. 421, obs. G. COUTURIER), « *manoeuvres dolosives* » (Cass. soc. 7 juin 1995, RJS 8-9/95, n° 888, p.584 - CA Montpellier 1° avril 1999, D. 1999, IR, p. 135 ; Dr. ouvr. 1999, p. 500, n. E. GAYAT), « *manoeuvres frauduleuses* » (Cass. soc. 16 février 1999, RJS 4/99, n° 468, p. 293 ; Dr. soc. 1999, p. 396, obs. B. GAURIAU ; Rev. trim. dr. civ. 1999, p. 419, obs. P.-Y. GAUTIER ; JCP 2000, E, p. 953, n. C. PUIGELIER ; D. 2000, jur. p. 97, n. T. AUBERT-MONTPEYSSEN).

1004 CA Douai 27 mars 1992, SAMU Auchan / Janszen, CERIT.

1005 CA montpellier 17 mars 1994, CGCA de l'Hérault et autres/Domenget et a., CERIT. V. également Cass. soc. 23 mars 1989, Jurispr. soc. UIMM 1989, p. 276 - CA Montpellier 1° avril 1999, D. 1999, IR 135 ; Dr. ouvr. 1999, p. 500, n. E. GAYAT.

Beaucoup plus fréquents sont les cas dans lesquels un mensonge ou une information inexacte est constaté[e] par les magistrats. Les exemples sont très variés, même si certains reproches sont plus répandus que d'autres. Ainsi, en matière de conclusion du contrat de travail, l'employeur invoque les mentions inexactes portées par le salarié dans son dossier de candidature[1006], et notamment sur son *curriculum vitae*[1007]. Dans le cadre de la rupture du contrat de travail, un employeur a pu obtenir réparation de son préjudice, car le salarié avait obtenu une dispense d'effectuer son préavis après avoir faussement affirmé qu'il allait prendre un nouvel emploi[1008]. En sens inverse, le salarié a reproché à l'employeur de lui avoir assuré, par exemple, qu'il se ferait réembaucher par tel autre employeur[1009], qu'il aurait droit aux indemnités d'assurance chômage malgré sa démission[1010], que son poste allait être supprimé[1011] ou plus généralement de lui avoir donné « *des arguments inexistants et faux* »[1012]. De même, il a pu être jugé que la rupture d'un commun accord d'un contrat de travail ne peut être mise en cause que si, notamment, « *des renseignements fallacieux ont été fournis aux intéressés sur l'étendue de leur droit à indemnisation* »[1013]. En matière de transaction, l'affirmation de l'employeur, selon laquelle la majoration de l'indemnité conventionnelle de licenciement n'était pas imposable a été considérée comme constituant une manœuvre dolosive[1014].

1006 Par exemple une fausse déclaration quant à sa qualité de militaire dans une notice de renseignements : Cass. soc. 23 avril 1960, Bull. civ. IV, n° 380, p. 297.
V. également le cas déjà cité du salarié qui a menti sur son âge : Cass. req. 2 décembre 1901, DP 1902, I, p. 403, rapport ALPHANDERY.

1007 Cass. soc. 17 octobre 1995, JCP 1996, I, 3923, obs. O. RAULT ; Jurisp. soc. UIMM 1996, p. 5 - Cass. soc. 16 février 1999, RJS 4/99, n° 468, p. 293 ; Dr. soc. 1999, p. 396, obs. B. GAURIAU ; Rev. trim. dr. civ. 1999, p. 419, obs. P.-Y. GAUTIER ; JCP 2000, E, p. 953, n. C. PUIGELIER ; D. 2000, jur. p. 97, n. T. AUBERT-MONTPEYSSEN - Cass. soc. 30 mars 1999, RJS 5/99, n° 626, p. 395 ; JCP 1999, G, p. 1994, n. J. MOULY - CA versailles 19 septembre 1990, RJS 1/91, n° 5, p. 9.

1008 CA Dijon 25 avril 2000, RJS 12/00, n° 1246, p. 807.

1009 Cass. soc. 2 juillet 1992, Dr. ouv. 1993, p. 22. V. également Cass. soc. 23 mars 1989, Jurispr. soc. UIMM 1989, p. 276 - Cass. soc. 3 mai 1989, RJS 6/89, n° 482 (3° esp.), p. 276.
V. également un exemple ancien dans lequel l'employeur a pu faire croire au salarié qu'il était congédié : Cass. soc. 9 janvier 1959, JCP 1959, éd. CI, II, 64910.

1010 CA Chambéry 15 mars 1988, Mme Gardet/SA Le Forum, CERIT - CA Besançon 8 mars 1994, RJS 7/94, n° 937, p. 556.

1011 CA Grenoble 22 mars 1990, Dr. ouv. 1990, p. 196 : la convention de conversion est donc entachée d'un vice du consentement.

1012 CA Montpellier 13 mars 1997, Me Chabal liquidateur SA Segment /Atlan, AGS, CGEA, CERIT – CA Versailles 21 septembre 2000, RJS 3/01, n° 395, p. 278.

1013 Cass. crim. 28 novembre 1984, Dr. soc. 1985, p. 703 : la preuve n'en est pas rapportée en l'espèce.

1014 Cass. soc. 7 juin 1995, RJS 8-9/95, n° 888, p. 584. V. auparavant Cass. soc. 19 mars 1980, Bull. civ. V, n° 272, p. 209.

Enfin, la jurisprudence travailliste a suivi l'évolution de la notion de dol, puisque la réticence dolosive est également reconnue en droit du travail. Elle consiste à ne pas informer l'auteur d'un acte juridique d'un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait incité à ne pas former cet acte ou du moins à des conditions différentes. Ainsi, dans le cadre de la conclusion du contrat de travail, le salarié s'est vu reprocher notamment la non révélation de ses antécédents judiciaires[1015], de certaines de ses qualités[1016], de l'existence d'une clause de non concurrence le liant à son précèdent employeur[1017], ou le fait que le salarié, représentant, avait dissimulé à l'employeur l'existence d'un contrat de représentation exclusive le liant à un autre employeur[1018]. En matière de transaction, il a été jugé que le salarié n'avait pas d'obligation de renseignement sur son comportement ou sur les fautes susceptibles de lui être reprochées et donc que le dol par réticence ne pouvait pas être retenu dans ces hypothèses[1019]. Il faut bien garder à l'esprit que dans ces différents exemples, la réticence dolosive a été invoquée mais pas forcément retenue si ses conditions n'étaient pas remplies.

Ainsi, en droit du travail comme en droit commun, le dol peut résulter d'une mise en scène, d'un mensonge ou d'une réticence, d'une omission. Mais cette réception de la notion de dol en droit du travail n'a pas pour autant entraîné une similitude parfaite de son régime. Au contraire, dans le cadre d'une « *politique d'endiguement* »[1020] menée par la Cour de cassation exclusivement au bénéfice du salarié, ce sont en effet les deux principaux caractères du dol qui seront appliqués différemment du droit commun, à savoir ses caractères déterminant (1) et intentionnel (2).

1015 Cass. soc. 25 avril 1990, D. 1991, p. 507, n. J. MOULY.

1016 Cass. soc. 17 octobre 1973, JCP 74, II, 17698, n. Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1974, p. 290, n. J. SAVATIER (qualité de prêtre-ouvrier).

1017 CA Douai 28 novembre 1997, SA Desailly/Bois, CERIT. Dans cette hypothèse, le contentieux concerne beaucoup plus souvent la possibilité pour l'employeur de licencier le salarié pour faute grave. V. par exemple Cass. soc. 23 mars 1977, Bull. civ. V, n° 227, p. 179.

1018 CA Riom 13 mars 1989, RJS 10/89, n° 817, p. 488.

1019 CA Versailles 24 octobre 1991, RJS 1/92, n° 106, p. 78 - CA Versailles 27 novembre 1992, RJS 1/93, n° 113, p. 69. Voir cependant CA Versailles 12 mai 1999, RJS 7/99, n° 1011, p. 618 (dissimulation d'une condamnation pénale : le dol est retenu).

1020 J. MOULY, note sous Cass. soc. 30 mars 1999, JCP 1999, G, p. 1994.

1 - L'exigence accentuée du caractère déterminant de l'erreur provoquée par le dol

311. - Comme tout vice de la volonté, le dol ne sera retenu que si l'erreur qu'il a provoquée a bien été déterminante de la volonté de sa victime[1021], ce qui signifie que celle-ci n'a contracté ou formé l'acte juridique litigieux qu'en raison de la tromperie dont elle a fait l'objet. Ce caractère déterminant est relevé fréquemment par les juges, que le dol émane de l'employeur ou du salarié. Par exemple, il est constaté que « *c'était compte tenu de cette information erronée que les salariés avaient signé la transaction* »[1022], que « *ces fausses affirmations avaient eu un rôle déterminant pour son recrutement* »[1023] ou que la démission avait sa cause dans le comportement fautif de l'employeur[1024].

Par conséquent, le dol ne sera pas retenu s'il n'est pas constaté que les manœuvres invoquées ont déterminé la volonté, par exemple du salarié à consentir à une rupture amiable du contrat de travail[1025] ou à conclure une transaction[1026]. De même, en matière de conclusion du contrat de travail, un candidat avait indiqué dans une notice de renseignements qu'il était aspirant de réserve dans l'armée. Il a été jugé que « *la fausse déclaration faite par* [le salarié] *sur sa position militaire n'avait pas été la cause déterminante de la signature du contrat et de l'attribution de son emploi* »[1027].

Le caractère déterminant du dol s'apprécie *in concreto*[1028], ce qui implique de prouver que la victime n'a contracté qu'en raison de la

---

1021 Pour simplifier la lecture, nous évoquerons par la suite le caractère déterminant du dol, même si en toute rigueur, c'est bien l'erreur provoquée par le dol qui doit être déterminante.

1022 Cass. soc. 7 juin 1995, RJS 8-9/95, n° 888, p. 584. De même, à propos d'une rupture du contrat de travail d'un commun accord : Cass. soc. 19 décembre 1990, Bull. civ. V, n° 681, p. 411 ; RJS 2/91, n° 161, p. 92.

1023 Cass. soc. 17 octobre 1995, JCP 1996, I, 3923, obs. O. RAULT ; Jurisp. soc. UIMM 1996, p. 5 - CA Versailles 19 septembre 1990, RJS 1/91, n° 5, p. 9 - CA Metz 7 février 1996, Mme Paonessa/SARL Moyeuvre Distribution, CERIT.

1024 Cass. soc. 2 juillet 1992, Dr. ouv. 1993, p. 22.

1025 CA Douai 18 mai 1990, Sté Abita Conseil/Mle Hedevin, CERIT.

1026 Cass. soc. 4 avril 1962, Bull. civ. IV, n° 357, p. 276.

1027 Cass. soc. 23 avril 1960, Bull. civ. IV, n° 380, p. 297. V. sur le même thème, Cass. soc. 2 octobre 1974, Bull. civ. V, n° 458, p. 430 : la Cour relève de manière indirecte l'absence de caractère déterminant : peu importait « *que le salarié eût indiqué ou non qu'il était officier de réserve* ».
V. également, parmi les nombreuses décisions des juges du fond, CA douai 27 novembre 1998, SARL Omega/M. Magouri, CERIT : « *il n'est pas établi que la réticence* [du salarié] *sur son incapacité de lire ait concerné un élément déterminant pour la conclusion de son contrat de travail de cuisinier* ».

1028 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 230, p. 220 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 214, p. 148.

tromperie en question. Or, l'application faite par la jurisprudence travailliste de ce caractère déterminant apparaît plus rigoureuse que le droit commun. Deux arrêts sont particulièrement illustratifs à cet égard.

312. - Dans un arrêt du 5 octobre 1994[1029], un candidat, pour se faire recruter, a envoyé à l'employeur, qui faisait procéder à une analyse graphologique, une lettre de motivation et un *curriculum vitae* écrits non de sa main mais de celle de son épouse. Quatre ans après la conclusion du contrat de travail, l'employeur se rend compte de la manœuvre et demande la nullité du contrat pour dol. La cour d'appel accueille sa demande mais la décision est cassée au motif « *qu'elle n'avait pas constaté que si les manœuvres invoquées n'avaient pas existé, à savoir que si les documents en cause avaient été écrits de la main du mari, il était évident que la société n'aurait pas contracté* ».

Il ne suffisait donc pas de prouver que la manœuvre du salarié avait conduit l'employeur à contracter, comme il est couramment exigé en droit commun[1030], mais il fallait surtout prouver que sans cette manœuvre, il n'aurait pas contracté[1031]. En l'espèce, l'employeur devait établir que l'écriture du salarié l'aurait convaincu de ne pas contracter, ce qui en pratique s'avérera beaucoup plus difficile à établir.

Ainsi, dans un but de protection du salarié, l'exigence du caractère déterminant du dol est poussée ici à son paroxysme[1032].

313. - La Cour de cassation a par la suite adopté à nouveau ce raisonnement, en matière de transaction, le 12 février 1997[1033].

En l'espèce, il s'agissait d'un salarié de 55 ans, directeur général licencié pour motif économique, qui avait conclu avec son ex-employeur une transaction prévoyant le paiement de dommages et intérêts et l'acquisition d'une voiture de fonction pour un franc symbolique, après avoir affirmé, dans l'exposé préalable des motifs de l'acte et à l'appui de sa

---

1029 Cass. soc. 5 octobre 1994, D. 1995, p. 282, n. P. MOZAS ; Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 146, obs. P.-Y. GAUTIER ; Dr. soc. 1994, p. 973, n. J.-E. RAY ; Petites Affiches, n° 101, 23 août 1995, n. K. ADOM.

1030 P.-Y. GAUTIER, précité, p. 148.

1031 Cette solution fut par la suite confirmée par Cass. soc. 16 juin 1998, CFITR/Dorchies (CERIT).

1032 *Contra* P. MOZAS, note préc., qui y voit une conception extensive du dol, mais son analyse est concentrée sur la nature des manoeuvres dolosives et non sur leur caractère déterminant.

1033 Cass. soc. 12 février 1997, Bull. civ. V, n° 61, p. 41 ; Dr. soc. 1997, p. 421, obs. G. COUTURIER ; Defrénois 1997, art. 36640, n° 123, obs. A. BENABENT ; Rev. trim. dr. civ. 1997, p. 693, obs. P.-Y. GAUTIER.

demande d'indemnisation, que son nouvel emploi le contraignait à déménager de Charente Maritime en région parisienne, avec tous les désagréments familiaux, relationnels et relatifs à son nouveau rythme de vie que ce changement occasionnait. Or, il s'est avéré que toutes ces affirmations étaient fausses puisque le salarié avait retrouvé un emploi dans la région même et auprès d'un concurrent direct de son ancien employeur, ce qui incita celui-ci à demander la nullité de la transaction pour dol.

Si la Cour d'appel a accueilli cette demande, la chambre sociale de la Cour de cassation a au contraire énoncé, d'une part « *que la seule circonstance que les mensonges reprochés au salarié aient amené l'employeur à lui consentir des concessions plus avantageuses, n'était pas de nature à affecter la validité de la transaction* », et d'autre part, « *que* [la Cour d'appel] *n'a pas recherché si, sans les mensonges invoqués, il était évident que l'employeur n'aurait pas signé la transaction* ».

314. - Il est intéressant de noter que dans ces deux décisions, c'est l'employeur qui invoquait un dol commis par un salarié. Le fait pour les magistrats d'exiger une conception du caractère déterminant du dol différente du droit commun, et plus difficile à établir pour l'employeur[1034], participe d'un souci de protection du salarié, notamment en ce qui concerne la formation du contrat de travail et la transaction : la tendance du droit du travail est en effet très nettement de limiter les possibilités pour l'employeur de mettre en cause leur validité en invoquant le non respect des règles régissant sa volonté et issues du droit commun. Il s'agit de limiter l'influence de la théorie contractuelle en ce domaine. C'est ce même souci qui anime la jurisprudence à propos du caractère intentionnel du dol.

2 - La vérification pointilleuse du caractère intentionnel du dol

315. - L'auteur du dol doit avoir eu le dessein de tromper sa victime[1035]. Cette preuve est relativement aisée à établir en cas de *manœuvres* ou de *mensonges* car il est difficile d'imaginer qu'un tel comportement ne soit pas délibéré. Le caractère intentionnel est parfois

---

1034 Voir également CA Rennes 22 octobre 1998, JCP 1999, E, p. 1658 : n'a pas été considéré comme déterminant le silence du salarié sur des poursuites pénales à son encontre, la mention de DEA au lieu de DU sur son CV, ainsi que l'indication d'un emploi précédent de 1993 à 1995 alors que la durée réelle fut de 15 jours en 1993.

1035 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 226, p. 217 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 211, p. 145.

relevé expressément par les magistrats[1036]. Dans d'autres cas, cet élément intentionnel est déduit de ce que la tromperie a été opérée dans le but de conclure une convention ou de faire consentir à un acte juridique[1037]. Plus rarement, le caractère intentionnel peut transparaître dans les termes utilisés par les magistrats. Ainsi a-t-il été jugé que « *le salarié avait démissionné sur une assurance erronée de son employeur d'être réembauché* »[1038]. L'emploi du terme « *assurance* » renforce sans doute le rôle de l'employeur qui ne se contente pas de délivrer une information mais qui la certifie, lui donne une certaine authenticité qui ne peut qu'accentuer le caractère intentionnel de la tromperie si cette information s'avère inexacte. Il en va de même à un degré moindre, du verbe « *affirmer* »[1039].

Dans ces deux exemples où le caractère intentionnel n'est que tacitement exprimé, il faut remarquer que l'auteur du dol était à chaque fois l'employeur. Si la charge de la preuve du caractère intentionnel pèse toujours sur la personne qui prétend être victime du dol, dans cette hypothèse sur le salarié[1040], il faut reconnaître que l'administration de cette preuve apparaît relativement facilitée puisque le caractère intentionnel n'aura pas besoin d'apparaître explicitement dans les constatations des juges.

316. - Le contraste est alors très net lorsque le salarié est, selon l'employeur, censé avoir commis un dol. La Cour de cassation va en effet faire preuve d'une plus grande sévérité dans l'appréciation des conditions de ce vice de la volonté. Ainsi a-t-elle pu reprocher récemment[1041] à une cour d'appel d'avoir accueilli la demande de l'employeur, dans une espèce où le salarié avait mentionné dans son *curriculum vitae* une expérience de

---

1036 CA Montpellier 17 mars 1994, CGCA de l'Hérault et a./Domenget et a., CERIT : « *une transaction est nulle pour dol ayant vicié le consentement de l'employeur trompé sciemment par son salarié directeur* ».
CA Metz 21 février 1995, Mme Pierre/SASM, CERIT : « *la preuve n'est pas rapportée par l'appelante que l'employeur lui aurait volontairement caché...* ». C'est nous qui soulignons.

1037 Cass. soc. 17 octobre 1995, JCP 1996, I, 3923, obs. O. RAULT ; Jurisp. soc. UIMM 1996, p. 5 - CA Metz 7 février 1996, Mme Paonessa/SARL Moyeuvre Distribution, CERIT - CA Montpellier 1° avril 1999, D. 1999, IR, p. 135.

1038 Cass. soc. 2 juillet 1992, Dr. ouv. 1993, p. 22.

1039 Cass. soc. 7 juin 1995, RJS 8-9/95, n° 888, p. 584 : « *l'employeur avait affirmé que la majoration de l'indemnité conventionnelle de licenciement n'était pas imposable* ».

1040 CA Douai 29 novembre 1991, Faci/SA Skako Couvrot, CERIT : « *le salarié n'établit pas, preuve dont la charge lui incombe, que sa volonté ait été alors altérée, notamment par des allégations fallacieuses de la société* » - CA Poitiers 18 mars 1992, Roy/SA Samo Marton, CERIT : le salarié « *ne peut de ce fait arguer de ce que son consentement a été vicié ; il ne démontre pas davantage l'existence de manoeuvres frauduleuses imputables à son employeur* ».

1041 Cass. soc. 16 février 1999, RJS 4/99, n° 468, p. 293 ; Dr. soc. 1999, p. 396, obs. B. GAURIAU ; Rev. trim. dr. civ. 1999, p. 419, obs. P.-Y. GAUTIER ; JCP 2000, E, p. 953, n. C. PUIGELIER ; D. 2000, jur. p. 97, n. T. AUBERT-MONTPEYSSEN.

manière imprécise et susceptible d'une interprétation erronée, alors que cette mention litigieuse « *n'était pas constitutive d'une manœuvre frauduleuse* ». Le caractère frauduleux invoqué ici renvoie sans conteste à l'élément intentionnel du dol, le salarié n'ayant pas ici délibérément, selon la Cour de cassation, trompé son employeur. Le contrôle très net opéré par la chambre sociale de la Cour de cassation sur les juges du fond est ainsi clairement orienté vers la protection des intérêts du salarié, qui pourrait rester flou sur certains aspects de son expérience, et plus globalement de son dossier de candidature, sans que le dol, par l'intermédiaire de son élément intentionnel, ne puisse être automatiquement reconnu[1042].

Un auteur avait d'ailleurs déduit de ce qu'aux termes de l'article L. 121-6 du Code du travail, selon lequel le salarié est tenu de répondre de bonne foi aux questions posées lorsqu'elles présentent la finalité et le lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé[1043], qu'il ne devait pas « *apporter des réponses rigoureusement exactes à l'infime détail près : il est seulement tenu de répondre* « de bonne foi », *c'est-à-dire dans des conditions qui ne lui permettent pas de donner sur ses capacités professionnelles ou sur son expérience passée des informations manifestement exagérées au regard de ses capacités réelles* »[1044]. En sens inverse, un auteur a rappelé que l'obligation de loyauté « *s'impose aux* deux *parties, en droit du travail comme dans les autres branches du droit privé* »[1045]. C'est une position médiane, conciliant les inspirations contractuelle et statutaire, qui semble la seule souhaitable : la nécessité de protéger le salarié est incontestable, mais elle ne doit pas encourager des comportements déloyaux.

317. - La démonstration du caractère intentionnel du dol sera plus délicate en présence d'une simple *réticence*, car le fait pour une personne de ne pas transmettre une information peut simplement signifier qu'elle ne la connaissait pas ou qu'elle n'a pas jugé utile de la délivrer, sans aucune

---

1042 V. M. HAUTEFORT, *Un CV « enjolivé » n'est pas falsifié*, Les Echos, mardi 30 mars 1999, p. 54.
V. également CA Douai 30 septembre 1993, Wojtasiak/Me Duterage syndic Sarl SECM EXPL CINEMA, CERIT : n'est pas démontrée la fraude selon laquelle « *le salarié aurait délibérément prétendu, pour être embauché, être titulaire d'un tel diplôme* ».
CA Toulouse 30 janvier 1998, Mme Barczymwski et a./Delperier, CERIT : « *l'existence de la part du salarié de manoeuvres frauduleuses tendant à tromper le futur employeur tant sur ses capacités physiques que professionnelles n'étant pas démontrée...*»

1043 *Cf. infra* n° 596 s.

1044 J. GRINSNIR, *Les dispositions nouvelles relatives "au recrutement individuel et aux libertés individuelles" (loi du 31 décembre 1992*, Dr. ouv. 1993, p. 237, spéc. p. 239.

1045 P.-Y. GAUTIER, obs. sous Cass. soc. 12 février 1997, Rev. trim. dr. civ. 1997, p. 693, spéc. p. 695.

intention de tromper la victime de cette omission. A notre connaissance, aucune décision de la chambre sociale de la Cour de cassation n'exprime clairement le caractère nécessairement intentionnel de la réticence dolosive, alors que les juges du fond l'évoquent parfois[1046]. En outre, la jurisprudence relative à la réticence dolosive reste assez rare et la plupart des décisions qui y font référence sont des espèces dans lesquelles cette réticence dolosive n'est finalement pas retenue par les magistrats, notamment lorsqu'elle est censée émaner du salarié[1047], pour des motifs autres que l'absence de caractère intentionnel, par exemple le devoir de l'employeur de se renseigner[1048] ou l'impossibilité pour l'employeur d'exiger du salarié des réponses de bonne foi à ses questions[1049]. D'ailleurs, le contentieux n'évoque pas toujours un silence dolosif mais parfois seulement l'existence et l'exécution d'une obligation d'information[1050]. Or une obligation d'information peut être méconnue par simple négligence sans élément intentionnel[1051]. Voici sans doute pourquoi le caractère intentionnel de la réticence dolosive est si peu fréquemment relevé en jurisprudence.

Ainsi, lorsque la question du régime du dol est soulevée en droit du travail, les règles issues du droit commun sont fortement modifiées au bénéfice du salarié. L'employeur, grâce à son pouvoir de direction, et bénéficiant éventuellement de sa puissance économique, a la possibilité de vérifier les informations fournies par le salarié. S'il ne le fait pas *a priori*, il lui sera très difficile de reprocher par la suite un dol au salarié.

Participant également du caractère éclairé de la volonté, l'obligation d'information voit son régime paradoxalement simplifié en droit du travail.

1046 V. peut-être CA Dijon 29 mai 1991, Loozen/SA Ecole des Essarts, CERIT : « le *salarié a été trompé par son employeur qui lui a dissimulé ses véritables intentions* » et surtout CA Paris 22ème ch. C, 11 octobre 1985, Souchu, Logoge/Union des Coopératives H.L.M., CERIT : « *cette seule absence de révélation du montant dérisoire du déficit pour faire croire qu'il s'agissait d'un montant important, ce seul silence est caractéristique d'une manoeuvre dolosive exécutée dans le dessein d'obtenir la démission des intéressés* ». C'est nous qui soulignons.
V. également CA Aix en Provence, 12 novembre 1990, SARL Cenett/Morgana, JD n°051765 : dans cette affaire, un salarié avait fait part à son employeur de son intention de se faire embaucher dans une autre entreprise. L'employeur ne l'avait pas prévenu que cette entreprise s'était engagée à ne pas recruter son personnel démissionnaire. Les magistrats, sans mentionner le dol, relèvent la mauvaise foi de l'employeur auquel la rupture est donc imputable.

1047 C'est particulièrement flagrant à propos de la conclusion du contrat de travail.

1048 *Cf. infra* n° 527 s.

1049 *Cf. infra* n° 586 s.

1050 *Cf. infra* n° 318 s.

1051 M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 267, p. 210.

§2 - Le régime simplifié de l'obligation d'information[1052]

318. - Il a été reproché à la théorie des vices de la volonté de ne pouvoir être invoquée qu'*a posteriori,* lorsqu'il est constaté que la volonté n'a pas été suffisamment éclairée. Il a en effet semblé plus efficace d'agir *a priori* afin de favoriser l'information et la réflexion des agents avant qu'ils n'expriment leur volonté[1053]. Cet effort de prévention a été particulièrement sensible à partir de 1971 dans le domaine spécifique du droit de la consommation[1054], notamment par le recours à l'obligation d'information.

319. - Une évolution similaire s'est produite dans les relations de travail, dans le but de permettre à l'employeur, au salarié et à leurs représentants de se prononcer en toute connaissance de cause. Certes, l'origine légale de beaucoup de ces dispositions pourrait laisser penser que l'intégrité de la volonté est réduite à sa plus stricte expression, notamment lorsque la loi impose un formalisme informatif[1055], c'est-à-dire lorsque les parties doivent rédiger un écrit comportant des mentions obligatoires. En effet, ce qui est obligatoirement édicté par la loi semble n'accorder que peu d'attention et de place à la volonté de l'individu. La signification véritable est en réalité contraire, car la loi impose ces différentes obligations dans le but principal de favoriser l'information et la réflexion de leur bénéficiaire[1056], ce qui souligne l'importance significative que présente aux

---

1052 V. pour une vue générale, en droit commun : M. DE JUGLART, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, Rev. trim. dr. civ. 1945, p. 1 - M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221 - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, in *L'information en droit privé, travaux de la conférence d'agrégation*, sous la direction de Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE, préface de Y. LOUSSOUARN, LGDJ 1978, Bibl. de dr. privé, t. 152, p. 305.

En droit du travail : B. SAUMADE, *L'obligation de renseignements en droit du travail*, th. Montpellier 1982 - E. ESCOLANO, *Le droit à l'information des travailleurs*, in *L'information en droit privé, travaux de la conférence d'agrégation*, sous la direction de Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE, préface de Y. LOUSSOUARN, LGDJ 1978, Bibl. de dr. privé, t. 152, p. 161 - B. TEYSSIE, *L'information du salarié*, Dr. soc. 1981, p. 239.

1053 Bien sûr, un mécanisme de prévention est souvent invoqué en jurisprudence lorsqu'il n'a pas été respecté, ce qui atténue son caractère préventif et l'intérêt qu'il peut y avoir à opérer ce type de classification. V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 462, p. 375.

1054 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 248, p. 234.

1055 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 254, p. 243.

1056 M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Préface de J. Vidal, LGDJ 1975, Bibl. dr. priv., t. 137, p. 14 : « *non seulement la forme ne remplace pas la volonté, mais elle la protège* ». G. COUTURIER, *Les relations entre employeurs et salariés en droit français*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, LGDJ 1996, Bibl. dr. priv., t. 261, p. 143, spéc. n° 11 s., p. 153 s..

yeux du législateur cette volonté, y compris en droit du travail. L'essor des mécanismes de prévention, loin de brider la volonté, renforce donc en réalité son intégrité[1057], et le droit du travail, en y ayant recours, s'inscrit parfaitement dans cette tendance à la valorisation de la qualité de la volonté.

Néanmoins, ce recours s'opère moyennant quelques adaptations en raison de l'existence de mécanismes et de logiques propres au droit du travail. C'est ainsi qu'il faut préciser l'originalité du régime de l'obligation d'information en droit du travail.

320. - L'information est l'action de communiquer à autrui un renseignement[1058]. Elle est justifiée par la doctrine à partir d'un constat simple : l'auteur d'un acte juridique n'émettra une volonté éclairée que s'il a connaissance de tous les paramètres essentiels dont dépend sa décision. Or, il arrive parfois qu'il n'ait pas en sa possession ces différents éléments, qui sont pourtant connus d'une autre personne, le plus souvent le cocontractant, ou qui devraient l'être. C'est cette inégalité d'information, et plus précisément cette inégalité dans l'accès à l'information, qui est à l'origine de l'existence et de la reconnaissance de l'obligation d'information[1059]. Droit inégal, hiérarchique par excellence, le droit du travail ne pouvait que consacrer l'obligation d'information. Et effectivement, le recours à cette notion est extrêmement fréquent en droit du travail, en raison de la qualité particulière de son créancier et de son débiteur (A). Cependant, et cela peut paraître paradoxal, son niveau d'exigence paraît relativement peu élevé puisque le droit du travail ne distingue pas différents degrés dans l'information délivrée (B).

1057 J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 310, p. 219.

1058 « *Renseignement ou événement qu'on porte à la connaissance d'une personne, d'un public* », Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, par P. ROBERT, 6 volumes, Société du nouveau Littré, 1957, *v° information.*

1059 C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, in *L'information en droit privé, travaux de la conférence d'agrégation*, sous la direction de Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE, préface de Y. LOUSSOUARN, LGDJ 1978, Bibl. de dr. privé, t. 152, p. 305, spéc. n° 7, p. 309.

V. également P. MISTRETTA, *L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive*, Petites Affiches, 5 juin 1998, n° 67, p. 4.

V. par ex. CA Montpellier 1° avril 1999, D. 1999, IR, p. 135 ; Dr. ouvr. 1999, p. 500, n. E. GAYAT : « *les salariés concernés sont occupés à la production et n'ont pas accès aux sources de renseignement dont bénéficie l'employeur de par son seul statut de société multinationale* ».

A - Un terrain propice au développement de l'obligation d'information

321. - Puisque c'est l'inégalité dans l'accès à l'information qui est à l'origine de l'existence et de la reconnaissance de l'obligation d'information, la reconnaissance d'une telle obligation dans les relations de travail était alors logique[1060]. En effet, le droit du travail a comme principale caractéristique l'inégalité entre les cocontractants[1061], qui se traduira notamment par un accès différent à l'information.

Cette inégalité est parfois économique[1062], en faveur principalement de l'employeur, qui pourra en particulier avoir accès à des services d'information bien plus facilement que le salarié, grâce à ses moyens matériels et parfois aussi intellectuels plus importants.

Le droit du travail est surtout caractérisé par une hiérarchie juridique, car le salarié est placé sous la subordination de l'employeur. Par conséquent, celui-ci, titulaire du pouvoir de direction, va donner des ordres au salarié concernant l'exécution du travail, en contrôler l'accomplissement, en vérifier les résultats[1063]. Plus précisément, c'est l'employeur qui aura le plus souvent l'initiative d'opérer des changements au cours de l'exécution du contrat de travail, aussi bien en ce qui concerne les conditions de travail que les éléments de ce contrat. Ainsi, en cas de modification du contrat de travail, ce sera fréquemment l'employeur qui, logiquement, détiendra les informations quant aux changements envisagés. Et l'employeur devra informer le salarié sur son projet de modification, notamment si le salarié lui pose des questions pour déterminer s'il s'agit véritablement d'une modification ou d'un simple changement dans les conditions de travail[1064]. De même, l'employeur décide de la gestion de l'entreprise et doit en informer les institutions représentatives du personnel[1065].

322. - Il ne faut cependant pas déduire de ce que le salarié est dans un état d'infériorité par rapport à l'employeur que celui-ci a par conséquent toujours un accès plus aisé à l'information, et donc que l'employeur est en

---

1060 H. BLAISE, *Une transaction sans concessions...*, Dr. soc. 1988, p. 432, spéc. n° 22, p. 437 : « *le professionnel doit informer le profane. Pourquoi cette règle ne serait-elle pas valable dans les rapports de travail ?*».

1061 G. POULAIN, *Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur*, Dr. soc. 1981, p. 754.

1062 A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 114.

1063 J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 127, p. 148.

1064 Cass. soc. 4 juin 1998, JCP 1999, éd. E, p. 37, n. C. PUIGELIER.

1065 *Cf. infra* n° 326.

principe débiteur d'une obligation d'information dont le salarié serait le créancier. En réalité, l'inégal accès à l'information ne se calque pas sur l'inégalité de la situation économique ou sur la subordination juridique du salarié vis-à-vis de l'employeur. Par exemple, le mécanisme qui conduit à la conclusion du contrat de travail est sans doute plus équilibré, puisque salarié et employeur ne connaissent généralement pas encore, l'un les conditions du travail à accomplir, l'autre les qualités du salarié. Chacun des deux contractants détient donc des informations auxquelles l'autre a difficilement accès. C'est pourquoi, en jurisprudence, retrouvera-t-on ici plus fréquemment le problème de l'information devant être fournie par le salarié.

323. - Par ailleurs, la reconnaissance du principe d'une obligation d'information en droit du travail ne provient pas seulement de l'inégal accès à l'information, mais également de la nécessaire relation de confiance qui doit s'établir entre eux[1066]. Marqué par un fort *intuitus personae*, et ce de la part de l'employeur comme du salarié[1067], le contrat de travail repose en grande partie sur le crédit que peut accorder un contractant aux informations délivrées par l'autre partie et à leur caractère exhaustif[1068].

De manière générale, il est impossible de préciser qui, de l'employeur ou du salarié, est le plus souvent débiteur d'une obligation d'information. Les deux en sont alternativement créancier et débiteur, de même que les différents organismes intervenant en droit du travail et en droit de la sécurité sociale[1069].

324. - L'obligation d'information est présente à tous les niveaux de la relation de travail, que ce soit au stade de la conclusion du contrat de travail, de son exécution, de sa rupture ou de tout autre acte juridique liant l'employeur à un de ses salariés.

1066 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 416, p. 407 : « *le contrat de travail ne peut se maintenir entre le chef d'entreprise et des salariés exerçant des responsabilités essentielles à l'intérieur de celle-ci que si règnent entre eux de véritables rapports de confiance* ».

1067 *Cf. supra* n° 254 s.

1068 V. B. SAUMADE, *L'obligation de renseignements en droit du travail*, th. Montpellier 1982, n° 23, p. 8 : « *Cette relation de confiance implique que soient connus des deux parties les éléments qui conditionnent la qualité de la prestation fournie, que ces éléments existent à la naissance du contrat ou qu'ils naissent durant son exécution* ».

1069 Voir à propos, par exemple, de la retraite, les différentes obligations d'information et leurs débiteurs : Y.-E. LOGEAIS, M. DELTEIL, L. LAUTRETTE, *L'obligation d'information en matière de retraite*, Petites Affiches 2000, n° 85, p. 4 et n° 86, p. 4.
Voir également G. VACHET, *L'obligation d'information dans les organismes de sécurité sociale*, RD san. soc. 1996, p. 32.

Cette affirmation est particulièrement vérifiée en matière d'exécution du contrat de travail. En effet, le contrat de travail est un contrat à exécution successive. Par conséquent, la durée est un élément clé de la relation de travail, qui va nécessiter une étroite collaboration entre l'employeur et le salarié. Celle-ci va principalement se traduire par une information mutuelle des événements affectant l'exécution du contrat de travail. Selon un auteur, ce devoir de coopération, principalement fondé sur l'article 1134 du Code civil, a pour conséquence l'obligation pour chacun « *d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* »[1070].

325. - L'obligation d'information peut être imposée par une norme supra-légale[1071] ou par la loi, et notamment par le Code du travail qui en contient de très nombreuses illustrations, par exemple les mentions devant figurer sur un contrat de travail à durée déterminée[1072], l'information du salarié en cas de modification du contrat de travail pour un motif économique[1073], l'information délivrée par l'employeur quant aux techniques d'évaluation professionnelle ou d'aide au recrutement[1074], ou la nécessaire information par le salarié de sa qualité de salarié protégé[1075] ou de son état de grossesse[1076] afin de bénéficier de la protection spécifique. Cette obligation est également prescrite par la jurisprudence, notamment dans l'hypothèse où le salarié malade doit informer l'employeur de son impossibilité de continuer à exécuter le contrat de travail[1077]. En sens inverse, il a été jugé que « *n'avait pas exécuté son obligation de renseignement de bonne foi* » l'employeur qui « *n'avait pas communiqué aux salariés la lettre que l'administration fiscale lui avait adressée, indiquant que l'indemnité* [d'aide à la réorientation destinée, dans le cadre d'un plan social, aux salariés quittant volontairement l'entreprise] *était*

[1070] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, Rousseau Paris 1932, n° 29, p. 38.

[1071] Par ex. Dir CE 14 octobre 1991, JO CE, 18 oct. 1991, n° L. 288 ; Liais. soc. n° 6600 du 2 déc. 1991 ; v. notamment L. MALLET et M.-L. MORIN, *La détermination de l'emploi occupé*, Dr. soc. 1996, p. 660, spéc. p. 665 - J. MULLER-JACQUOT, *La Directive CEE 91/553 du 14 octobre 1991 et ses incidences sur le contrat de travail*, Dr. ouv. 2000, p. 114.

[1072] Art. L. 122-3-1 C. trav.

[1073] Art. L. 321-1-2 C. trav. La nécessité d'une information spécifique a cependant été déniée par CA Paris 10 janvier 2000, RJS 4/00, n° 376, p. 271.

[1074] Art. L. 121-7 C. trav. (*cf. infra* n° 564 s.).

[1075] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 625, p. 649. Voir cependant, sur la qualité de conseiller prud'homme, le fait que l'employeur ne peut prétendre ignorer ce statut (Cass. crim. 30 novembre 1999, JSL 2000, n° 54, p. 18).

[1076] Art. R. 122-9 C. trav. Voir CA Chambéry 9 décembre 1999, RJS 3/00, n° 354, p. 242.

[1077] Cass. soc. 24 septembre 1987, SA Carole/Mme Freudemberger, CERIT - Cass. soc. 27 novembre 1991, Jurisp. soc. UIMM 1992, p. 91.

assujettie à l'impôt sur le revenu »[1078]. La jurisprudence a également imposé à l'employeur une obligation de renseignement destinée à faciliter l'exécution par le salarié de sa tâche. Dans le cas contraire, l'employeur ne serait pas fondé à reprocher au salarié une faute[1079]. Enfin, l'obligation d'information peut avoir sa source dans les conventions collectives[1080], et même éventuellement dans une stipulation du contrat de travail[1081].

326. - De manière générale donc, l'obligation d'information a une vocation naturelle à se développer en droit du travail. Mais cette tendance ne se rencontre pas uniquement dans les relations individuelles de travail. En effet, l'obligation d'information joue un rôle très important en ce qui concerne les relations collectives de travail, c'est-à-dire entre l'employeur et les différentes institutions représentatives du personnel. Le Code du travail impose en effet à de nombreuses reprises à l'employeur une obligation d'information. Il en est en principe le débiteur. D'ailleurs, l'inégal accès à l'information est toujours présent et justifie cette solution : seul l'employeur, en tant que dirigeant de l'entreprise, peut collecter les informations concernant la situation générale de cette entreprise, et notamment sa situation économique.

Brièvement, deux catégories d'informations sont plus particulièrement délivrées. Il s'agit en premier lieu des informations régulières portant sur l'organisation et la situation de l'entreprise, la situation de l'emploi ainsi que différents rapports annuels qui sont délivrés au comité d'entreprise[1082] et au CHSCT[1083], et en second lieu des informations

---

1078 Cass. soc. 2 avril 1996, RJS 5/96, n° 513, p. 328 ; D. 1998, Somm. 250, comm. V. MICHELET (solution confirmée à l'encontre du même employeur : Cass. soc. 15 décembre 1999, RJS 2/00, n° 146, p. 105 ; D. 2001, jur., p. 507, n. C. WILLMANN, voir également Cass. soc. 23 juin 1998, n° 96-41.953, Juridisque Social, 1999/4 – CA Reims 11 octobre 2000, Goyard/SA Veuve Cliquot Ponsardin, CERIT).
Voir également la condamnation de l'employeur pour avoir donné une information erronée sur la majoration d'une indemnité conventionnelle de licenciement, présentée comme non imposable, Cass. soc. 7 juin 1995, Bull. civ. V, n° 183, p. 135 ; RJS 8-9/95, n° 888, p. 584.

1079 Cass. soc. 23 juin 1988, SEEGPF/Lesehan, CERIT (instructions imprécises à propos d'un chantier) - Cass. soc. 6 juillet 1993, Dr. trav. séc. soc. 1993, comm. 470 (manque d'information technique préalable à l'utilisation du matériel) - CA Besançon 7 octobre 1994, SARL Aero-murs/Veuillet, CERIT.

1080 V. par exemple l'article 16-7 al. 1 de la convention collective nationale des industries chimiques, qui énonce l'obligation pour le salarié qui a rompu le contrat de travail de rappeler à son employeur l'existence d'une clause de non concurrence.

1081 On peut par exemple imaginer que le salarié agent commercial doit communiquer son chiffre d'affaires quotidiennement à son employeur. A propos d'une telle hypothèse, v. Cass. soc. 2 avril 1981, Bull. civ. V, n° 315, p. 237.

1082 Art. L. 432-4 C. trav. Voir aussi, sur la nécessité pour l'employeur d'établir un bilan social, art. L. 438-1 s. C. trav.

1083 Art. L. 236-4 C. trav.

ponctuelles fournies par l'employeur lorsqu'il demande à ces institutions leur avis, dans le cadre des consultations imposées par le Code du travail[1084].

Ainsi, le droit du travail constitue un terrain véritablement propice au développement de l'obligation d'information en raison de l'inégalité dans l'accès à l'information des différents intervenants. Paradoxalement, ce très fort développement de l'obligation d'information n'a pour autant pas été suivi d'un enrichissement de son contenu, à la différence du droit commun.

B - L'absence de degré dans l'information

327. - Les différents degrés de l'information sont directement fonction du contenu de celle-ci. Plus l'information à fournir est détaillée, adaptée à un cas particulier, ou avec une finalité spécifique, plus l'obligation d'information est contraignante pour son débiteur. Classiquement, les auteurs distinguent entre les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil. Ces deux premiers termes sont néanmoins aujourd'hui utilisés comme de parfaits synonymes, désignant l'action de communiquer à autrui un élément objectif[1085]. La distinction principale est donc effectuée entre l'obligation d'information, ou de renseignement, l'obligation de conseil et l'obligation de mise en garde. Ces deux dernières obligations imposent une diligence accrue de la part de leur débiteur. Ainsi, l'obligation de conseil implique à la fois une information objective et une information relative à l'opportunité de tel ou tel comportement. L'obligation de mise en garde consiste à fournir une information tout en soulignant les risques engendrés par telle ou telle situation[1086]. Cette distinction n'est cependant pas toujours très nette et ces différents types d'obligation sont très souvent imbriqués[1087].

1084 Art. L. 432-1 s. pour le CE, art. L. 236-3 pour le CHSCT.

1085 M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 9, p. 8.
D'après les définitions données par G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6e éd. 1996, *v° information* et *v° renseignement*, l'information aurait une origine légale alors que le renseignement aurait une origine jurisprudentielle.

1086 M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 11, p. 9.

1087 M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 12, p. 9.

328. - Cette classification apparaît encore moins nettement en droit du travail. En effet, les expressions utilisées ne se réfèrent jamais expressément à une obligation de conseil ou de mise en garde. Tout au plus aurait-il été possible de retrouver l'idée de mise en garde dans l'emploi du terme « *avertir* » qui figure dans le Code du travail. Mais en réalité le législateur semble utiliser indifféremment au fil des textes les termes « *avertir* »[1088], « *aviser* »[1089], « *prévenir* »[1090], ou « *informer* »[1091], dans le sens de la fourniture d'une indication, d'une information, et la jurisprudence semble n'apporter aucun éclairage sur ce point. Il existe une exception à ce constat, relative au pouvoir disciplinaire de l'employeur. En effet, il est parfois relevé en jurisprudence que celui-ci ne peut reprocher au salarié un comportement fautif sans l'avoir mis en garde ou averti auparavant[1092]. Cette hypothèse constitue cependant un aspect très particulier de l'obligation d'information.

Il apparaît donc que l'obligation d'information en droit du travail n'est pas une notion élaborée et qu'au contraire elle se résume le plus souvent à transmettre une information objective correcte à son destinataire, à charge pour lui, ensuite, d'en mesurer les conséquences. Selon un auteur[1093], « *ce devoir d'information s'annonce léger : il n'est finalement demandé à l'employeur (ou au salarié) rien d'autre que de respecter une certaine sincérité contractuelle propre à tous les rapports contractuels* ». C'est ainsi que les conseillers de la Cour d'appel de Metz ont estimé que l'employeur « *n'est pas tenu d'un devoir de conseil à l'égard de ses employés, ce rôle incombant aux organisations syndicales* »[1094]. Une telle situation peut être déplorée, lorsque le bénéficiaire de l'information est le salarié, dont la volonté est attentivement surveillée par la jurisprudence et le législateur. Or, plus l'information sera détaillée et adaptée à son destinataire, plus la volonté de celui-ci sera éclairée de manière satisfaisante. Ceci est d'autant plus regrettable que le droit commun prévoit lui-même des degrés dans le régime de l'obligation d'information.

1088 V. notamment les articles L. 122-18, L. 122-26, L. 122-26-1, L. 122-28-1, L. 122-28-2, L. 123-6, L. 125-3-1, L. 321-15, L. 422-1-1 du Code du travail.

1089 V. notamment l'article L. 122-24-2 du Code du travail.

1090 V. notamment les articles L. 117-11 et L. 212-8-4 du Code du travail.

1091 V. notamment les articles L. 121-7, L. 225-10 et L. 321-1-2 du Code du travail.

1092 Cass. soc. 3 juillet 1985, SA Setex/G. Riboulet, CERIT - Cass. soc. 9 novembre 1989, Languille/Sté Gloria, CERIT - Cass. soc. 10 juillet 1996, Redempt/SARL Sté Midi Gascogne, CERIT.
L'avertissement est lui-même une sanction dans ce cas (art. L. 122-40 C. trav.).

1093 C. WILLMANN, note sous Cass. soc. 15 décembre 1999, JCP 2001, p. 507, spéc. p. 509.

1094 CA Metz 3 octobre 1994, Wolfelsperger/SNCF, CERIT.

329. - Le droit du travail laisse peut-être passer ici une chance d'assurer plus efficacement encore le caractère éclairé de la volonté. Ainsi, le régime de l'obligation d'information est adapté par le droit du travail dans un sens relativement surprenant. Le droit du travail en édulcore en effet le caractère par rapport au droit commun.

Mais globalement, le droit du travail a nettement transformé les conditions d'application de ces notions régissant le caractère éclairé de la volonté. Le fil directeur de cette démonstration est la nécessité d'encadrer le pouvoir de l'employeur pour qu'il ne profite pas d'une ignorance par le salarié de certains éléments, et pour qu'il assume ses propres ignorances.

Cette nécessité de protéger le salarié en adaptant le régime de certaines notions est encore plus visible en ce qui concerne la violence.

Sous-Section II - Les conditions d'application du vice de violence

330. - La liberté de la volonté représente le second élément, après son caractère éclairé, nécessaire à ce que soit reconnue son intégrité. Une volonté est libre lorsqu'elle n'est soumise à aucune contrainte et lorsqu'au contraire, elle reflète la volonté réelle de son initiateur. Selon certains auteurs, elle n'est pas libre « *lorsque la décision, au lieu de* « sortir » *vraiment de la délibération, résulte d'une pression exercée sur l'intéressé, et qui l'a conduit à accepter des conditions désavantageuses - consciemment cette fois - afin d'échapper aux menaces qui lui étaient adressées pour le cas où il refuserait de s'engager* »[1095].

Lorsque l'auteur d'un acte juridique est victime de tels agissements, il pourra engager la responsabilité délictuelle du responsable[1096], et surtout invoquer la nullité de cet acte sur le fondement de la violence[1097]. C'est en effet ce vice de la volonté qui constitue, par excellence, le fondement de la sanction d'une volonté qui n'a pas été émise librement.

331. - Le droit du travail a repris cette exigence d'une volonté libre[1098], et plus particulièrement du vice de violence. Les magistrats se

---

[1095] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 190, p. 128.

[1096] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, précités, n° 222, p. 153.

[1097] Art. 1111 et s. C. civ.

[1098] Voir par exemple Cass. soc. 17 janvier 1985, Dr. soc. 1985, p. 698 : les magistrats constatent que le départ du salarié a été librement négocié.

réfèrent parfois expressément soit aux articles 1111 et suivants du Code civil[1099], soit au terme même de violence : ainsi a-t-il pu être jugé en 1986 que le comportement de l'employeur n'avait pu constituer une « *violence morale génératrice d'un vice du consentement* »[1100].

Mais les magistrats du travail prennent souvent quelques libertés dans leur langage et utilisent de nombreux synonymes exprimant la forme que peut revêtir la violence dans les faits, et dont les plus fréquents sont les « *pressions* »[1101], une « *crainte* »[1102], des « *menaces* » ou « *accusations* »[1103], des « *manœuvres* »[1104], et surtout la « *contrainte* »[1105]. Ce dernier terme est d'ailleurs souvent assimilé à la violence par les auteurs eux-mêmes[1106], et

---

CA Bourges 17 janvier 1997, SA Porcelaines et Céramiques Industrielles Avignon/Mme Thomas, CERIT : « *en droit la démission donnée par un salarié victime de la part de l'employeur d'un comportement qui rend impossible ou même seulement très difficile la poursuite de la relation de travail ne peut être considérée comme ayant été librement donnée* ».
Voir également, à propos d'une novation, CA Paris 21° ch. A, 22 octobre 1997, Mme Plisson/France Télécom et a., CERIT.

1099 Voir par exemple pour l'article 1112 du Code civil : Cass. soc. 25 avril 1984, Bull. civ. V, n° 143, p. 111 - Cass. soc. 6 décembre 1994, pourvoi n° 93-42.473, Juridisque Lamy Cassation, arrêt n° 4806 - CA Dijon 24 février 1988, M. Jannel/Sté 3M France, CERIT - CA Paris 22° ch. B, 27 février 1987, Mme Denos/Sté Sartec, CERIT - CA Douai 31 janvier 1996, SA Stéd'autocontrôle d'énergie Mathieu/Watel, CERIT.
Voir par exemple pour l'article 1117 du Code civil : Cass. soc. 13 novembre 1986, Bull. civ. V, n° 520, p. 394.

1100 Cass. soc. 13 novembre 1986, Bull. civ. V, n° 524 p. 397. Voir aussi Cass. soc. 25 avril 1984, Bull. civ. V, n° 143, p. 111 et Cass. soc. 20 juillet 1987, Melle Bouzerma / SARL Suchet Solidor, CERIT - Cass. soc. 20 juin 1995, pourvoi n° 92-40.012, Juridisque Lamy Cassation, arrêt n° 2788.

1101 Cass. soc. 26 juin 1991, Caisse de dépôts et de prêts / Mme Konne, CERIT : « *une forte et continue pression hiérarchique* » - Cass. soc. 4 juillet 1974, Bull. civ. V, n° 418, p. 390.
Voir, en matière de transaction, Cass. soc. 8 mars 1995, pourvoi n° 93-41.699, Juridisque Lamy Cassation, arrêt n° 1106 - CA Paris 21° ch. A, 5 février 1997, Dr. ouvr. 1997, p. 421, obs. K. DEROUVROY (pression morale).
Voir, en matière de rupture d'un commun accord du contrat : CA Montpellier 26 novembre 1997, Me Pernaud et a./Bouazaoui, CERIT.

1102 CA Aix-en-Provence 13 mai 1982, SA Centre Médical et Diététique "Soleil et Repos" / Mme Honorat, CERIT.

1103 Cass. soc. 5 juin 1990, Mme Farinha / Mme Da Silva Quintas, CERIT.

1104 CA Douai 27 mars 1992, SAMU Auchan / Janszen, CERIT.

1105 Cass. soc. 22 septembre 1993, Bull. civ. V, n° 221, p. 151 ; JCP 1994, éd. E, II, 617, note G. LACHAISE - Cass. soc. 25 avril 1984, Bull. civ. V, n° 142, p. 111 - Cass. soc. 6 mars 1980, Dr. ouvr. 1981, p. 25.
Voir, en matière de transaction, Cass. soc. 5 janvier 1984, Bull. civ. V, n° 6, p. 4, et à propos d'une convention d'adhésion à un régime de prévoyance : Cass. soc. 6 décembre 1994, pourvoi n° 93-42.473, Juridisque Lamy Cassation, arrêt n° 4806.
Les juges du fond sont nombreux à utiliser ce terme, par exemple CA Nancy 2 février 1998, SA Banzet PFL/Mme Banzet, CERIT - CA Douai 30 septembre 1993, SA Pennel GB/Mme Meerseman, CERIT.

1106 J.-Y. CHOLEY, *La sanction des vices du consentement en droit du travail*, in *Mélanges Béguet*, 1985, p. 87, spéc. p. 105, qui évoque une contrainte illégitime - G. LYON-CAEN, *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Dr. soc. 1978, Sp. 67, spéc. n° 8, Sp. 68 - A. JEAMMAUD, *Le licenciement*, Dalloz 1993, collection Connaissance du droit, spéc. p. 13 - H. BLAISE, *Une transaction sans concessions...*, Dr. soc. 1988, p. 432, spéc. p. 436.

figure avec les menaces et les pressions dans le Code du travail[1107]. De manière plus elliptique, les décisions évoquent parfois le fait que le comportement de l'employeur a provoqué la rupture du contrat de travail[1108].

332. - La violence est beaucoup plus probable, pour des motifs aussi bien pratiques que juridiques, envers le salarié qu'à l'encontre de l'employeur. En effet, l'infériorité dans laquelle se trouve le salarié, en raison tant de son état de dépendance économique que du lien de subordination qui le lie à son employeur, et qui implique un devoir d'obéissance envers ce dernier, va difficilement se concilier avec l'exigence de liberté de la volonté.

Selon plusieurs auteurs, « *le contrat de travail crée une situation de soumission du salarié peu propice à la manifestation d'une volonté libre* »[1109]. Pour M. COUTURIER, « *pendant toute la durée de la relation de travail, le salarié se trouve vis-à-vis de l'employeur dans une situation qui ne lui permet pas d'exprimer une volonté réellement libre* »[1110], ce qu'il qualifie d'« *infériorité-contrainte* ». Un auteur va plus loin encore et estime que « *par suite de sa subordination même, le salarié est présumé ne pouvoir apporter un libre consentement* »[1111].

La violence subie par l'employeur ne se rencontrera que lorsque le rapport de force est inversé, quand les salariés, regroupés, tentent d'imposer leurs vues à l'employeur. C'est donc singulièrement dans le contexte d'une grève que se posera la question de la contrainte sur la volonté de l'employeur[1112]. Cette orientation de la jurisprudence reste très anecdotique.

333. - Cette nécessité de protéger le salarié a amené le droit du travail à adapter le régime de ce vice. Certes, certains aspects du régime de

---

[1107] Art. L. 122-46 : le législateur évoque, dans le cadre du harcèlement sexuel, des menaces, des pressions et des contraintes.

[1108] Cass. soc. 18 novembre 1998, RJS 1/99, n° 2, p. 21 - CA Toulouse 23 octobre 1998, Mle Dulau-Solier/SARL DS Digit, CERIT.

[1109] J. FROSSARD, *Les recours à l'action unilatérale*, Dr. soc. 1987, p. 496, spéc. p. 498 - G. POULAIN, *Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur*, Dr. soc. 1981, p. 754, spéc. p. 757 qui évoque « *une pression sur sa volonté* ».

[1110] G. COUTURIER, *Les relations entre employeurs et salariés en droit français*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, LGDJ 1996, Bibl. dr. priv., t. 261, p. 143, spéc. n° 5, p. 148.
L'auteur évoque également la situation similaire du candidat à l'embauche.

[1111] G.-H. CAMERLYNCK, note sous Cass. soc. 13 novembre 1959, JCP 1960, II, 11450.

[1112] Cass. soc. 8 novembre 1984, Bull. civ. V, n° 423, p. 315. Voir déjà T. civ. Nantes 6 janvier 1956, Gaz. Pal. 1956, 1, 61 - CA Paris 4 mars 1975, Cah. prud'h. 1975, n° 9, p. 187 (séquestration) - CA Douai 16 juin 1982, JCP 83, II, 20035, note R. JAMBU-MERLIN. Voir récemment CA Versailles 16 février 1999, RJS 5/99, n° 779, p. 469.

la violence ne présentent pas de différence par rapport au droit commun. Ainsi, comme tout vice de la volonté, en droit du travail comme en droit commun, la violence pour être retenue doit avoir été déterminante de la volonté de sa victime. Celle-ci doit établir que sans ces pressions, elle n'aurait pas formé l'acte juridique litigieux. En conséquence, la seule constatation d'une violence exercée par l'employeur sur le salarié n'est pas suffisante en soi. Ce problème du caractère déterminant de la violence est très rarement soulevé en jurisprudence, mais on peut citer à titre d'illustration une décision dans laquelle une salariée demandait la requalification de sa démission en licenciement pour violence physique. Or, les magistrats ont constaté que le nouvel administrateur de la société « *l'avait assurée qu'il ferait désormais régner l'ordre dans la société* »[1113]. La salariée n'avait plus de crainte à avoir, et donc l'objet de la violence avait disparu. Les violences précédentes n'ont pu être déterminantes de sa démission. Au contraire, dans une autre espèce, les magistrats ont relevé que la démission du salarié avait « *sa cause dans le comportement fautif de l'employeur* »[1114].

334. - Mais d'autres aspects du régime de la violence marquent une adaptation par le droit du travail des règles issues du droit commun, d'une part sur un plan très large, concernant le vice de violence en général, d'autre part sur un plan particulier, à propos d'une manifestation précise de la violence, celle de la menace par l'employeur d'exercer son pouvoir.

D'une part, l'état psychologique du seul salarié est réellement pris en considération. En conséquence, le droit du travail s'intéresse très peu à la qualité précise de l'auteur de la violence pour mieux se concentrer sur l'appréciation concrète des effets de cette violence sur le salarié victime (§1).

D'autre part, si le caractère illégitime de la violence est exigé en droit du travail conformément au droit commun, il est une hypothèse dans laquelle la particularité du droit spécial va nuancer cette similitude : il s'agit de la menace par l'employeur d'exercer son pouvoir disciplinaire proférée contre le salarié. L'entrée en scène de la notion de pouvoir inspire alors au droit du travail un contrôle approfondi du bien fondé de cette menace, ce qui entraîne une modification significative du régime de la violence sur ce point (§2).

[1113] CA Nancy 24 février 1986, SA Ets Gremillet/Mme Grandmougin, CERIT.
[1114] Cass. soc. 4 décembre 1991, SARL Lhomme/Mme Maublanc, CERIT.

§1 - Les rôles respectifs de l'auteur de la violence et de sa victime

335. - La violence est un vice de la volonté qui a une nature ambivalente. Elle présente à la fois un aspect délictuel ou moral en raison de l'attitude répréhensible et intentionnelle de son auteur, et un aspect psychologique puisqu'elle fait naître chez sa victime un sentiment de crainte[1115]. Cette dualité de structure est également constatée en matière de dol, mais elle apparaît plus nettement encore ici. Le droit commun fait prévaloir en matière de violence les données psychologiques, c'est-à-dire la protection de la victime sur la constatation d'une attitude fautive de l'auteur des violences. Les données morales n'agissent qu'à titre de correctif, pour éviter une trop grande instabilité contractuelle L'adaptation du régime de la violence en droit du travail consistera principalement à ne retenir de la dualité de structure caractérisant la conception civiliste de la violence que l'aspect favorable à la victime, par hypothèse le salarié.

En effet, en droit du travail, la personne à protéger, potentiellement victime d'une violence affectant sa volonté, est le salarié. Il est donc naturel que la jurisprudence ait repris à son compte la faveur du droit commun pour les données psychologiques. Mais elle a poussé le raisonnement à l'extrême puisqu'il est tout entier centré sur le salarié. C'est ainsi que le droit du travail manifeste une totale indifférence à l'égard de l'auteur de la violence, qu'il soit l'employeur ou non (A), pour se focaliser sur l'influence concrète de la violence sur le salarié (B).

A - L'indifférence du droit du travail quant à l'auteur de la violence

336. - L'auteur de la violence n'est pas pris en compte par le droit du travail dans la caractérisation du vice de violence. Cette indifférence se manifeste tant en ce qui concerne la qualité de l'auteur de la violence (1), qu'en ce qui concerne ses mobiles (2).

[1115] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 234 s., p. 223 s. - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 217 s., p. 151 s.

1 - L'indifférence quant à la qualité de l'auteur de la violence dans l'entreprise

337. - Le cas le plus fréquent est bien évidemment celui de la violence exercée par l'employeur lui-même, ce qui ne pose guère de problème particulier. Il faut cependant faire une remarque : il arrive que l'employeur ne soit pas une personne physique, mais une personne morale. Si la personne qui a commis la violence est un mandataire social, en tant qu'organe de la société, elle engage alors celle-ci, même pour des délits et quasi-délits[1116].

338. - Certains auteurs se sont interrogés sur la portée en droit du travail de l'article 1114 du Code civil, selon lequel « *la seule crainte révérencielle envers le père, la mère ou autre ascendant, sans qu'il y ait de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat* ». Ainsi, M. CHAUVEL[1117] invite à étendre ce raisonnement aux personnes liées par des rapports hiérarchiques, telles que le salarié et son employeur, ce que conteste fermement M. ENCINAS DE MUNAGORRI[1118], pour qui « *l'analogie présentée révèle une conception paternaliste et peu réaliste des rapports hiérarchiques* ». Selon ce dernier auteur, « *la crainte de l'autorité hiérarchique ne* (...) *paraît nullement devoir échapper, par principe, à la violence* ».

A notre sens cependant, la proposition de M. CHAUVEL ne devrait pas nuire au salarié. En effet, dans son optique, la seule crainte de l'autorité hiérarchique, sans violence exercée, ne pourrait pas constituer le vice de violence. Or, la conception très large de la violence adoptée par le droit du travail conduira à retenir facilement qu'une violence a par ailleurs été exercée[1119]. Le désavantage pour le salarié est par conséquent fort atténué.

Par ailleurs, la crainte de l'autorité hiérarchique peut être assimilée à la crainte de la sanction ou de la perte de son emploi. Or, il sera expliqué que cette seule crainte est très présente[1120] et qu'elle ne peut, pour des raisons évidentes, être constitutive de violence. La proposition de M. CHAUVEL revient alors à consacrer l'état actuel du droit positif.

[1116] P. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 7° éd. 2000, n° 96, p. 118.
[1117] P. CHAUVEL, *Le vice du consentement*, Th. Paris 1981, n° 1196 s., p. 411 s.
[1118] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ 1996, Bibl. dr. privé, t. 254, n° 244 s., p. 209 s.
[1119] *Cf. infra* n° 443 s.
[1120] *Cf. infra* n° 467 s.

Mais ce débat nous semble dénué d'enjeu réel, car, outre le fait que l'article 1114 du Code civil ne vise que les ascendants, et non l'employeur, ce qui prive la discussion de tout fondement juridique précis, la jurisprudence n'a jamais, à notre connaissance, appliqué le régime de la violence à la simple crainte par le salarié de l'autorité hiérarchique.

339. - La violence peut également être l'oeuvre de supérieurs hiérarchiques du salarié victime, par exemple un chef de chantier qui agresse un salarié[1121], un agent de maîtrise qui exerce des violences sur une salariée, la contraignant à démissionner[1122], ou des voies de fait « *exercées sur l'apprenti par une personne à laquelle le maître d'apprentissage avait délégué son autorité* »[1123] : l'employeur a alors commis une faute en n'assurant pas la sécurité du personnel pendant les heures de travail. On peut estimer que dans le cadre de son pouvoir d'organisation et de direction de l'entreprise, l'employeur doit y maintenir le calme et la sécurité, au risque de se voir imputer la responsabilité des ruptures qui seraient la conséquence des violences de membres du personnel ayant une certaine autorité sur leurs victimes[1124], voire de ne pas pouvoir reprocher une faute grave à l'auteur de tels actes[1125]. Est plus significatif encore le fait que la violence, caractérisée par des pressions et des contraintes morales, ait été retenue pour rendre la rupture imputable à l'employeur, alors qu'elle émanait des collègues de la victime, et non pas de supérieurs hiérarchiques censés représenter l'autorité de l'employeur[1126].

340. - Elle peut enfin être l'oeuvre de personnes étrangères à l'entreprise : une salariée, engagée en qualité de repasseuse avait été victime d'outrage public à la pudeur de la part du mari de son employeur. La rupture

---

1121 Cass. soc. 3 juillet 1990, CSBP 1990, n° 22, B. 99, p. 186 – CA Toulouse 26 octobre 2000, RJS 4/01, n° 407, p. 304.

1122 CA Versailles 5ème ch., 28 juin 1985, D. 1986, IR. p.19.

1123 Cass. soc. 5 février 1992, Bull. civ. V, n° 64, p. 40.

1124 Voir, de manière générale, Y. MAYAUD, *Responsables et responsabilités*, Dr. soc. 2000, p. 941.
Dans un cas spécifique, voir Cass. soc. 15 mars 2000, RJS 6/00, n° 626, p. 437 : « *l'employeur était directement engagé par les agissements d'un cadre titulaire d'une délégation de pouvoirs* »

1125 CA Grenoble 3 mai 1999, RJS 8-9/99, n° 1034, p. 652 : un chef d'agence a fait subir un harcèlement moral à plusieurs collaborateurs. L'employeur aurait dû s'apercevoir plus rapidement qu'il avait nommé une personne n'ayant pas les qualités requises (*sic*), il ne peut donc le licencier pour faute grave, mais pour faute réelle et sérieuse. Voir également CA Toulouse 26 octobre 2000, RJS 4/01, n° 407, p. 304.
Voir déjà Cass. soc. 27 février 1992, pourvoi n° 64-41.933, Juridisque Lamy cassation, arrêt n° 2746 - Cass. soc. 4 avril 1996, pourvoi n° 94-43.989, Juridisque Lamy cassation, arrêt n° 1658.

1126 CA Bordeaux 3 mars 2000, RJS 12/00, n° 1218, p. 793.

a été jugée imputable à ce dernier[1127]. Ce cas est un peu particulier car si l'auteur des violences n'était pas partie à la relation de travail, ni salarié, le fait qu'il ait été le mari de l'employeur a sans doute beaucoup influencé les juges[1128]. La situation est similaire si les violences sont l'oeuvre du concubin[1129] ou du fils de l'employeur[1130]. Il en va de même dans le cas où les violences ont été commises par un associé de la société employeur[1131].

Il faut surtout s'interroger sur la portée de ces décisions : dans le cas où un salarié a démissionné, suite à des violences de la part non de son employeur ou du personnel d'encadrement, mais d'une personne totalement étrangère aux relations de travail, les juges pourraient-ils accueillir une action en requalification de la rupture en licenciement? Si en pratique une telle situation paraît bien improbable, on ne peut que donner une réponse favorable si on examine la volonté exprimée par le salarié : elle a bien été viciée, la démission a été contrainte, il y a donc lieu à requalification. Mais alors l'employeur, qui n'a rien à se reprocher, va subir les conséquences financières d'un acte qu'il n'a pas provoqué ni même voulu[1132]. Cependant, la tendance très nette du droit du travail à privilégier les données psychologiques sur les données morales laisse penser que la requalification aurait lieu.

Titulaire du pouvoir de direction, l'employeur doit en contrepartie assurer la sécurité du salarié et la liberté de sa volonté. La dimension institutionnelle du rapport d'emploi est très présente ici.

Ainsi, l'identification précise de l'auteur de la violence importe peu, et la violence sera retenue quelle que soit sa qualité. Ce n'est certes pas très surprenant au regard du droit commun qui n'exige pas, comme en matière de dol, que la violence émane d'une personne précise telle que le

---

[1127] Cass. soc. 17 décembre 1987, Mme Gachet; M.Gachet/Mme Dubois, Sem. Soc. Lamy 1988, n° 393, p. 54 – CA Paris 16 janvier 1997, Mme Chantereau/SNC SEBB, CERIT. Voir également, pour de vifs reproches de la part de la femme et du fils de l'employeur : Cass. soc. 10 avril 1986, Bull. civ. V, n° 127, p. 101, pour des propos violents tenus par l'épouse du directeur : CA Nancy 22 février 1995, RJS 8-9/95, n° 992, p. 634.

[1128] Voir également CA Poitiers 30 mai 2000, RJS 12/00, n° 1218, p. 793.

[1129] CA Nîmes 8 octobre 1993, Mle Arnaud/Navoret, CERIT.

[1130] CA Paris 21° ch. C, 1er mars 1985, A. Bassou/L. Medjani, CERIT - CA Poitiers 24 juin 1997, Guillon/Mme Merrant, CERIT.

[1131] CA Nancy 9 mai 1988, SARL Desmink/Mle Schwaller, CERIT : « *cet associé exerçait la direction de fait de l'établissement. Les violences qu'il a exercées peuvent donc être considérées comme ayant pour auteur l'employeur* ».

[1132] *Cf. supra* sur l'absence de volonté de l'employeur dans le licenciement, Partie I - Titre II - Chapitre I, n° 138 s.

contractant[1133]. C'est alors l'indifférence du droit du travail quant aux mobiles de l'auteur de la violence qui le distingue plus nettement du droit commun.

2 - L'indifférence quant aux mobiles de l'auteur de la violence

341. - Selon un auteur, « *la violence est une contrainte exercée sur la volonté d'une personne pour l'amener à donner son consentement* »[1134]. Le but poursuivi par l'auteur de la violence n'est pas exigé expressément par les articles 1112 et suivants du Code civil. Il est néanmoins classique que l'attitude répréhensible de cette personne soit dictée par le souhait d'obtenir la volonté de sa victime de former tel ou tel acte juridique. L'exemple caractéristique en la matière consiste en la menace d'exercer un droit en représailles si son interlocuteur ne consent pas à former un acte juridique précis. La vérification de l'intention de l'auteur des violences, si elle n'apparaît pas dans les textes, est ainsi néanmoins logique et résulte de la définition doctrinale précitée. D'ailleurs, cette intention est vérifiée dans certaines décisions de droit commun publiées qui se réfèrent au vice de violence[1135].

Or, le droit du travail adopte une solution beaucoup plus radicale, puisque seul l'état psychologique du salarié compte. Peu importe donc le but poursuivi par l'employeur, l'acte juridique formé alors que la volonté du salarié n'était pas parfaitement libre sera remis en cause, quand bien même l'employeur n'avait jamais eu l'intention de contraindre le salarié à consentir à un tel acte.

342. - Certes, cette intention de l'employeur apparaît parfois : certaines décisions évoquent le but poursuivi par l'employeur lorsqu'il a exercé une violence sur la volonté du salarié. Le contentieux le plus fourni en matière de violence concerne la démission[1136], et les juges vont ainsi relever l'intention de l'employeur de pousser le salarié à démissionner. Il s'agit fréquemment pour l'employeur d'éviter un licenciement aux conséquences financières et sociales parfois redoutables. Un exemple caractéristique est celui où l'employeur crée un climat de

---

1133 J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 223, p. 154.

1134 J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 579, p. 561. C'est nous qui soulignons.

1135 Voir par exemple Cass. com. 21 février 1995, Bull. civ. IV, n° 50, p. 46.

1136 *Cf. infra* n° 444.

travail détestable et « *conduit volontairement le salarié à démissionner en prenant à son encontre, sans motif légitime, des mesures purement vexatoires* »[1137]. On peut également citer le cas de l'employeur qui, en obligeant le salarié à travailler dans des conditions dangereuses, « *n'a cherché en réalité qu'à contraindre* [celui-ci] *à la démission* »[1138]. Enfin, les hypothèses les plus flagrantes sont celles dans lesquelles l'employeur menace le salarié de l'exercice d'un droit, c'est-à-dire d'un licenciement pour faute ou d'une plainte pénale s'il ne démissionne pas[1139].

Les magistrats vont également parfois relever la volonté de l'employeur d'obtenir l'accord du salarié à propos d'une transaction ou d'une rupture d'un commun accord[1140]. L'hypothèse d'une modification du contrat de travail est également envisageable, bien qu'elle n'ait pas, à notre connaissance, donné lieu à un contentieux significatif.

Mais en aucun cas, la jurisprudence ne semble ériger cette intention de l'employeur en condition d'accueil du vice de violence. Il s'agit simplement d'un constat et non d'une exigence. Ce constat permet peut-être parfois de renforcer le caractère illégitime[1141] de l'attitude de l'employeur : en révélant son intention véritable, l'employeur admet implicitement qu'un procédé normal de négociation n'aurait pas eu les résultats escomptés. Mais l'absence d'un tel constat ne saurait entraîner le rejet de l'action du salarié fondé sur la violence.

343. - La révélation de l'intention de l'auteur des pressions est en réalité différente selon que l'acte juridique projeté est une convention ou un acte juridique unilatéral. Lorsque l'auteur de la violence souhaite obtenir l'accord de sa victime pour former une convention, son intention sera dès lors extériorisée puisque lui-même devra émettre sa volonté. Celle-ci sera d'ailleurs souvent une offre, que la victime de la violence sera contrainte d'accepter. Par cette offre, l'auteur de la violence révélera donc son

---

1137 Cass. soc. 16 février 1989, Bull. civ. V, n° 137, p. 82. De même, les magistrats ont pu relever le caractère délibéré des entraves à l'exercice normal par le salarié de son contrat de travail : Cass. soc. 9 mai 1989, Sté Encyclopaedia Britannica Ltd/Mme Figaret, CERIT.

1138 Cass. soc. 18 octobre 1989, RJS 11/89, n° 826, p. 496.

1139 *Cf. infra* n° 357 s.

1140 Voir, pour une menace de licenciement exercée sur un salarié, constitutive de contrainte morale, pour l'amener à conclure une transaction : CA Paris 22° ch. C, 18 mars 1988, SA Tandy France/Mme Normant, CERIT.
De même, pour des menaces d'exercer « *des tracasseries et vicissitudes* » afin d'obtenir la signature d'un protocole d'accord : CA Paris 22° ch. B, 27 février 1987, Mme Denos/Sté Sartec, CERIT.
Cass. soc. 20 février 1959, Dr. soc. 1959, p. 542.

1141 *Cf. infra* n° 357 s.

intention. Par exemple, s'il menace le salarié de le licencier à moins que celui-ci ne consente à modifier son contrat de travail, l'intention de l'employeur apparaît clairement.

La situation est bien sûr fort différente lorsque l'acte juridique litigieux est unilatéral : seule la volonté de la victime est alors requise, et il sera beaucoup plus aisé pour le responsable de la violence (employeur ou autre) de dissimuler son intention. Surtout, il se peut que l'auteur de la violence ne souhaite pas forcer le salarié à former cet acte juridique. En effet, comme l'acte unilatéral ne nécessite que la volonté du salarié, un comportement violent pourrait conduire le salarié à le former (par exemple à démissionner) alors que tel n'était pas le but poursuivi par l'employeur (ou l'auteur de la violence). Pourtant, la violence sera caractérisée, ce qui traduit bien la parfaite indifférence du droit du travail quant aux mobiles de l'auteur des pressions.

Ainsi, en matière de démission, même si l'intention de l'employeur est parfois mentionnée, il arrive que les juges se bornent à constater que la poursuite des relations contractuelles était impossible et que le salarié était contraint à démissionner, sans rechercher si le but de l'employeur était vraiment de le contraindre à rompre son contrat[1142]. On peut citer le cas de vifs reproches voire d'insultes de la part de la femme de l'employeur (l'employeur n'avait donc pas pris part à ces violences et son éventuel souhait, ou celui de son épouse, de voir le salarié démissionner n'est pas constaté par les juges du fond[1143]), ou le cas d'une agression physique[1144]. Il en va de même si l'employeur n'exécute plus les obligations nées du contrat de travail, comme le paiement de l'intégralité du salaire[1145]. Dans ces exemples, c'est l'attitude de l'employeur en elle-même qui est répréhensible, indépendamment de son but : *objectivement*, le salarié était contraint à la démission, même si, subjectivement, ce n'était pas le souhait de son employeur.

[1142] En ce sens : J. DUPUY, *La démission du salarié,* D. 1980, chron., p. 253, spéc. p. 257, n° 3 *in fine.*

[1143] Cass. soc. 10 avril 1986, Bull. civ. V, n° 127, p. 101.

[1144] Cass. soc. 17 décembre 1987, Mme Gachet; M.Gachet/Mme Dubois, Sem. Soc. Lamy 1988, n° 393, p. 54 - CA Douai 3 octobre 1986, M.Lamotte/ Mme Zimoch, CERIT : le mari de l'employeur avait été condamné pour outrage public à la pudeur envers la salariée démissionnaire.

[1145] Cass. soc. 22 septembre 1993, Bull. civ. V, n° 221, p. 151 ; JCP 1994, éd. E, II, 617, note G. LACHAISE.

La violence présente bien ici les caractères nécessaires de gravité et d'illégitimité et elle a bien été déterminante de la volonté du salarié[1146], mais le choix de la démission n'a pas été forcé par l'employeur. Cependant, cette démission représente le seul moyen dont dispose le salarié pour échapper à cette violence, et les juges considèrent donc que le choix, la volonté de démissionner ont été imposés par l'employeur.

344. - Bien évidemment, en pratique, on peut se demander pourquoi un contentieux se développe dans des hypothèses où l'employeur n'a pas souhaité la démission du salarié. En effet, l'employeur pourrait proposer au salarié de n'en pas tenir compte afin qu'il retrouve son emploi. Mais cette proposition n'aurait que peu de chances d'éteindre le contentieux puisque le salarié a subi des violences, ce qui ne l'incitera pas à reprendre son emploi, même avec de sérieuses garanties de la part de l'employeur[1147].

Il en résulte que le droit du travail ne prête guère d'attention à l'auteur de la violence, ni quant à sa qualité précise dans l'entreprise, ni quant à ses mobiles. Si objectivement il y a contrainte sur la volonté du salarié, la violence sera caractérisée, même si subjectivement la formation de l'acte juridique litigieux n'était pas souhaitée par l'auteur des pressions. C'est donc sur les effets produits par la violence sur le salarié que s'est concentré le droit du travail, conduisant à leur appréciation minutieuse.

B - L'appréciation concrète et minutieuse des effets de la violence sur le salarié victime

345. - La conception psychologique de la violence prédomine en droit du travail puisque toute l'attention est focalisée sur la volonté de la victime. Cette protection n'est cependant pas aveuglément accordée à tous les salariés. Parce que la qualité de salarié recouvre des réalités très différentes, la jurisprudence va procéder à nouveau à une analyse *in concreto* des situations de fait afin de vérifier précisément si, dans chaque cas d'espèce, la liberté de la volonté du salarié a été ou non assurée.

[1146] Cass. soc. 17 décembre 1987, Mme Gachet; M.Gachet/Mme Dubois, précité : « *le comportement fautif de M. Gachet (l'employeur) était la cause de la démission de Mme Dubois* ». C'est nous qui soulignons.

[1147] Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'ici, la technique de la requalification en licenciement ne constitue pas un pis-aller, un fade substitut de la nullité de l'acte juridique, mais qu'au contraire elle satisfait bien aux voeux du salarié.

En effet, tous les salariés ne sont pas égaux devant le risque d'atteinte à la liberté de leur volonté, et c'est pour prendre en compte cet état de fait que les magistrats vont apprécier l'influence réelle du comportement de l'employeur.

346. - La violence est la notion permettant par excellence de sanctionner l'atteinte à la liberté de la volonté du salarié. Or, le régime de la violence prévoit lui-même cette approche concrète du litige. Certes, les rédacteurs du Code civil n'ont pas été très explicites puisque l'article 1112 prescrit de se référer, pour apprécier la gravité de la crainte subie par la victime de la violence, à une personne raisonnable, ce qui appelle plutôt une appréciation *in abstracto*.

Mais la doctrine a fait prévaloir le second alinéa selon lequel « *on a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes* », ce qui appelle une analyse *in concreto*[1148]. Et la jurisprudence tant civile que commerciale a suivi ce raisonnement[1149].

347. - Le droit du travail a adopté une position similaire en transposant la notion de violence. Toute pression, toute menace ne sera pas automatiquement constitutive de violence envers tout salarié. Un examen approfondi et pragmatique des circonstances permettra de déterminer les salariés qui, à pressions ou menaces égales, seront protégés ou non en jurisprudence. La tendance générale qui ressort de la jurisprudence est néanmoins favorable aux salariés, puisque les cas sont relativement nombreux dans lesquels ils obtiendront gain de cause, c'est-à-dire dans lesquels ils établiront le défaut de liberté de leur volonté, tant sont nombreux les indices que pourront relever les juges indiquant la gravité de la violence exercée sur tel ou tel salarié.

Cependant, la recherche *in concreto* apparaît dans quelques cas relativement fictive, car les magistrats recourent à des présomptions, telles que l'âge du salarié, ses capacités intellectuelles pour en déduire la caractérisation ou non de la violence, mais sans vraiment s'attacher aux circonstances de l'espèce.

[1148] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 241, p. 230 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 219, p. 151.

[1149] Cass. com. 28 mai 1991, Bull. civ. IV, n° 180, p. 128 : les mêmes circonstances sont constitutives de violence à l'égard de la femme, et non à l'égard du mari.

Les magistrats vont se référer à plusieurs éléments pour apprécier la situation litigieuse, une donnée unique apparaissant comme étant relativement insuffisante si elle n'est pas explicitement déterminante. Ils auront alors recours à un faisceau d'indices pour déterminer l'influence du comportement de l'employeur[1150] sur la liberté de la volonté du salarié. Deux orientations se détachent de la jurisprudence, les magistrats se référant soit à la personne même du salarié (1), soit à des circonstances extérieures, au contexte même de la formation de l'acte juridique litigieux (2).

1 - La personne du salarié

348. - Le salarié sera d'autant plus impressionné par le comportement de l'employeur s'il est dans un état physique délicat (a) ou si ses capacités intellectuelles sont faibles (b).

a - L'état physique du salarié

349. - Comme nous le préciserons plus loin, l'état de santé du salarié devrait amener les juges à considérer que sa volonté était plus absente que viciée[1151]. Tel serait le cas du salarié handicapé mental[1152], ou atteint d'invalidité entraînant « *la quasi-impossibilité de parler, de comprendre ou même de se faire comprendre* »[1153]. D'ailleurs, les magistrats relèvent majoritairement l'état de santé déficient du salarié dans le cas de démissions irréfléchies, sur la nature véritable desquelles nous apporterons quelques éclaircissements[1154].

350. - C'est pourquoi les arrêts mentionnant l'état de santé du salarié évoquent rarement des contraintes de l'employeur, celles-ci n'étant pas nécessaires à la requalification en licenciement. Mais lorsque de telles contraintes sont exercées sur des salariés malades, cette constatation ne peut que renforcer le caractère déterminant de ces pressions. Nous pouvons citer les cas de salariés placés en « *situation d'infériorité* » en raison de leur état

---

1150 Les cas dans lesquels les circonstances où une personne autre que l'employeur sont à l'origine de la violence (*cf. supra* n° 332) étant relativement rares en jurisprudence, nous évoquerons de manière générale et pour simplifier la lecture, le comportement de l'employeur comme auteur de principe de la violence.

1151 *Cf. infra* n° 423.

1152 CA Dijon 25 septembre 1984, M.Galieu/Melle Vu Van, CERIT.

1153 CA Douai 15 octobre 1987, M.Carotenuto/SA Burel, CERIT.

1154 *Cf. infra* n° 429.

de santé[1155], ce qui a conduit, entre autres motifs, à rendre l'employeur responsable de la rupture. Il en va de même pour une salariée de santé nerveuse fragile[1156], ou qui, veuve depuis quelques mois, souffrait de problèmes de santé[1157]. Mais la seule constatation d'un état physique diminué ne saurait suffire à retenir la violence[1158].

L'âge du salarié peut également jouer un rôle. Le jeune âge du salarié le rend plus vulnérable[1159], de même que, parfois, son grand âge[1160]. En revanche, un salarié dans la force de l'âge est censé prendre plus de recul et mieux apprécier les conséquences de sa décision. Cette présomption est renforcée lorsque s'y adjoint une certaine ancienneté dans l'entreprise : ainsi en est-il d'un salarié de 51 ans avec une ancienneté de 14 ans[1161] ou de 33 ans et 8 ans d'ancienneté[1162].

b - Les capacités intellectuelles du salarié

351. - Le salarié ne peut guère résister aux pressions de l'employeur s'il n'a que de « *faibles capacités intellectuelles* »[1163]. On conçoit en effet aisément qu'il ne peut pas se défendre face à l'employeur et que sa réflexion n'est sans doute pas approfondie. C'est notamment le cas lorsque le salarié est illettré[1164] ou, étranger, ne parle pas le français[1165].

Mais si le salarié étranger « *non seulement comprend le français, mais il le lit, connaît le calcul (quatre opérations), et il peut même l'écrire* », sa volonté a été libre[1166]. De même, un salarié de « *niveau*

[1155] Cass. soc. 2 avril 1984, Sommaires de Droit du travail 1984, p. 843.

[1156] CA Nancy 12 octobre 1994, SA Deneudis Unico/Mme Legrand, CERIT.

[1157] CA Nancy 16 novembre 1993, Mme Kempf/SA Serad Intermarché, CERIT.

[1158] CA Montpellier 19 mars 1998, M. Saidalli/M. Segura, CERIT : « *le simple fait que la représentante légale de l'apprenti soit invalide à 85% (...) ne suffit pas pour établir qu'elle présentait un état de vulnérabilité la rendant incapable de résister à une démarche volontariste de l'employeur* ».

[1159] CA Besançon 11 juin 1985, SA Deschaseaux/M.Etienne, CERIT : salarié qui n'est âgé « *que de 19 ans* » - CA Montpellier 21 septembre 1993, Sté des Nouvelles Galeries/Mle Galibert, CERIT : (« *jeune âge (18 ans 5 mois)* »).

[1160] CA Angers 20 juin 1988, M.Cadic/Melle Coubard, CERIT: qui évoque une « *vieille salariée* ».

[1161] CA Dijon 24 février 1988, M.Jannel/Sté 3M France, CERIT.

[1162] CA Rennes 13 novembre 1984, M.Bonnier/SA Automobiles Citroën, CERIT.

[1163] CA Bordeaux 17 avril 1989, M.Dardailler/M.Di Pasquale, CERIT.

[1164] CA Poitiers, 23 mai 1984, M.Brunet/SARL Vidéo-Gardiennage, CERIT.

[1165] CA Nancy, 22 février 1995, RJS 8-9/95, n° 992, p. 634.

[1166] CA Montpellier, 16 janvier 1992, M.Rousselet/Bernarbia, CERIT.

universitaire »[1167] ou « *licencié en droit* »[1168] a pu parfaitement apprécier les conséquences de sa démission.

352. - Outre les capacités intellectuelles elles-mêmes, la place du salarié dans l'entreprise, les fonctions occupées sont examinées par les magistrats.

Il apparaît clairement en jurisprudence qu'un salarié cadre est moins impressionnable qu'un simple employé. Ainsi en est-il d'un cadre supérieur[1169] ou de haut niveau[1170]. Cette qualité est souvent relevée par les juges pour exclure « *qu'il ait pu succomber à une intimidation ou à une crainte irraisonnée de subir des poursuites pénales* », en raison « *de son expérience du monde des affaires, l'importance de ses fonctions et l'autorité avec laquelle il les exerçait* »[1171]. Au contraire, « *un salarié ayant une faible qualification professionnelle* »[1172] conduit les juges à être plus sévères envers l'employeur. Enfin, les magistrats estiment également que les fonctions de représentant du personnel doivent permettre au salarié de prendre des décisions plus sereines. Aussi la requalification de leur démission en licenciement est-elle moins facilement acceptée[1173].

Si le contentieux concerne principalement la démission, certaines décisions ont été rendues en matière de transaction et adoptent un raisonnement identique. Les juges sont également attentifs à la qualité du salarié pour estimer s'il a pu ou non résister aux violences de l'employeur : ils relèvent ainsi la « *qualification de cadre* »[1174] ou le fait que le salarié était « *parfaitement informé de ses droits compte tenu de son niveau hiérarchique et de ses compétences* »[1175]. La formation et la compétence du salarié laissent penser qu'il aurait pu résister à une intimidation.

[1167] CA Paris 21ème chambre A 24 juin 1986, M.Ashorgbor/Sté Témat, CERIT.

[1168] CA Nîmes 22 juillet 1993, M.Bourdelles/CRCAM Vaucluse, CERIT.

[1169] Cass. soc. 25 avril 1984, Bull. civ. V, n° 142, p. 111.

[1170] Cass. soc. 8 janvier 1985, Dr. soc. 1985, p. 701 - CA Poitiers 22 avril 1993, Charul/Maraf, CERIT – CA Montpellier 29 février 2000, Morin/Sté FBL et a., CERIT.

[1171] CA Angers 15 décembre 1992, SA Soclova/Consorts Valladier, CERIT – CA Toulouse 4 février 2000, Miatto/Sté promo Sanit et a., CERIT : « *qualité incontestée d'homme d'affaires* ».

[1172] CA Poitiers 29 juin 1994, Vignault/SA Pain Jacquet, CERIT.

[1173] CA Rennes 29 octobre 1991, M.Brahim/SA Bianic, CERIT.

[1174] CA Aix en Provence, 3 décembre 1985, JCP 1986, éd.E, I, 15511, annexe I - CA Douai 27 juin 1997, Mme Clayesen/SARL Calais Hôtel, CERIT, qui note les « *responsabilités* » de la salariée.

[1175] CA Dijon 4 octobre 1994, Lardeau/Banque Populaire de Bourgogne, RJS 3/95, n° 329, p. 225.

353. - Cette tendance jurisprudentielle est contestable par son automatisme. Elle mériterait d'être atténuée par une approche réellement individualisée de chaque litige. En tout état de cause, le principe d'une différenciation à opérer dans la protection des salariés selon leurs aptitudes, leur position dans l'entreprise, n'est pas isolée en droit du travail et peut être rapprochée des solutions développées en matière de délégation de pouvoirs[1176]. Dans ce cas aussi, la compétence spécifique du salarié conduit les juges à minorer sa protection.

Il se confirme alors que la qualité de salarié n'est pas homogène et que le droit du travail doit, à juste titre, l'appréhender dans ses nuances, même s'il a parfois recours à des présomptions.

2 - Le contexte de la formation de l'acte juridique

354. - Il s'agit d'examiner les circonstances précises de la formation de l'acte juridique, c'est-à-dire, au vu de la grande majorité des décisions étudiées, de la démission. La violence n'est pas ici caractérisée par des pressions s'exerçant sur une longue période, mais par des contraintes qui touchent le salarié au moment même de la rupture du contrat de travail. Le plus souvent, les juges constatent que le salarié était placé dans une situation intimidante, notamment du fait de la présence de l'employeur au moment précis de la rédaction de la lettre de démission. Les circonstances relevées par les juges peuvent être très diverses et il est difficile de les isoler pour n'en retenir qu'une qui serait prépondérante. Les magistrats examinent un faisceau d'indices qui leur permettra de constater ou non une contrainte pesant sur la volonté du salarié. Deux grandes séries d'exemples illustreront ces différents cas.

355. - En premier lieu, la jurisprudence relève très souvent l'absence de délai de réflexion accordé au salarié. Celui-ci se voit pressé par l'employeur de prendre une décision immédiatement. Certes, la conséquence immédiate d'un tel comportement de l'employeur peut être de priver la volonté du salarié de son caractère éclairé[1177]. Mais une telle précipitation imposée au salarié peut également être révélatrice d'un

---

[1176] *Cf. infra* n° 499 s. L'employeur peut déléguer ses pouvoirs à des salariés remplissant certaines conditions (aptitude, autorité, moyens disponibles). Il se décharge ainsi d'une éventuelle responsabilité pénale en cas d'incident. Il semblerait que le recours aux fictions de volonté soit opéré dans ces hypothèses, alors que le droit du travail est très réticent à les appliquer au salarié.
[1177] *Cf. supra* n° 282 et *Cf. infra* n° 433.

contexte de violence et de pression de la part de l'employeur[1178]. Les magistrats mentionnent d'ailleurs ce type de circonstances tant en matière de caractère éclairé qu'en matière de caractère libre de la volonté[1179].

356. - En second lieu, les magistrats prennent en compte le lieu de la démission et les personnes présentes lors de sa formation.

La jurisprudence tend à considérer que le salarié donnera sa démission de manière plus réfléchie en dehors de l'entreprise. On pourrait alors supposer qu'il n'a pas subi de pressions de la part de ses supérieurs hiérarchiques. Le lien de subordination, qui est extrêmement fort sur le lieu de travail, s'atténue hors de celui-ci. Le salarié est alors plus à même de réfléchir posément sans subir de brutalités ou de menaces de la part de l'employeur. Le salarié est censé avoir pesé le pour et le contre de sa démission. L'on peut citer à titre d'exemple le cas d'une démission valablement donnée au motif, entre autres, qu'elle l'a été au domicile du salarié[1180]. Cependant, cet élément favorable ne joue plus dans le cas où l'employeur est présent à ce moment au domicile du salarié et où sa conduite peut laisser penser qu'il a alors exercé des pressions sur le salarié[1181].

Les juges seront plus suspicieux si la démission a été donnée dans les locaux mêmes de l'entreprise[1182], bien que cette seule circonstance ne suffise pas à caractériser la contrainte[1183]. Ici encore, c'est la présence de l'employeur qui fera la différence.

Cette présence de l'employeur est souvent relevée par la Cour de cassation pour décider que la volonté n'a pas été libre[1184]. Au contraire, elle relève l'absence de contrainte lorsque la démission a eu lieu « *hors la présence de l'employeur* »[1185]. Les magistrats soulignent en effet que cette

---

[1178] Voir, rejetant la violence, Cass. soc. 29 avril 1970, Bull. civ. V, n° 281, p. 227.

[1179] Cass. soc. 22 janvier 1992, Mme Molteno/Sté Barthélémy Prado, CERIT (temps de réflexion suffisant).

[1180] Cass. soc. 4 juin 1987, Bull. civ. V, n° 446, p. 284.

[1181] CA Bordeaux 17 avril 1989, M.Dardailler/M.Di Pasquole, CERIT : l'employeur a posé un ultimatum au salarié en arrêt maladie : soit la reprise immédiate du travail, soit la démission. Du fait de cette attitude « *insolente et agressive* », le salarié n'a « *pas librement donné son accord* ».

[1182] Cass. soc. 13 novembre 1986, Bull. civ. V, n° 520, p. 394 – CA Grenoble 2 mai 2000, Mme Lopez/Mme Girard Revol, CERIT.

[1183] CA Dijon 13 juin 1984, M.Naizot/SA Laboratoires Cassenne, CERIT - CA Montpellier 3 juillet 1996, SA Quercy/Mme Solbez, CERIT - CA Montpellier 14 janvier 1998, Gaillard/SNC Casino France, CERIT.

[1184] Cass. soc. 26 mai 1993, SA Lodiaf/Mle Suvaric, CERIT - Cass. soc. 12 juin 1985, Sommaires de Droit du travail 1985, p. 1056.

[1185] Cass. soc. 4 juin 1987, Bull. civ. V, n° 446, p. 284 - Cass. soc. 22 janvier 1992, Mme Molteno/Sté Barthélémy Prado Sud-Supermarché le Prado, CERIT – CA Bourges 24 mars 2000,

présence de l'employeur est intimidante et comporte un facteur émotionnel « *pouvant caractériser une violence morale génératrice d'un vice du consentement* »[1186]. Cette jurisprudence est reprise de manière ferme par les juges du fond qui sont d'autant plus sévères que bien souvent, le salarié avait en face de lui plusieurs représentants de la société[1187], ou que l'employeur était assisté de tiers étrangers à la société (avocats[1188], huissiers[1189] ou même gendarmes[1190]).

En revanche, la présence de personnes « *alliées* » du salarié peut permettre à celui-ci d'exprimer librement sa volonté[1191].

C'est cette divergence très nette entre, d'une part, l'indifférence quant aux mobiles et à la qualité précise de l'auteur de la violence, et d'autre part, l'appréciation minutieuse des effets de cette violence sur le salarié victime, qui révèle une absorption générale par le droit du travail des conditions d'application du vice de violence. Cette absorption se retrouve également dans un cas précis de violence, les menaces.

§2 - Menace d'exercer une voie de droit et caractère illégitime de la violence – Un contrôle approfondi en droit du travail

357. - Pour que le vice de violence puisse s'appliquer, il faut caractériser l'illégitimité de cette violence[1192]. Un comportement fautif, tel qu'une violence physique ou l'inexécution du contrat[1193], sera considéré comme illégitime. Le problème est plus délicat lorsqu'il consiste en des menaces, et il révélera l'originalité du droit du travail sur ce point.

IIFIC/Mme Bentenat, CERIT. Voir cependant, relevant que la présence de supérieurs hiérarchiques ne suffit pas, à elle seule, à démontrer que la volonté du salarié a été surprise : CA Dijon 18 février 1992, SNC Carrefour/Melle Malnati, CERIT.

1186 Cass. soc. 13 novembre 1986, Bull. civ. V, n° 524, p. 397 - Cass. soc. 26 mai 1993, Sté Lodiaf/Melle Suvaric, CERIT.

1187 CA Dijon 10 mars 1998, SARL BFL/Mme Steck, CERIT - CA Toulouse 28 janvier 1993, M.Tardieu/Centre d'aide par le travail, CERIT.

1188 CA Bordeaux 17 novembre 1988, Mme Breda/Mme Banseret, CERIT.

1189 CA Rennes 7 juillet 1988, M.Beyou/M.Guyot, CERIT.

1190 CA Paris 18ème chambre C 3 juillet 1992, M.Chafaa/Sté STG Distribution, RJS 12/92, n° 1445 p. 778.

1191 CA Paris 18ème ch E 6 mars 1986, M.Eddaif/Sté des Hôtels Concorde Lutétia, CERIT.

1192 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 237, p. 223 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 222, p. 153.

1193 *Cf. infra* n° 443 s.

Toute menace ne constitue pas une violence. En effet, la doctrine est unanime pour exiger que la menace doit être illégitime, injuste[1194], ce qui sera aisément vérifié dans les hypothèses de menaces de violence physique[1195], de diffamation[1196], de faire obstacle à la recherche d'un nouvel emploi[1197] ou de ne plus exécuter correctement le contrat de travail, par exemple de ne plus payer l'intégralité du salaire[1198]. La question a été beaucoup plus discutée à propos de la menace d'exercer un droit ou une action en justice. En principe, une telle menace est légitime car elle n'est que l'expression d'un droit, ce qui en soi ne peut être illicite donc illégitime. Néanmoins, une limite est apportée : en effet, une telle menace peut devenir illégitime, et donc constituer le vice de violence, si elle n'est pas correcte quant aux moyens utilisés ou au but recherché[1199], c'est-à-dire si la voie de droit qu'il est menacé d'exercer n'est pas elle-même régulière, ou si cette menace permet d'obtenir un avantage indu, injustifié.

En d'autres termes, si une violence physique est toujours illégitime, de même qu'une menace de violence physique, en revanche l'exercice ou la menace de l'exercice d'un droit, notamment d'intenter des poursuites justifiées ne sont pas en eux-mêmes caractéristiques d'une violence illégitime. En revanche, la pression ne serait plus légitime si elle dégénérait en abus de ce droit.

358. - C'est ainsi que les avantages accordés par l'employeur à ses salariés sous la pression d'une grève ne peuvent être attaqués pour violence : en effet, la pression issue d'une grève licite ne peut être que légitime. En revanche, des agissements répréhensibles commis à l'occasion d'une grève constitueraient une contrainte illégitime[1200].

Le raisonnement est-il similaire lorsque l'employeur commet la violence ? Il est tout d'abord évident qu'un employeur peut toujours

---

[1194] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 237, p. 223 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 222, p. 153.

[1195] CA Toulouse 13 septembre 1996, Soler/Vaissière, CERIT.

[1196] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 218, p. 151.

[1197] CA Toulouse 11 juillet 1997, Me Rey/Mle Greffoz et a., CERIT.

[1198] Cass. soc. 30 octobre 1973, Bull. civ. V, n° 541, p. 496.

[1199] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 222, p. 153.

[1200] Cass. soc. 8 novembre 1984, Bull. civ. V, n° 423, p. 315. Voir déjà T. civ. Nantes 6 janvier 1956, Gaz. Pal. 1956, 1, 61 - CA Paris 4 mars 1975, Cah. prud'h. 1975, n° 9, p. 187 (séquestration) - CA Douai 16 juin 1982, JCP 83, II, 20035, note R. JAMBU-MERLIN. Voir récemment CA Versailles 16 février 1999, RJS 5/99, n° 779, p. 469

souhaiter la démission de son salarié, la modification de son contrat, sa rupture d'un commun accord ou la conclusion d'une transaction : une simple demande, en dehors de toute pression, n'a alors rien de répréhensible et ne remet pas en cause la rupture du contrat par le salarié[1201]. Il en va de même en cas de « *vœux répétés* » de l'employeur qui « *font peut-être apparaître une pression morale mais ne constituent pas une violence au sens des articles 1111 et s. du Code civil* »[1202].

Quant aux hypothèses plus précises dans lesquelles l'employeur ne se contente pas de simplement souhaiter la formation d'un acte juridique, mais assortit sa demande de la menace d'exercer un droit, les solutions sont partagées selon que cette menace est considérée comme légitime ou non[1203].

Les situations de fait donnant lieu à litige sont souvent similaires. L'employeur reproche une faute à un salarié, et menace de le sanctionner ou de le licencier, voire de déposer une plainte pénale, sauf s'il consent à conclure une modification de son contrat de travail, une transaction[1204], une rupture d'un commun accord[1205] ou s'il exprime la volonté de démissionner, cette dernière hypothèse étant de loin la plus fréquente en jurisprudence. La question est alors de savoir si la présentation de ce type de choix reste une pression légitime, ou si elle constitue le vice de violence.

359. - Il apparaît que le droit du travail applique une conception propre de cette notion de légitimité en raison de l'influence de la notion de pouvoir disciplinaire de l'employeur et plus particulièrement de la notion de licenciement, objet principal de la menace de l'employeur. En effet, les magistrats vont établir une corrélation entre le reproche invoqué par l'employeur et la qualification qu'il menace d'invoquer pour en déduire le caractère illégitime ou non de la violence. En d'autres termes, la qualification de violence, découlant de son illégitimité, sera directement la conséquence de l'examen du bien fondé du licenciement potentiel. Le droit du travail encadre le pouvoir de l'employeur. Celui-ci ne doit pas contourner ces règles en se référant au droit commun relatif au vice de violence. C'est

---

1201 Cass. soc. 17 mai 1983, M.Fizebert-Lacampagne/SA Philips I.C., Juri-Social 1983, n° 60, F 66.

1202 CA Nîmes 22 juillet 1993, Bourdelles/CRCAM du Vaucluse, CERIT.

1203 Voir la formulation de CA Metz 18 juin 1996, SARL Sutter/Mendes, CERIT : « *la menace de l'utilisation d'une voie de droit ne saurait être considérée comme une contrainte susceptible de vicier le consentement d'une personne raisonnable si elle n'est pas abusive ou ne vise pas à l'obtention d'un avantage indû* ».

1204 CA toulouse 7 octobre 1994, SA Dragages Salisiens/Mme Delmas, CERIT.

1205 CA Toulouse 13 février 1998, I. Carayol/SARL Vog Coiffure Junior, CERIT - CA Bourges 2 février 1996, Krgovic/Sté Case Poclain, CERIT (convention de conversion).

cette particularité qui va entraîner en droit du travail une adaptation du régime de la violence quant à son caractère illégitime, lorsque cette violence consiste en la menace de l'employeur d'exercer son pouvoir disciplinaire.

Les magistrats vont exercer leur contrôle selon deux axes principaux. D'une part, ils s'assurent de la réalité du reproche fait au salarié, dont la démonstration est clairement à la charge de l'employeur (A). D'autre part, ils en examinent le caractère sérieux, et plus précisément, la gravité de la faute reprochée sera attentivement étudiée (B).

A - La charge de la preuve du reproche fait au salarié

360. - Il serait trop facile à l'employeur de pouvoir invoquer des faits graves de façon quasi automatique pour inciter le salarié à démissionner. C'est pourquoi les juges contrôlent la réalité de ces faits, et c'est alors l'employeur qui a la charge d'en rapporter la preuve[1206].

Les magistrats ont ainsi pu décider que la rupture du contrat de travail était imputable à l'employeur, lorsque « *l'employeur n'a pas pu rapporter la preuve des fautes reprochées au salarié* », et alors même que celui-ci les avait reconnues spontanément dans sa lettre de démission. Les éléments de preuve peuvent également apparaître dans le cadre d'une procédure pénale. L'ordonnance de non lieu, si elle n'a pas autorité de la chose jugée à la différence d'un jugement de relaxe, n'en a pas moins une grande influence sur la décision des magistrats : ceux-ci notent en effet que « *les éléments qui ont pu être réunis avec les garanties attachées à l'information judiciaire n'ont pas permis d'établir ni que le salarié ait effectivement commis un vol, ni même qu'un vol ait été commis par quiconque* ». C'est pourquoi « *l'employeur a fait preuve d'une très grande légèreté en incitant le salarié à faire le courrier litigieux du 8 juin 1988, alors qu'il n'a pu prouver la réalité des faits dénoncés* »[1207].

De même, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir estimé la rupture imputable à l'employeur, dans le cas où le salarié avait fait l'objet d'accusations mensongères de vol, une perquisition de police n'ayant pas permis de prouver la réalité des faits invoqués[1208].

On peut également citer un arrêt rejetant le vice de violence mais qui illustre le contrôle des juges sur la réalité de la faute invoquée par

---

[1206] CA Douai 27 mars 1992, SAMU Auchan/M. Janszen, CERIT - CA Chambéry 18 Avril 1985, SA Sécurité du Centre/M. Bonnet, CERIT.
[1207] CA Poitiers 20 novembre 1991, SA Barrault/Point, CERIT.
[1208] Cass. soc. 17 décembre 1985, Bull. civ. V, n° 622, p. 452.

l'employeur. Pour la Cour d'appel de Grenoble[1209], « *le fait de permettre à un salarié de donner sa démission pour éviter les conséquences d'un licenciement pour faute grave ne constitue pas une contrainte viciant la décision du salarié, dans la mesure où la faute grave est établie* ».

361. - Il ne faudrait cependant pas en déduire que l'absence de preuve des faits reprochés suffirait à constater automatiquement le caractère illégitime de la menace. La Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt déjà relativement ancien, l'a affirmé assez nettement : « *de la seule absence de preuve des manquements imputés ne pouvait se déduire que le consentement avait été donné par erreur, extorqué par la violence ou surpris par le dol* »[1210].

L'évolution actuelle de la jurisprudence, notamment issue des décisions de cour d'appel, semble tout de même renforcer la nécessité de la preuve des faits invoqués, qui prend une place importante parmi les indices qu'examinera le juge pour décider de la caractérisation de la violence. Une fois que la preuve de ces faits est rapportée, les magistrats en contrôlent la gravité.

B - La gravité du reproche fait au salarié

362. - Il ne s'agit plus ici de prouver la réalité des faits reprochés au salarié : ils sont établis. Mais leur gravité va avoir une incidence directe sur la légitimité ou l'illégitimité de la menace exercée par l'employeur.

363. - En premier lieu, lorsque les faits reprochés présentent une gravité certaine, l'employeur peut menacer d'exercer ses droits. De nombreuses décisions reconnaissent à l'employeur la possibilité de donner le choix à son salarié entre la démission et le licenciement ou le dépôt d'une plainte pénale. Il y a certes une menace mais elle n'apparaît pas illégitime et ne vicie donc pas la volonté du salarié.

La validité d'une démission suggérée par l'employeur est facile à admettre face à une faute grave ou lourde du salarié, ce dernier n'ayant alors droit à aucune indemnité de licenciement[1211], de préavis[1212], ou de congés

---

[1209] CA Grenoble 18 mai 1994, RJS 4/95, n° 471, p. 311.
[1210] Cass. soc. 25 avril 1984, Bull. civ. V, n° 143, p. 111.
[1211] Art. L. 122-9 C. trav.
[1212] Art. L. 122-8 C. trav.

payés en cas de faute lourde[1213]. Par le biais de la démission, la rupture du contrat de travail peut alors se réaliser dans des conditions plus favorables puisqu'il percevra ses indemnités de congés payés et pourra exécuter le préavis. En outre, le salarié évitera la qualification de licenciement disciplinaire qui pourrait nuire à sa recherche d'emploi[1214], et ce d'autant plus s'il est cadre. Il est inutile par ailleurs de préciser les avantages à éviter un procès pénal.

Tout ceci a été clairement exprimé dans un arrêt de la Cour d'appel de Versailles de 1988[1215] : « *l'attestation d'une personne qui accompagnait le salarié, selon laquelle le gérant a déclaré qu'il ne voulait plus de celui-ci, n'est pas incompatible avec la notion de liberté de décision du salarié* [de démissionner], *susceptible de préférer un mode de rupture plus favorable que le licenciement, sinon sur le plan financier, tout au moins sur le plan moral, après des poursuites pénales pour vol et détérioration de meubles* ». Protéger son honneur, éviter des conséquences patrimoniales trop pénalisantes semblent donc être les deux raisons qui laissent penser que la démission a été donnée de manière libre.

Ainsi en est-il encore de la salariée qui avait commis des détournements et qui, pour éviter un licenciement pour faute lourde, avait « *librement opté* » pour la démission[1216]. L'employeur, qui propose un tel choix au salarié ne vicie pas la volonté de celui-ci par une contrainte. En effet, il pouvait « *légitimement donner à choisir au salarié entre un licenciement pour faute grave ou lourde et une démission* »[1217]. Les mesures que l'employeur peut prendre « *ne sont nullement constitutives d'une pression vis à vis du responsable des faits, mais sont la conséquence logique de son comportement frauduleux* »[1218]. D'ailleurs, « *la plainte pour*

[1213] Art. L. 223-14 C. trav.

[1214] En théorie le nouvel employeur ne peut forcer le salarié à préciser la cause de rupture du contrat de travail (qui n'apparaît d'ailleurs pas sur le certificat de travail : art. L.122-16 C.trav.), mais en pratique il peut se renseigner auprès du précédent employeur.

[1215] CA Versailles 5ème ch. 14 avril 1988, Larroude/SARL Bricolia, CERIT ; voir aussi CA Reims 25 janvier 1995, sté Vidur Intermarché/Lesueur, CERIT : « [Le salarié] *a, en toute connaissance de cause, préféré quitter immédiatement ses fonctions, en échange de l'immunité que lui concédait l'employeur en acceptant de ne pas dénoncer son indélicatesse à l'autorité judiciaire* ».

[1216] Cass. soc. 27 juin 1984, Mme Kraemer/SA Baudiscount, Cah. prud'h.1984, n° 108, p. 170. Voir également CA Poitiers 22 avril 1993, Chanel/MAAF, CERIT.

[1217] CA Grenoble 17 février 1993, Caisse d'Epargne/Mme Laranjeira, CERIT - CA Nîmes 10 septembre 1993, Mme Passart/ La Maison de Retraite St Vincent, CERIT.
Voir également Cass. soc. 9 mars 1967, Bull. civ. V, n° 231, p. 189 - Cass. soc. 25 avril 1984, Bull. civ. V, n° 142, p. 111.

[1218] CA Dijon 15 octobre 1985, Mme Desmur;CGT/CPAM de Saône et Loire, CERIT.

vol déposée contre X ne peut pas caractériser une violence au sens de l'article 1111 du Code civil »[1219].

Le choix laissé par l'employeur est même apprécié positivement par les juges : « *la proposition faite par l'employeur de démissionner pour éviter un licenciement pour faute lourde et une plainte pénale ne saurait s'analyser comme une contrainte morale, mais comme la manifestation normale, et en l'espèce mesurée de l'exercice de son pouvoir hiérarchique envers son salarié* »[1220]. Ils ont même estimé que le fait de « *laisser la possibilité au salarié de démissionner et de bénéficier ainsi de l'indemnité de préavis sans pour autant l'exécuter puisqu'il en a été dispensé, constitue de la part de l'employeur un acte non de contrainte mais de bienveillance à l'égard du salarié* »[1221].

Ainsi, la plupart des décisions étudiées autorisent l'employeur à menacer le salarié de l'exercice d'un droit ou d'une action en justice, essentiellement lorsque la faute commise est relativement importante.

En outre, les magistrats contrôlent attentivement la gravité du reproche et établissent même un parallèle avec la justification d'un éventuel licenciement : la Cour d'appel de Montpellier[1222] note qu'« *en présence d'un choix entre une démission ou un licenciement pour faute grave caractérisée, le salarié a opté pour la démission, ce qui reste compatible avec une liberté de volonté* », et qu'« *en tout état de cause, le licenciement pour faute grave aurait été justifié* ».

364. - En second lieu, la menace sera considérée comme illégitime si les faits reprochés au salarié ne présentent pas de caractère fautif ou s'il ne s'agit alors que d'une faute si légère qu'elle ne saurait donc entraîner un licenciement disciplinaire ou une plainte pénale. En effet, même si ces faits constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement, pourquoi le salarié se priverait-il de l'indemnité de licenciement en démissionnant ? Il a peu

---

[1219] CA Dijon 13 décembre 1994, Mme Floquet/SARL Raphaële, CERIT - CA Nîmes 22 septembre 1994, Gonzales/SARL Hortiflor, CERIT. De même : « *En présence d'un vol, la plainte auprès du Procureur de la République est une attitude normale et légitime* » : CA Grenoble 14 décembre 1992, SA BNP/Mme Gabay, CERIT.

[1220] CA Chambéry 28 mai 1990, SA Super Nivolet/Bonnet, CERIT - CA Douai 20 février 1998, SA Cazeaux/M. Ente, CERIT.

[1221] CA Grenoble 18 mai 1994, SA Auto Losange Grenoble Fontaine/Gros, RJS 4/95, n° 471, p. 311 – CA Nancy 8 juin 1999, Galludec/SA Boonen, CERIT.

[1222] CA Montpellier 17 février 1994, Ganze/Caisse Régionale de Crédit agricole mutuel Sud Méditerranée, CERIT.

d'intérêt à la démission et les magistrats vont soupçonner une violence commise par l'employeur. Les juges requalifient alors la démission, estimant qu'elle n'a pas été donnée librement.

Ainsi ont-ils jugé qu'elle avait été « *provoquée par l'exploitation abusive par l'employeur de faits insusceptibles d'être sanctionnés* »[1223]. En l'espèce, « *l'ancienneté de ces faits* (4 ans), *s'ils étaient indiscutablement établis, ne permettaient pas à l'employeur de s'en prévaloir pour prendre une quelconque sanction* ».

D'autres arrêts confirment cette solution : après les menaces de l'employeur de déposer plainte contre la salariée, celle-ci donne sa démission, qui sera requalifiée en licenciement par les juges. En effet, le comportement de la salariée « *ne peut être assimilé à un vol* » (absence d'intention frauduleuse)[1224]. De même, lorsque la démission a été obtenue sous la menace d'un licenciement qui « *en fait ne pouvait pas être justifié par une faute grave* », la volonté du salarié n'était pas libre et éclairée[1225]. Ici la faute était établie, mais elle n'était pas assez importante pour justifier un licenciement pour faute grave (les juges notent également que la démission avait été obtenue par surprise et intimidation). Une solution similaire a été retenue pour des faits insignifiants, par exemple une erreur de pesée entraînant pour deux articles une baisse des prix de l'ordre de 1 F[1226].

365. - Les juges sont donc enclins à admettre la validité de la démission lorsque celle-ci a été donnée en alternative à une plainte pénale ou à un licenciement pour faute grave ou lourde, à condition toutefois que ces faits soient prouvés par l'employeur. A l'inverse, des faits insignifiants voire inexistants tendront plutôt à faire douter de la liberté de la volonté du salarié. Les magistrats adoptent par là-même une démarche protectrice du salarié en limitant assez strictement les hypothèses dans lesquelles l'employeur pourra légitimement le menacer d'exercer un droit.

Par ailleurs, il faut noter que dans certaines espèces, les juges sont très sévères envers l'employeur : la simple menace de licenciement a suffi à

[1223] CA Douai 31 janvier 1991, Société Auchan/Candelier, ASSEDIC, CERIT – CA Nancy 25 octobre 1999, SARL Pharmacie du Pays Haut/Frenois, CERIT.

[1224] CA Bordeaux 19 décembre 1988, Société d'exploitation des magasins spécialisés B.H.V. et Cie/Melle Gocyk, CERIT – CA Poitiers 15 décembre 1998, Magnin/Mme Dubraud, CERIT.

[1225] CA Angers 16 mars 1993, Robert/Caisse d'Épargne Écureuil Angers Saumur, CERIT.

[1226] Cass. soc. 4 juin 1987, Bull. civ. V, n° 355, p. 226 ; de même, en cas de découverte de quelques aliments en possession d'une salariée, pratique de surcroît tolérée dans l'entreprise : CA Nancy 12 décembre 1990, Juris-Data n° 048230. Voir aussi Cass. soc. 21 mai 1980, Bull. civ. V, n° 451, p. 342.

démontrer que la démission était imposée à la salariée[1227]. La Cour de cassation a même approuvé les juges du fond d'avoir déduit que la démission n'était pas l'expression d'une volonté libre et réfléchie, du simple fait qu'elle avait été donnée à la suite d'une accusation, par l'employeur, de vol[1228]. Les magistrats ne se réfèrent même plus à l'absence de gravité du reproche pour aboutir à la qualification de violence par menace illégitime, ce qui apparaît très protecteur du salarié et encore moins conforme au droit commun. Ces décisions restent cependant assez isolées et surtout font état d'autres éléments de violence. Elles ne remettent donc pas fondamentalement en cause les développements précédents.

Il convient enfin de remarquer ici que les liens entre la menace d'exercer un droit et le délit correctionnel de chantage sont très ténus[1229].

366. - En tout état de cause, l'appréciation du caractère illégitime de la violence, lorsqu'elle se matérialise par la menace par l'employeur d'exercer son pouvoir disciplinaire, est intimement lié à la justification de la sanction ou du licenciement envisagé. Cette interaction de la notion de pouvoir disciplinaire avec le régime de la violence entraîne inévitablement la modification du droit commun par le droit du travail.

Ainsi, l'adaptation des conditions d'application du vice de violence s'inscrit en premier lieu sur un plan général, par la prise en compte de l'état psychologique du seul salarié : les conséquences de la violence sur sa personne sont en effet minutieusement appréciées alors que ni les mobiles, ni la qualité de l'auteur de la violence ne sont réellement pris en considération. Cette adaptation se manifeste en second lieu sur le plan particulier du caractère illégitime de la violence, en cas de menaces par l'employeur d'utiliser une voie de droit ou surtout son pouvoir disciplinaire.

* * *

[1227] CA Besançon 11 mars 1986, Mme Constantin/Société IRCB, CERIT.

[1228] Cass. soc. 6 novembre 1996, RJS 12/96, n° 1243, p. 806 - Cass. soc. 12 mai 1993, Dr. ouvr. 1994, p. 195 - Cass. soc. 12 mars 1992, M.Coq/Mme Blanchet, CERIT - Cass. soc. 5 juin 1990, Mme Farinha/Mme Da Silva Quintas, CERIT.

[1229] par exemple : CA Toulouse 26 mars 1981, D. 1981, p. 385, note R. MERLE. En menaçant de porter plainte pour détournement de fonds contre son salarié, à l'effet d'obtenir de celui-ci un engagement hors de proportion avec le préjudice causé à son entreprise (remboursement des sommes détournées, démission, clause de non concurrence), le dirigeant de cette entreprise a fait preuve de mauvaise foi et s'est rendu coupable du délit de chantage puni par l'article 400 al. 2 C. pén. (aujourd'hui article 312-10 nouveau C. pén.)

367. - L'adaptation des conditions d'application de ces notions relatives à l'intégrité de la volonté est particulièrement marquée et justifiée en droit du travail. En effet, le salarié, placé sous la subordination juridique de son employeur et éventuellement sous sa dépendance économique[1230], risque d'émettre une volonté qui ne sera pas parfaitement libre. De même, se soumettant à l'employeur, il n'aura pas toujours la possibilité d'exprimer une volonté suffisamment éclairée alors qu'en sens inverse, l'employeur pourrait utiliser son pouvoir pour reprocher systématiquement au salarié de ne pas l'avoir suffisamment renseigné.

Le droit du travail devait inévitablement intervenir pour limiter ou atténuer ces inconvénients, en encadrant le pouvoir de l'employeur et en organisant une plus grande liberté d'action pour le salarié, grâce à une modification des conditions d'application de ces notions relatives à l'intégrité de la volonté en droit du travail.

Conclusion du Chapitre I

368. - La dimension institutionnelle du rapport d'emploi a pris nettement le pas ici sur sa dimension contractuelle. La subordination du salarié au pouvoir de l'employeur ne pouvait manquer d'influencer les conditions d'application de notions régissant la volonté. Certaines conditions, certains critères sont appréciés plus restrictivement, d'autres plus souplement qu'en droit commun. L'objectif est à chaque fois de contrôler et d'encadrer la supériorité de l'employeur pour libérer le salarié des effets non désirés de la subordination juridique. Le droit du travail marque alors son autonomie car il se structure autour de principes directeurs qui lui sont propres, n'hésitant pas à prendre ses distances avec le droit commun.

Si la mesure de l'autonomie du droit du travail, en cette matière, est significative par la force de l'absorption des notions issues du droit commun, elle l'est également par l'ampleur du domaine couvert. En effet, des éléments, appartenant tant au champ de l'existence qu'à celui de l'intégrité de la volonté, voient leurs conditions d'application modifiées.

Outre une adaptation des *conditions d'application* de notions régissant la volonté, le droit du travail est parfois amené à adapter le *champ d'application matériel* de certaines de ces notions. L'encadrement du

---

[1230] Cette dépendance économique pouvant d'ailleurs également caractériser la situation du candidat salarié, *cf. supra* n° 225.

pouvoir de l'employeur, la préservation des intérêts des salariés en sortent alors, ici aussi, renforcés.

Chapitre II - L'adaptation de leur champ d'application matériel

369. - Le droit du travail marque ici plus fortement encore son autonomie vis-à-vis du droit commun : en effet, il ne se contente pas d'adapter les conditions d'application de notions régissant la volonté, c'est-à-dire leurs caractères ou critères d'application, mais il va plus loin puisqu'il en modifie le champ d'application même. Ainsi, pourront par exemple être qualifiés de violence ou d'erreur, des faits qui, en droit commun, n'auraient pas appelé une telle qualification, non pas parce que leur régime n'aurait pas été respecté, mais parce que ces notions, nous le verrons, ne s'appliquent pas à de telles hypothèses. Il s'agit alors d'un véritable affranchissement du droit commun que réalise le droit du travail en mettant en oeuvre des notions qui, si elles ont pour origine le droit commun et régissent bien la volonté dans la formation de l'acte juridique en droit du travail, relèvent d'une conception différente de celle qui prévaut en droit commun.

Nous avons qualifié de *matériel* le champ d'application étudié ici pour mettre en exergue le fait qu'il s'agit de déterminer quelles sont les circonstances de fait susceptibles d'amener telle ou telle qualification. Ce qualificatif permet en outre d'éviter toute confusion avec le champ d'application *personnel*, fonction de l'auteur de la volonté[1231].

370. - Cette adaptation du champ d'application de notions régissant la volonté s'opère à deux degrés différents.

D'une part, en ce qui concerne le mode d'extériorisation de la volonté, le droit commun utilise principalement la distinction entre les manifestations tacites et les manifestations expresses de volonté. Ce n'est qu'à titre subsidiaire qu'il a recours au critère de la manifestation claire et non équivoque de volonté. Le droit du travail privilégie au contraire ce dernier critère au détriment très net de la distinction plus communément utilisée en droit commun. Cette extension du champ d'application de la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté est telle qu'il s'agit d'une véritable *substitution* (Section I).

D'autre part, le droit du travail, sans aller jusqu'à une telle substitution, élargit considérablement le champ d'application de certaines notions. Le droit du travail donne alors à ces notions une signification et

---

[1231] Sur l'utilisation spécifique de certaines notions selon l'auteur de la volonté, mais sans que ces notions ne soient modifiées par le droit du travail, *cf. infra* Titre II, n° 475 s.

une ampleur nouvelles. Leur qualification, leur régime sont appliqués dans des circonstances spécifiques au droit du travail. Il s'agit alors d'un *élargissement très net de leur champ d'application matériel* (Section II).

Section I - La substitution de concepts régissant la manifestation de la volonté - l'essor de la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté

371. - « *La manifestation est le fait de rendre apparent, volontairement ou non, ce qui jusqu'alors ne l'était pas* »[1232]. La manifestation de la volonté est alors définie comme « *tout comportement, actif ou passif, qui permet de conclure à l'existence d'une certaine volonté* »[1233].

L'extériorisation de la volonté est nécessaire pour que celle-ci produise des effets de droit[1234]. Elle ne doit pas rester cantonnée dans le for interne. Toute personne qui émet une volonté doit l'exprimer de telle sorte que le monde extérieur puisse en avoir connaissance, que cette volonté s'inscrive dans le cadre d'un acte juridique unilatéral ou dans celui de la rencontre de deux volontés, dans une convention. Une illustration de la nécessité pour la volonté de s'extérioriser, s'exprimer, se manifester, réside justement dans la double signification des termes « *manifestation de volonté* ». Ceux-ci désignent en effet à la fois un mode d'extériorisation de la volonté et l'existence de cette volonté, tant la reconnaissance de la volonté est liée à sa manifestation[1235]. On en vient alors à nommer « *manifestation de volonté* » la volonté elle-même. Il faut donc préciser que lorsque sera évoquée ici la manifestation de la volonté, il sera bien question des modes d'expression, d'extériorisation de cette volonté. Il faut encore ajouter que ces trois termes, « *manifestation* », « *expression* » et « *extériorisation* » seront employés comme synonymes puisqu'ils ne présentent aucune différence significative de sens.

372. - Toutes ces questions de l'extériorisation de la volonté n'ont apparemment guère soulevé la curiosité de la doctrine travailliste, hormis quelques contributions ponctuelles[1236]. Elles sont occultées par des

---

[1232] P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 12, p. 22.

[1233] A. RIEG, *Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 20, Dalloz 1972, p. 40, spéc. n° 3, p. 43.

[1234] Avec un enjeu qui dépasse les simples modes d'expression de la volonté, il est parfois fait une distinction entre la volonté interne et la volonté déclarée, *cf.* A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 366 et s., p. 358 et s.

[1235] P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 1, p. 12.

[1236] V. par ex. M. DESPAX, *L'acceptation tacite par le salarié de modifications aux conditions de travail initialement convenues avec l'employeur*, in *Mélanges dédiés à G. Marty*, 1978, p. 449 -

problèmes peut-être plus évocateurs. Par exemple, les auteurs traitent principalement le thème de la modification du contrat de travail en s'interrogeant sur la distinction entre la modification du contrat et le simple changement des conditions de travail, et n'abordent aujourd'hui que de manière seulement indirecte le problème de la manifestation de volonté. Ils se concentrent ainsi sur le point de conciliation entre la sphère contractuelle et la dimension institutionnelle quant à la nécessité pour l'employeur d'obtenir ou non l'accord du salarié. Mais, une fois qu'est établie la nécessité pour le salarié d'exprimer sa volonté, le problème de savoir comment s'opère cette conciliation, quant au mode même d'extériorisation de cette volonté, n'est plus guère abordé. Pourtant, cette question de l'extériorisation de la volonté est déterminante, car elle est inhérente à tous les développements relatifs à la volonté elle-même, dont elle est le support indispensable.

373. - Surtout, ce domaine est révélateur de la distance prise par le droit du travail vis-à-vis du droit commun en ce qui concerne le régime de la volonté. En effet, les concepts diffèrent puisqu'à l'opposition classique entre la manifestation tacite et la manifestation expresse de volonté, il est préféré le critère de la manifestation claire et non équivoque. Si ce dernier n'est certes pas inconnu dans le droit commun, il prend une ampleur considérable ici, le droit du travail opérant une véritable substitution de notion.

Certes, cette distinction entre la manifestation expresse de volonté et la manifestation tacite de volonté apparaît parfois en droit du travail, ce qui établit sans conteste que cette substitution n'est pas totale, mais elle est reléguée à un rôle marginal (§1). En outre, la souplesse de la notion de manifestation claire et non équivoque laisse penser qu'à terme, cette substitution sera complète, assurant une plus grande autonomie encore aux modes d'extériorisation de la volonté en droit du travail (§2).

§1 - Le cantonnement de la distinction classique entre la volonté expresse et la volonté tacite

374. - Ces deux modes d'expression de la volonté représentent en quelque sorte la *summa divisio* de l'extériorisation de la volonté en droit

---

G.-H. CAMERLYNCK, *Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit français*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 20, Dalloz 1972, p. 157.

commun et lorsqu'ils sont repris en droit du travail, ils le sont sans changement significatif. Le droit du travail a ainsi consacré plutôt ses efforts au développement de la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté, qu'à l'adaptation de ces deux notions plus classiques. Ce sont pourtant des concepts dont les contours ne sont pas encore définis avec une totale précision (A), et dont les rapports avec le formalisme doivent être clarifiés (B).

A - Les critères de distinction

A la distinction entre la volonté expresse et la volonté tacite (1) s'est ajouté le problème de la place du silence (2).

1 - Manifestation expresse et manifestation tacite de volonté

375. - Après avoir rappelé les grands principes de distinction entre ces deux types d'expression de la volonté en droit commun (a), ce qui sera utile pour mieux définir par la suite la manifestation claire et non équivoque de volonté[1237], il faudra présenter leur application en droit du travail qui apparaît relativement conforme au droit commun (b).

a - La distinction en droit commun

376. - La doctrine s'est divisée pour donner un critère précis de distinction entre les manifestations expresses et tacites de volonté[1238].

Pour certains, la volonté est expresse lorsque son auteur a cherché à la porter à la connaissance d'autrui. A défaut d'une telle intention, la manifestation ne serait que tacite[1239]. Selon M. CARBONNIER, il faut comprendre par manifestation de volonté expresse « *toute action accomplie afin de porter la volonté à la connaissance d'autrui* »[1240]. La manifestation de volonté est tacite quand elle n'a pas été accomplie « *afin de porter à la*

[1237] *Cf. infra* n° 388 s.

[1238] P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 14, p. 23.

[1239] Sur l'exposé de cette théorie, voir A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 30, p. 41.

[1240] J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, PUF, 21° éd. 1998, n° 32, p. 80.

connaissance d'autrui la volonté de contracter, mais d'où l'on peut raisonnablement déduire l'existence d'une telle volonté »[1241].

Pour d'autres, est expresse la manifestation de volonté qui ne demande de la part du destinataire qu'un effort de compréhension et non d'interprétation. Au contraire, la manifestation est tacite lorsqu'elle exige de son destinataire un certain raisonnement déductif[1242]. Ainsi, selon M. LARROUMET, « *l'offre expresse n'est pas susceptible d'interprétation* (...). *L'offre tacite, au contraire résulte d'une interprétation de volonté, en ce sens qu'elle est induite à partir d'un comportement d'une personne, à condition qu'il ne soit pas équivoque* »[1243]. Alors que « *constitue une manifestation expresse toute extériorisation de la volonté qui n'a pas besoin d'être interprétée* »[1244], (...) « *une manifestation de volonté est tacite lorsque le comportement adopté par une personne suppose une interprétation pour être considéré comme ayant telle signification. A la différence de l'acceptation expresse, l'acceptation tacite ne s'impose pas d'elle-même. Elle est induite à partir d'un certain comportement* »[1245].

Selon M. MARTIN DE LA MOUTTE, il y a entre ces deux conceptions non pas « *une différence de nature, mais une différence de degré quant à la certitude de la conclusion qu'il convient d'en tirer* »[1246]. Une volonté tacite doit quand même être claire[1247].

Il semblerait que le consensus se soit établi sur une position intermédiaire[1248], mêlant à la fois un procédé clair d'extériorisation de la

---

1241 J. CARBONNIER, précité, n° 32, p. 81. V. également F. DREIFFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Préface de P. Tercier, LGDJ 1985, Bibl. de dr. privé, t. 185, n° 54 s., p. 63 s.

1242 P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 14, p. 24 - A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 30, p. 40 et les auteurs cités.

1243 C. LARROUMET, *Droit civil*, tome 3, *Les Obligations - Le Contrat*, Economica, 4° éd. 1998, n° 244, p. 217.

1244 C. LARROUMET, précité, n° 253, p. 224.

1245 C. LARROUMET, précité, n° 254, p. 225. Ces développements particuliers à la notion d'acceptation d'une offre sont néanmoins généralisables à toutes les manifestations de volonté.

1246 J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949, n° 175, p. 170.

1247 J. MARTIN DE LA MOUTTE, précité, n° 176, p. 171.

1248 A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 31, p. 41 - F. DREIFFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Préface de P. Tercier, LGDJ 1985, Bibl. de dr. privé, t. 185, n° 56, p. 65.

volonté et l'intention de manifester cette volonté pour distinguer la volonté expresse de la volonté tacite. Il est néanmoins parfois difficile de décider *a priori* si une manifestation de volonté peut être qualifiée d'expresse ou de tacite, car la délimitation entre ces deux qualifications reste relativement imprécise.

377. - Il faut enfin préciser la distinction entre la volonté tacite et la volonté présumée. En effet, il est très fréquent que cette dernière expression apparaisse en droit du travail. Ainsi, en matière de modification du contrat de travail, est-il fait parfois mention de ce que la novation ne se présume point, par application de l'article 1273 du Code civil. Il est également souvent affirmé que la démission et la renonciation ne se présument pas. Une confusion est alors généralement opérée entre volonté tacite et volonté présumée. En fait, ces deux notions ne se situent pas au même stade chronologique. Dans le cas du mécanisme des présomptions de fait, c'est l'expression de la volonté qui sera ou non présumée, et c'est seulement ensuite que l'on pourra qualifier cette expression de tacite[1249]. Mais s'il est plus rigoureux de distinguer volonté présumée et volonté tacite, l'enjeu en pratique n'est guère significatif et ainsi la confusion entre les deux notions ne présente pas d'inconvénient sérieux[1250].

Surtout, la résolution de cette différenciation n'est pas déterminante pour nos développements car, relevant toutes les deux d'un mécanisme d'interprétation d'un comportement relativement ambigu, elles caractérisent une fiction juridique[1251]. Or, c'est cette qualification de fiction juridique qui nous sera utile par la suite[1252].

[1249] F. DREIFFUSS-NETTER, précité, n° 59, p. 67 : « *La volonté tacite, qui s'exprime par signes, s'oppose à la volonté présumée, qui résulte de l'interprétation d'indices. L'indice est un fait matériel duquel un observateur peut tirer des conséquences sans que ces conséquences aient été voulues par celui qui est à l'origine de l'indice* ».V. J.-P. GRIDEL, *Le signe et le droit (Recherche sur l'expression juridique indépendante de la parole et de l'écriture)*, LGDJ 1979, Bibl. de dr. privé, t. 162, n° 20, p. 25 : le signe est un « *phénomène sensible produit par une volonté agissante dans un but de communication* », n° 31, p. 36 : « *l'indice est en lui-même et initialement un phénomène quelconque, neutre et muet, auquel seules la volonté de la loi et l'intelligence de celui qui l'aperçoit confèrent une signification* » - J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 397 et s., p. 352 et s. : si « *derrière le fait pris en considération on ne discerne aucune volonté qui ait entendu conférer à celui-ci une signification à l'intention d'autrui, il ne s'agit que d'un indice, à partir duquel l'expression d'une volonté peut seulement être présumée* » - P. GODE, précité, n° 240 s., p. 253 s.

[1250] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 400, p. 355.

[1251] G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 765 s., p. 80 s.

[1252] *Cf. infra* n° 480 s.

b - L'utilisation de la distinction en droit du travail

Le droit du travail a parfois recours aux notions de manifestation tacite ou expresse de volonté.

378. - En ce qui concerne le caractère *exprès*, le Code du travail y fait rarement référence. L'article L. 117-17 du Code du travail prévoit ainsi que la résiliation du contrat d'apprentissage ne peut intervenir que sur « *accord exprès et bilatéral des cosignataires* ». De même, l'article L. 751-1 dispose que les contrats liant les voyageurs représentants et placiers à leur employeur sont des contrats de louage de services, nonobstant toute « *stipulation expresse* » du contrat. Par ailleurs, l'article L. 751-3 énonce que la renonciation à la déclaration prévue *in fine* ne peut intervenir que par une « *stipulation expresse* ». Mais aucune règle de portée générale n'est édictée quant à l'extériorisation de la volonté.

La manifestation expresse de volonté est mentionnée dans certaines décisions de justice, notamment dans le cas de la modification du contrat de travail ou de la démission. Ainsi a-t-il été jugé qu'une modification du contrat de travail avait été « *expressément acceptée* » par le salarié[1253] ou qu'au contraire, il n'avait pas donné son « *accord exprès* » à cette modification[1254]. En sens opposé, il est parfois soit rappelé que le refus par le salarié d'une modification du contrat de travail doit être « *exprès* »[1255], « *explicite* »[1256] (ces termes sont utilisés indifféremment), soit constaté que ce refus avait été effectivement « *exprès* »[1257]. L'enjeu de la caractérisation de la volonté du salarié est extrêmement importante car elle aura une influence directe sur la justification du licenciement éventuellement prononcé par l'employeur[1258]. De même, les magistrats énoncent parfois que la volonté de démissionner doit être expresse[1259].

[1253] CA Dijon 8 décembre 1992, Robard/SARL Vulin Fournitures industrielles, CERIT.

[1254] Cass. soc. 18 avril 2000, RJS 6/00, n° 633, p. 439 – Cass. soc. 10 janvier 2001, RJS 3/01, n° 280, p. 206 (renouvellement d'une période d'essai) - CA Douai 4 novembre 1988, Durez/SARL Beugin Industrie, CERIT. Voir également CA Montpellier 5 décembre 1989, SA Salaisons de la Cadoule/Larid, CERIT.

[1255] CA Pau 25 octobre 1994, AGF/Mme Dupuy St Martin, CERIT.

[1256] CA Nancy 7 mars 1990, Mme El Ourrak/Mme Hurstel « Lorraine Entretien », CERIT.

[1257] Cass. soc. 20 juin 1984, Baranoff/SARL Technitube, CERIT.

[1258] *Cf. infra* n° 490 s.

[1259] Cass. soc. 16 avril 1992, CSBP 1992, n° 40, A. 28, p. 145 - CA Metz 19 janvier 1988, SA Mansus Intermarché/Choffe, CERIT - CA Nîmes 6 mars 1991, SA Piny Supermarché/Mme Peretti, CERIT - CA Metz 24 octobre 1994, Landri/SARL SMCP Richard, CERIT - CA Besançon 10 décembre 1996, SARL Transport Brugger/Boumgout, CERIT.
Voir, n'exigeant pas une volonté expresse de démissionner : CA Metz 28 octobre 1997, Ptak/SA LMEE, CERIT.

379. - Le terme « *tacite* » figure lui aussi dans la jurisprudence, en tant que tel ou, assez souvent, remplacé par son synonyme, le terme « *implicite* »[1260]. Ainsi les juges admettaient-ils, avant 1987, l'acceptation tacite ou implicite par le salarié de la modification de son contrat de travail[1261]. Enfin, on peut, rarement, relever dans la jurisprudence l'évocation d'une démission implicite ou tacite[1262] ou celle d'une renonciation tacite[1263]. Il ne semble pas, en revanche, que le Code du travail se soit référé à la manifestation tacite de volonté, ce qui est peut-être le signe de la méfiance du législateur devant cette extériorisation de la volonté qui apporte un élément d'incertitude dans les relations de travail et peut, parfois, aboutir à des contestations de la part de celui qui est supposé avoir exprimé tacitement sa volonté[1264].

Globalement, l'utilisation par le droit du travail de cette distinction apparaît, d'un point de vue quantitatif, extrêmement rare. Sur un plan qualitatif, le sens donné à ces deux notions semble conforme au droit commun.

2 - La place du silence

380. - Le silence se distingue des manifestations expresses et tacites de volonté en ce qu'il ne peut, en principe, extérioriser une quelconque

---

[1260] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6° éd. 1996, v° *Implicite*: « *qui est impliqué, en l'absence de toute volonté exprimée, par la nature d'un acte ou d'un comportement (et parfois en vertu de la loi ou des usages) en sorte que l'on peut en admettre l'existence, en dépit de ce silence, du fait de l'acte ou du comportement* » - H. ROLAND, L. BOYER, *Dictionnaire des expressions juridiques*, éd. L'Hermès, Lyon 1983, v° *tacitement* : les auteurs distinguent le tacite, qui est l'analyse du silence, de l'implicite qui est l'interprétation d'un comportement. La pratique ne reprend pas cette subtilité.

[1261] Cass. soc. 14 novembre 1985, Som. dr. trav. 1986, p. 1103. Ce terme réapparaît parfois depuis, essentiellement dans des décisions rejetant la possibilité d'une acceptation tacite : Cass. soc. 24 novembre 1988, CSBP 1989, n° 5, A. 2, p. 5 : la décision des juges du fond est cassée - CA Colmar 20 mars 1986, Husson SA Collectivités/Jacquere, CERIT - CA Grenoble 24 novembre 1986, SA Spit/Larquier, CERIT - CA Paris 22° ch. B 20 mars 1987, Bull. soc. Fr. Lef. 5/87, n° 481, p. 224 - CA Nancy 5 décembre 1988, Mme Chastang/SARL Fridefi Bravo, CERIT - CA Poitiers 22 novembre 1989, Sevin/SA Marck, CERIT - CA Nîmes 10 avril 1991, Crovara Pescia/Sté Mutuelles unies, Sté CERP, CERIT - CA Pau 11 septembre 1992, Mle Chami/David, CERIT - CA Dijon 11 janvier 1994, Amiot/SA Sedco Forex International inc., CERIT.

[1262] Cass. soc. 9 mai 1990, Cah. prud'h. 1992, n° 3, p. 49 : démission implicite pour les juges du fond, décision cassée car la volonté claire et non équivoque n'est pas caractérisée - CA Douai 12 juin 1992, SARL Assurances Verspieren/Mme Watine, CERIT.

[1263] Cass. soc. 16 décembre 1999, RJS 4/00, n° 475, p. 329.

[1264] Sur l'utilisation des fictions juridiques relatives à l'extériorisation de la volonté, *cf. infra* n° 480 s.

volonté[1265]. Ainsi, selon R. DEMOGUE[1266], « *il y a silence au sens juridique du terme lorsqu'une personne (...) n'a manifesté sa volonté par rapport à un acte juridique, ni par une action spéciale à cet effet (volonté expresse), ni par une action d'où l'on puisse déduire sa volonté (volonté tacite)* ». L'opposition est donc bien marquée entre le silence et la manifestation expresse de volonté, mais également entre le silence et la manifestation tacite de volonté, ce qui n'est pas toujours apparu aussi nettement[1267]. Le silence ne consiste en effet pas seulement à ne rien dire, mais également à ne rien faire[1268].

Par conséquent, l'absence de protestation ou de toute autre réaction du salarié n'est pas automatiquement constitutive d'un silence. Ainsi, face, par exemple, à une offre de modification de son contrat de travail, si le salarié ne dit rien mais exécute le contrat selon les nouvelles conditions, il s'agit alors non d'un silence mais d'une manifestation tacite de volonté[1269].

De même, si une offre de contrat de travail n'est pas acceptée de manière expresse par son destinataire, le fait pour le bénéficiaire de cette offre de commencer l'exécution du contrat de travail vaudra manifestation tacite de volonté, sans que le silence ne puisse être retenu ici.

On le voit, la notion de silence semble bien restreinte, en droit du travail comme c'est le cas également en droit commun. Par ailleurs, conférer une certaine valeur au silence apparaît hasardeux et artificiel, au détriment du respect de la volonté réelle des parties. C'est pourquoi le silence n'est jamais, en principe, considéré comme un mode d'expression de la volonté[1270].

Plus globalement, dès lors que la manifestation de volonté n'est pas expresse, elle suppose un comportement déductif de la part du destinataire

---

1265 P. VOIRIN, note sous Cass. req. 29 mars 1938, D.P. 1939, I, 5 : « *le silence ne dit rien, précisément parce qu'il est le silence. Le silence n'a pas à être interprété ; en effet, l'interprétation consiste à dégager d'une déclaration inachevée, équivoque ou ambiguë la volonté vraie du déclarant ; or, le silence est l'absence de toute déclaration, même rudimentaire ; il rend impénétrable la volonté de celui qui le garde et permet même de douter que celui-ci ait eu, dans le for intérieur, la volonté de prendre une décision. On n'interprète pas le néant* ».

1266 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 1, *Sources des obligations*, Rousseau Paris 1923, n° 185, p. 299.

1267 F. DREIFFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, *Préface de P. Tercier*, LGDJ 1985, Bibl. de dr. privé, t. 185, n° 51, p. 61.

1268 D'où la particulière difficulté à caractériser ce silence dans le cadre des contrats à exécution successive, tels que le contrat de travail.

1269 Un autre problème est de connaître l'efficacité d'une telle manifestation tacite de volonté, *cf. infra* n° 495 s.

1270 *Cf. infra* n° 502 s.

ou du juge. Les manifestations tacites ou présumées de volonté, le silence, sont alors des modes fictifs d'extériorisation de la volonté[1271].

B - Les rapports entre l'expression de la volonté et le formalisme

381. - Un éminent auteur a pu écrire, à propos du caractère exprès de la manifestation de la volonté, qu'il s'agissait là d'un « *formalisme atténué* »[1272]. D'autres ont opposé les écrits et les paroles, manifestations expresses, aux comportements et aux attitudes, manifestations tacites[1273]. Il ressort de ces opinions que le caractère exprès est intimement lié à l'écrit, et plus généralement au respect d'un certain formalisme. Or, un tel raccourci est inexact car exprimer sa volonté par écrit ne garantit pas sa clarté.

La première difficulté est de définir avec suffisamment de précision ce qu'est le formalisme. Il s'agit de la « *tendance générale, dans une législation, à multiplier les formalités dans la formation des actes juridiques ou l'exercice des droits, soit à des fins de preuve, soit à des fins de publicité, soit à peine de nullité* »[1274].

Cette définition laisse deviner l'ampleur de la notion de formalisme qui pourra être évoquée dès lors qu'une formalité quelconque accompagne un acte juridique. Mais en fait, les liens entre le formalisme et les manifestations de volonté ne sont intéressants à étudier que lorsque le formalisme peut se situer sur le terrain de l'expression de la volonté, c'est-à-dire essentiellement lorsqu'un écrit est à la base de la reconnaissance et de l'acte juridique et de la volonté qui l'a créé.

Dans ce cadre et schématiquement, l'exigence d'un écrit peut apparaître à deux niveaux : soit il est imposé comme condition de validité de l'acte juridique, qui sera alors solennel, soit il s'agit d'une formalité répondant à un autre but, tel que la preuve de cet acte.

1271 G. WICKER, *Les fictions juridiques - Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 75 s., p. 80 s. *Cf. infra* n° 480 s.

1272 J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, PUF, 21° éd. 1998, n° 32, p. 81.

1273 J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 27, p. 34.

1274 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Association H. Capitant*, PUF, 6e éd. 1996, v° *formalisme* (1).
Voir J. FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, in *Le droit privé français au milieu du XX° siècle, études G. Ripert*, LGDJ 1950, t. 1, p. 93 - X. LAGARDE, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, JCP 1999, I, 170 (spéc. n° 3 à propos du droit du travail) - G. COUTURIER, *Les finalités et les sanctions du formalisme*, Defrénois 2000, art. 37209.

382. - Les actes solennels sont rares en droit du travail[1275]. Soumis au droit commun en vertu de l'article L. 121-1 du Code du travail, le contrat de travail n'est ainsi pas un acte solennel, puisqu'il n'a pas besoin d'être passé par écrit pour être valable. L'exemple le plus net d'acte solennel dans le Code du travail est en réalité le contrat d'apprentissage qui doit être conclu par écrit à peine de nullité[1276]. Il en va de même pour le contrat d'engagement maritime[1277] et, dans une moindre mesure du reçu pour solde de tout compte, puisqu'il doit comporter une mention écrite de la main du salarié et sa signature[1278]. Dans d'autres hypothèses au contraire, l'acte juridique est valable même s'il n'est pas passé par écrit. Outre le cas du contrat de travail à durée indéterminée, il s'agit de la plupart des actes juridiques en droit du travail, tels que la démission[1279], la rupture d'un commun accord[1280], la transaction[1281] ou encore la modification du contrat de travail[1282].

1275 M. VERICEL, *Le formalisme dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1993, p. 818.

1276 V. M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel, Préface de J. Vidal*, LGDJ 1975, Bibl. de dr. privé, t. 137, p. 187 s.
Cette nullité était expressément prévue par la loi du 28 octobre 1942 (voir Cass. soc. 29 janvier 1953, D. 1953, p. 237). Aujourd'hui, l'article L. 117-12 ne la mentionne plus, mais il est admis que la sanction est toujours la nullité (J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 200, p. 229 ; Cass. soc. 9 mars 1978, Bull. civ. V, n° 178, p. 134), avec ce tempérament que la nullité du contrat d'apprentissage conduit à requalifier la situation en contrat de travail de droit commun, v. Cass. soc. 1° avril 1992, D. 1992, IR p. 153 (cas d'un défaut d'agrément).

1277 Art. 4 de la loi du 13 décembre 1926.

1278 Art. L. 122-17 C. trav. Le projet de loi sur la modernisation sociale supprime la valeur libératoire du reçu. La solennité est ici atténuée car si les conditions de validité font défaut, le reçu n'a plus d'effet libératoire sans pour autant être nul puisqu'il a quand même valeur de reçu des sommes qui y figurent (v. Cass. soc. 9 mai 1978, Bull. civ. V, n° 334, p. 255 - Cass. soc. 17 février 1993, Bull. civ. V, n° 58, p. 42 ; Dr. soc. 1993, p. 383). Mais la jurisprudence ne donne pas d'illustration du sort d'un reçu verbal, par ailleurs fort improbable en pratique.

1279 V. déjà Cass. soc. 20 juillet 1967, Bull. civ. V, n° 597, p. 503 - Cass. soc. 25 octobre 1994, Rouag/SARL Valat, CERIT (« *un écrit n'est pas nécessaire pour constater une démission* ») - CA Douai 27 mars 1998, Me Froment/Wigniolle, CERIT : « *la démission n'est pas soumise à une quelconque règle de forme* » - CA Douai 10 mars 1995, SA Sama/Mme Vast, CERIT.
Les conventions collectives peuvent prévoir une solution contraire : voir par exemple l'article 14 de la convention collective du bâtiment de la région parisienne, selon laquelle la démission doit être remise par lettre recommandée avec accusé de réception, soit remise de la main à la main contre décharge, voir Cass. soc. 27 mai 1992, Bull. civ. V, n° 350, p. 218 ; RJS 7/92, n° 849, p. 473.

1280 V., à propos de la rupture d'un commun accord d'un contrat d'apprentissage : Cass. soc. 5 février 1992, Bull. civ. V, n° 63, p. 39 ; JCP 1992, éd. E, II, 308, note F. TAQUET.

1281 Cass. soc. 9 avril 1996, Dr. soc. 1996, obs. H. BLAISE.

1282 Cass. soc. 13 novembre 1986, Bull. soc. F. Lef. 10/87, p. 404. V. C. PUIGELIER, *La modification du contrat de travail*, Economica 1997, p. 9. A noter cependant une décision selon laquelle l'employeur ne peut modifier un élément substantiel d'un CDD sans convention écrite et signée par les parties : Cass. soc. 20 mars 1990, RJS 6/90, n° 462, p. 331.

383. - Parfois, l'exigence d'un écrit est mentionnée, mais il ne s'agit pas alors d'une condition de validité de l'acte. Ainsi, les CDD[1283] sont-ils valables même si cette formalité n'est pas respectée. C'est alors simplement leur preuve qui ne peut plus être apportée par l'employeur puisqu'ils seront présumés irréfragablement, à la demande du salarié, être conclus à durée indéterminée[1284]. L'écrit ne sera pas non plus requis à peine de nullité de l'acte juridique dans le cas du contrat de travail à temps partiel puisque celui-ci sera, à défaut d'écrit, présumé (présomption simple) être à temps complet[1285].

384. - En tout état de cause, en droit commun comme en droit du travail, que l'écrit soit exigé à peine de nullité ou comme mode de preuve, ou qu'il soit simplement adopté volontairement et librement par les parties, il n'influera pas sur les différents modes d'expression de la volonté. En effet, « *la forme requise par la loi ne concerne en réalité que l'acte juridique proprement dit, et non l'expression de la volonté. Même dans les actes solennels, la volonté s'exprime en toute liberté, car il n'existe pas de termes sacramentels* »[1286]. L'exigence d'une extériorisation de la volonté relève d'ailleurs du fond et non de la forme[1287], et par conséquent formalisme et manifestation de la volonté ne se situent pas sur le même plan. En sens inverse, et de la même manière, « *exiger une manifestation expresse de volonté n'est pas imposer une forme. La forme, même en ce cas, est libre* »[1288].

1283 Art. L. 122-3-1 C. trav.

1284 Cass. soc. 21 mai 1996, Bull. civ. V, n° 190, p. 133 - Cass. soc. 12 novembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 75, obs. A. JEAMMAUD - Cass. soc. 26 octobre 1999, Dr. soc. 2000, p. 201, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU. V. C. ROY-LOUSTAUNAU, *Le formalisme des mentions obligatoires dans le contrat de travail à durée déterminée*, Dr. soc. 1997, p. 922.
Voir la même solution pour un contrat de travail temporaire : Cass. soc. 7 mars 2000, CSBP 2000, n° 120, p. 543.

1285 Art. L. 212-4-3 C. trav. V. Cass. soc. 14 mai 1987, Dr. soc. 1988, p. 438, obs. J. SAVATIER, *Travail à temps partiel, chronique de jurisprudence* - Cass. soc. 28 janvier 1998, Bull. civ. V, n° 41, p. 31. La loi du 19 janvier 2000 ne semble pas devoir remettre en cause ces solutions.

1286 A. RIEG, *Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 20, Dalloz 1972, p. 40, spéc. n° 2, p. 41 - M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel, Préface de J. Vidal*, LGDJ 1975, Bibl. de dr. privé, t. 137, p. 90 s. Voir également, sur les rapports entre la forme et le fond, J.-M. GASSER, *Le contrat verbal*, th. Nancy II, 1994.

1287 M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel, Préface de J. Vidal*, LGDJ 1975, Bibl. de dr. privé, t. 137, p. 33.

1288 M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel, Préface de J. Vidal*, LGDJ 1975, Bibl. de dr. privé, t. 137, p. 32.

Une volonté exprimée verbalement peut donc tout à fait être expresse[1289]. Par exemple, si un salarié dit à son employeur : « *je démissionne* », sa volonté se sera manifestée expressément[1290]. De même, un écrit n'est pas forcément synonyme de volonté expresse. En effet, ce qui distingue les manifestations tacites de volonté des manifestations expresses est bien moins leur support que l'intention de communiquer ou, pour reprendre un des critères proposés par la doctrine, la « *nécessité d'interprétation* »[1291].

Opposer les écrits et les paroles, manifestations expresses, aux comportements et aux attitudes, manifestations tacites[1292], n'est alors pas très pertinent[1293]. Par exemple, toujours dans le cadre de la démission, une lettre écrite par le salarié peut ne pas révéler de manière expresse sa volonté de rompre le contrat de travail. Ainsi a-t-il pu être jugé que les termes « *j'arrête de travailler* » figurant dans une lettre signée par le salarié étaient « *tout à fait équivoques* », et donc que la rupture devait s'analyser en un licenciement[1294]. De même, un document par lequel la salariée déclare « *j'accepte le licenciement amiable* » est insuffisant pour constituer la preuve d'une rupture par consentement mutuel[1295].

385. - En définitive, et bien que cette question ne surgisse que rarement, et toujours indirectement, en droit du travail, il est important de rappeler qu'il ne faut pas assimiler la manifestation expresse de volonté avec sa manifestation écrite. Le formalisme en général[1296], et l'écrit plus

---

[1289] A. RIEG, *Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 20, Dalloz 1972, p. 40, spéc. n° 10 bis, p. 49.

[1290] V. par ex. Cass. soc. 8 octobre 1970, Bull. civ. V, n° 511, p. 417 : la démission est notamment caractérisée par la phrase « *je prends ma veste et je m'en vais* » - Cass. soc. 10 décembre 1980, Bull. civ. V, n° 879, p. 650 : « *A partir de ce jour, je ne fais plus partie de votre entreprise* ».

[1291] *Cf. supra* n° 376.

[1292] J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n° 27, p. 34.

[1293] P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 14, p. 24.

[1294] CA Nîmes 5 décembre 1996, SARL STB/Mle Stéphani, CERIT. V. également Cass. soc. 12 novembre 1987, Bull. civ. V, n° 637, p. 404 ; Cah. prud'h. 1988, p. 14 : « *pour me faire tous ces reproches, il faut que vous ne m'estimiez vraiment pas du tout et si cela peut vous faire plaisir, tenez cette lettre pour ma démission car moi aussi j'en ai assez de vos reproches* » (la démission n'est pas caractérisée)- Cass. soc. 7 mars 1990, CSBP 1990, n° 19, p. 119.

[1295] CA Metz 10 juin 1996, SARL Hôtel restaurant du Rocher/Mme Felden, CERIT.

[1296] A titre d'exemple supplémentaire peut-on encore citer le cas particulier de la notification, dont le rôle est important en droit du travail, et qui constitue une formalité participant, au même titre que l'écrit, au formalisme en général.

D'une part, ce n'est pas parce qu'une volonté doit être notifiée qu'il s'agit d'un acte solennel : v. M.-A. GUERRIERO, précité, p. 34 - J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949, n° 177, p. 171.

D'autre part, une volonté qui doit être notifiée peut très bien se manifester tacitement : J. MARTIN DE LA MOUTTE, précité, n° 177, p. 171 - A. RIEG, *Rapport sur les modes non*

spécifiquement, n'interfèrent pas en principe avec la distinction entre les différents modes de manifestation de la volonté.

Ceci étant clarifié, il faut maintenant approfondir l'arbitrage opéré par le droit du travail en matière d'extériorisation de la volonté, entre ces notions classiques et celle de manifestation claire et non équivoque de volonté, arbitrage qui a tourné au net avantage de cette dernière, dont le champ d'application a par conséquent été considérablement élargi au détriment des deux premières.

§2 - L'essor de la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté

386. - La notion de manifestation claire et non équivoque de volonté, parfois employée en droit commun, est très fréquemment utilisée en droit du travail, tant en ce qui concerne le salarié que l'employeur, au point d'occulter la distinction traditionnelle entre manifestation tacite et manifestation expresse de volonté. Mais quels sont les liens et les différences entre une extériorisation claire et non équivoque de la volonté d'une part, et son extériorisation expresse ou tacite d'autre part ? La notion de manifestation claire et non équivoque de volonté de volonté complète-t-elle la distinction classique ou peut-on l'utiliser comme synonyme du caractère exprès de la manifestation de volonté ?

Avant de répondre à ces questions, il faut rapidement tenter de délimiter le champ d'application de cette notion de manifestation claire et non équivoque de volonté, car il s'agit en réalité d'un concept aux limites assez floues, et plus particulièrement encore en droit du travail.

387. - Les textes n'évoquent pas la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté. C'est, en effet, la jurisprudence qui l'a élaborée[1297], lui donnant aujourd'hui une très grande importance. En

---

formels d'expression de la volonté en droit civil français, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 20, Dalloz 1972, p. 40, spéc. n° 8, p. 47 - R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ 1996, Bibl. dr. privé, t. 254, n° 252 s., p. 214 s.- M. DURMA, *La notification de la volonté, Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, th. Paris, Sirey 1930, n° 224 s., p. 241 s.

1297 V. par ex., parmi les premiers arrêts à avoir utilisé cette notion, en droit civil : Cass. req. 12 décembre 1866, D. 1867, 1, 433 : « *volonté exprimée clairement* » et en droit du travail : pour la novation, Cass. soc. 24 mars 1971, Bull. civ. V, n° 239, p. 200 - Cass. soc. 1° décembre 1971, Bull. civ. V, n° 702, p. 603 - Cass soc. 5 juillet 1973, Bull. civ. V, n° 452, p. 411 ; pour la démission, Cass. soc. 3 octobre 1958, Bull. civ. IV, n° 990, p. 751 - Cass. soc. 9 juin 1961, Bull. civ. IV, n° 625, p. 495 - Cass. soc. 18 juillet 1968, Bull. civ. V, n° 394, p. 320 - Cass. soc. 10

principe, les magistrats utilisent cette notion lorsque se pose un problème d'extériorisation de la volonté[1298]. Néanmoins, ce n'est pas toujours le cas en droit du travail : ainsi, parfois, ils y ont recours alors que le problème posé est totalement étranger à l'expression de la volonté.

Cette constatation est particulièrement nette en matière de démission. En l'absence de définition de la démission par le Code du travail, c'est la jurisprudence qui en a élaboré une à partir des différentes qualités que la volonté du salarié doit présenter. Sa volonté doit ainsi être *claire et non équivoque*, *ferme*, *sérieuse*, *libre* et *réfléchie*. Si l'un de ces caractères fait défaut, la démission n'est pas considérée comme valable et la rupture est requalifiée en licenciement. Cependant, il n'apparaît guère possible d'attacher avec certitude une signification précise à chacun d'eux, et notamment en ce qui concerne la manifestation claire et non équivoque de volonté. Certes, dès lors qu'un problème d'expression de la volonté de démissionner se pose, les juges y ont recours[1299]. Mais ce n'est pas la seule hypothèse où le recours à ce caractère de la volonté est opéré : ainsi a-t-il pu être jugé qu'il y avait absence de manifestation claire et non équivoque de volonté de démissionner lorsque cette volonté était affectée d'un vice[1300], voire lorsque son existence même était mise en cause[1301].

L'explication principale d'une telle confusion semble être l'absence de sanction particulière liée au défaut de tel ou tel caractère de la volonté. Quelle que soit la qualité de la volonté qui fait défaut, la rupture est requalifiée en licenciement, ce qui réduit par conséquent l'enjeu qu'il y aurait à qualifier plus rigoureusement chaque caractère.

Il faut donc retenir que la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté peut recouvrir des concepts très différents de la seule expression de la volonté, à laquelle sera consacrée cette étude.

---

février 1971, Bull. civ. V, n° 96, p. 79 - Cass. soc. 9 avril 1974, Bull. civ. V, n° 233, p. 224 ; pour la renonciation, Cass. soc. 13 février 1969, Bull. civ. V, n° 99, p. 84.

1298 C'est en réalité la volonté qui doit être dépourvue d'équivoque, plutôt que sa manifestation, mais en fait cette volonté ne s'apprécie qu'à travers les éléments concrets qui l'extériorisent. Cette distinction reste donc théorique et son absence d'enjeu pratique conduit par conséquent à utiliser indifféremment les concepts de manifestation claire et non équivoque de volonté et de manifestation de volonté claire et non équivoque.

1299 V. par ex. Cass. soc. 1er février 1995, Dr. soc. 1995, p. 386 : l'absence du salarié ne manifeste pas la volonté claire et non équivoque de démissionner.

1300 Cass. soc 12 mai 1993, Cah. prud'h. 1994, n° 3, p. 54 ; Dr. ouvr. 1994, p. 195 - Cass. soc. 26 mai 1993, SA Lodiaf/Mle Suvaric, CERIT : violence de l'employeur.

1301 Cass. soc. 30 novembre 1994, RJS 1/95, n° 6, p. 19 (salarié illettré). V. également Cass. soc. 12 décembre 1991, Clain/Sery, CERIT (un salarié chassé d'un chantier par son employeur à la suite d'une réprimande n'avait pas manifesté une volonté claire et non équivoque de démissionner) - Cass. soc. 2 mars 1993, Milhau/Ringes, CERIT (démission sous un accès d'humeur).

En tant que mode d'expression de la volonté, la manifestation claire et non équivoque de volonté présente des liens parfois étroits avec les manifestations tacites et expresses de volonté, tout en ne se confondant ni avec l'une, ni avec l'autre. Après avoir déterminé l'apport que représente la manifestation claire et non équivoque de volonté à la distinction classique, et par conséquent l'intérêt pour le droit du travail d'opérer une telle substitution (A), il faudra essayer d'en dresser une typologie en fonction des spécificités propres du droit du travail (B).

A - L'apport de la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté

388. - Il faut préciser ce qui distingue le caractère clair et non équivoque des caractères exprès ou tacite de la manifestation de la volonté. Tout d'abord, il faut rappeler que les décisions expriment plus souvent ce que n'est pas une manifestation claire et non équivoque de volonté qu'ils ne la caractérisent. Discerner la réelle signification de l'exigence d'une manifestation claire et non équivoque de volonté n'en est pas facilitée. Néanmoins, *a priori,* les liens semblent proches entre la manifestation claire et non équivoque de volonté et la manifestation expresse de volonté, mais il ne faut semble-t-il pas en déduire une opposition trop marquée entre la manifestation claire et non équivoque de volonté et la manifestation tacite de volonté. Une fois établie, dans la mesure du possible, la distinction entre ces différentes notions (1), il sera utile de cerner l'intérêt de l'essor en droit du travail du recours à ce mode d'expression de la volonté (2).

1 - Les manifestations de volonté *tacite*, *expresse* et *claire et non équivoque*

389. - Le terme « *clair* » n'est pas défini dans les différents lexiques juridiques. Dans le langage courant[1302], il désigne ce qui est évident, manifeste, certain. Le terme « *équivoque* » signifie quant à lui « *à double sens, ambigu, amphibologique* »[1303]. D'ailleurs, la jurisprudence utilise parfois comme synonymes « *équivoque* » et « *ambigu* », que ce soit dans le cadre de l'acceptation par le salarié d'une modification de son contrat de

---

[1302] V. par ex. E. LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, éd. Universitaires 1958, *v° Clair.*
[1303] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6° éd. 1996, *v° équivoque.*

travail[1304], ou dans celui de la démission : ainsi a-t-il été jugé que les « *propos tenus par le salarié et les documents invoqués par l'employeur, ambigus et incompatibles entre eux, ne constituaient pas la manifestation d'une volonté sérieuse et non équivoque de rompre le contrat de travail* »[1305]. Il est ainsi souvent constaté qu'une attitude ambiguë du salarié ne permet pas de caractériser une manifestation claire et non équivoque de démissionner[1306]. En sens contraire, la démission est caractérisée dès lors que le salarié « *avait manifesté sa volonté de démissionner en termes clairs et dépourvus de la moindre ambiguïté* »[1307].

Quant à l'expression « *non équivoque* », elle désigne ce qui est « *clair, univoque, de sens manifeste (...), sans ambiguïté* »[1308].

390. - En apparence, *clair* est ainsi synonyme de *sans équivoque*. Et il ne semble pas qu'il y ait un enjeu à distinguer ces deux termes, qui ne sont en fait que la répétition de l'idée selon laquelle la volonté se manifeste de manière claire et non équivoque lorsque sa signification ne fait aucun doute. Cette idée se rapproche de l'une des lignes de partage déjà évoquée entre les manifestations expresses et tacites de volonté, selon laquelle est tacite la volonté qui nécessite une interprétation alors que la manifestation expresse de volonté permet d'en déceler l'existence sans effort.

Et effectivement, à première vue, il pourrait apparaître que manifestation claire et non équivoque de volonté et manifestation expresse de volonté recouvrent les mêmes situations (a), mais les caractères tacite et clair et non équivoque ne sont pas pour autant opposés l'un à l'autre (b), ce qui conduira à s'interroger sur l'étendue exacte des recoupements entre ces différentes notions (c).

1304 CA Paris 18 ° ch. E 16 juin 1987, SNER/Mme Laugier et autres, CERIT.

1305 Cass. soc. 7 mars 1990, CSBP 1990, n° 19, p. 119. Voir également Cass. soc. 14 octobre 1992, SA Harrys/Thaeron, CERIT.

1306 CA Reims 2 juin 1993, Hieber/SA Forum Diffusion, CERIT - CA Rennes 16 décembre 1993, Sté nat. de programme France Région France 3/Leclercq, CERIT - CA Nancy 7 janvier 1998, ép. Kasmi/Syndicat des copropriétaires de l'immeuble Joffre, CERIT.

1307 Cass. soc. 13 novembre 1996, RJS 12/96, n° 1243, p. 806. Voir de même CA Metz 4 septembre 1995, Mme Koscher/SA Laboratoires Prochitec, CERIT.

1308 G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6° éd. 1996, *v° Non équivoque.*

a - Les rapports entre la manifestation expresse de volonté et la manifestation claire et non équivoque de volonté

391. - Si l'on retient qu'une manifestation claire et non équivoque de volonté est une manifestation évidente de volonté, le lien semble très puissant avec la manifestation expresse de volonté, qui apparaît elle-même immédiatement, sans effort d'interprétation. Et cette analyse peut être confortée par les deux arguments suivants.

392. - D'une part, les magistrats semblent parfois utiliser indifféremment les termes exprès ou clair et non équivoque. Il en va ainsi aussi bien en droit commun qu'en droit du travail. En ce qui concerne le droit commun, la jurisprudence a souvent employé l'expression « *claire et non équivoque* », ou « *claire et sans équivoque* » dans des hypothèses où était en principe requise une volonté expresse[1309]. En ce qui concerne le droit du travail, par exemple dans l'hypothèse du renouvellement de l'essai, il a été jugé qu'il devait résulter d'une acceptation claire et non équivoque[1310] puis qu'il ne pouvait résulter que d'un « *accord exprès* »[1311], sans que les circonstances de fait ne soient différentes. De même, les cas sont relativement fréquents en matière de démission[1312] ou de modification du contrat de travail[1313] dans lesquels, à côté de l'exigence d'une volonté claire et non équivoque, les magistrats placent en parallèle le caractère exprès de la volonté du salarié.

393. - D'autre part, les hypothèses dans lesquelles les magistrats vont rechercher si la volonté exprimée par le salarié ou par l'employeur est bien claire et non équivoque semblent être précisément celles pour lesquelles la possibilité d'une manifestation tacite est rejetée.

En droit du travail, il existe deux domaines de prédilection dans lesquels les juges vont examiner si la volonté a été exprimée de manière

---

1309 V. par ex. Cass. civ. 1° 21 avril 1982, Bull. civ. I, n° 143, p. 126.
Cf. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 395, p. 351 et la jurisprudence citée qui, outre la solidarité ou la délégation, concerne également la novation.
1310 Cass. soc. 5 mars 1996, RJS 4/96, n° 373, p. 225.
1311 Cass. soc. 23 janvier 1997, D. 1998, p. 170, note C. PUIGELIER.
1312 Cass. soc. 16 avril 1992, CSBP n° 40, A. 28, p. 145 - CA Metz 19 janvier 1988, SA Mansus Intermarché/Choffe, CERIT - CA Metz 24 octobre 1994, Landri/SARL SMCP Richard, CERIT - CA Besançon 10 décembre 1996, SARL Transport Brugger/Boumgout, CERIT.
1313 CA Pau 25 octobre 1994, AGF/Mme Dupuy St Martin, CERIT.

claire et non équivoque : il s'agit de la démission[1314] et de la modification du contrat de travail[1315]. Dans ces deux exemples, il sera exigé de la volonté du salarié qu'elle soit extériorisée de manière claire et non équivoque. Si tel n'est pas le cas, ni la démission du salarié ni son acceptation d'une modification de son contrat de travail ne pourront être caractérisées. A côté de ces domaines de prédilection, on retrouve assez régulièrement en jurisprudence cette notion de volonté claire et non équivoque. Ainsi, en application de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, a-t-il été jugé que la rupture anticipée d'un commun accord du CDD « *ne peut résulter que d'une volonté claire et non équivoque* »[1316]. Il en va de même dans le cadre plus large de la renonciation[1317], qui peut concerner soit le salarié[1318], soit l'employeur. Dans ce dernier cas, la renonciation par l'employeur à une clause de non-concurrence doit résulter d'une volonté claire et non équivoque[1319]. La solution est identique à propos de sa renonciation à se prévaloir du préavis dû par un salarié démissionnaire[1320].

394. - Or, presque tous ces différents cas sont précisément des hypothèses dans lesquelles la volonté ne se présume pas[1321]. Ainsi, en matière de démission, la jurisprudence est constante sur ce point en affirmant qu'elle ne se présume pas[1322]. En ce qui concerne la modification du contrat de travail, l'article 1273 du Code civil dispose que la « *novation ne se présume point, il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de*

1314 Cass. soc. 21 mai 1980, Bull. civ. V, n° 452, p. 343 - Cass. soc. 7 février 1990, Bull. civ. V, n° 48, p. 31 - Cass. soc. 10 avril 1996, Bull. civ. V, n° 148, p. 105 ; RJS 6/96, n° 656, p. 420.

1315 Pour des exemples se situant en dehors de l'application de la loi du 20 décembre 1993 (art. L. 321-1-2), voir Cass. soc. 5 juillet 1973, Bull. civ. V, n° 452, p. 411 - Cass. soc. 7 janvier 1987, Bull. civ. V, n° 3, p. 2 - Cass. soc. 21 avril 1988, Bull. civ. V, n° 247, p. 161 ; D. 1988, Somm. 319, obs. A. LYON-CAEN - Cass. soc. 25 mai 1989, Bull. civ. V, n° 398, p. 239 - Cass. soc. 17 février 1993, Gaz. Pal. 1993, 1, pan. jur. p. 90 - Cass. soc. 5 octobre 1993, CSBP 1993, n° 54, A. 59, p. 265 - Cass. soc. 14 mai 1998, Luciot/CADAC 52, CERIT.

1316 Cass. soc. 21 mars 1996, RJS 5/96, n° 522, p. 334 : cassation de l'arrêt de la cour d'appel qui avait retenu un accord tacite.

1317 Voir F. HENOT, *La renonciation du salarié*, th. Amiens 1996, n° 467 s., p. 279 s.

1318 Par ex. Cass. soc. 16 juillet 1987, Bull. civ. V, n° 493, p. 313 : la volonté du salarié de renoncer à son préavis ne doit pas être équivoque - Cass. soc. 29 octobre 1987, Cah. prud'h. 1988, p. 92.

1319 Cass. soc. 30 mai 1990, RJS 7/90, n° 571, p. 395 - Cass. soc. 25 octobre 1995, RJS 1/96, n° 22, p. 20.

1320 Cass. soc. 10 décembre 1985, Bull. civ. V, n° 595, p. 434 - Cass. soc. 3 décembre 1987, Bull. civ. V, n° 700, p. 444 - Cass. soc. 10 novembre 1993, RJS 12/93, n° 1199, p. 713.

1321 Sur les présomptions de volonté, *cf. infra* n° 480 s.

1322 V. par ex. Cass. soc. 11 décembre 1991, Bull. civ. V, n° 573, p. 356 ; Dr. soc. 1992, p. 194 ; JCP 92, éd. E, II, 320, n. J.-J. SERRET - Cass. soc. 24 octobre 1996, RJS 12/96, n° 1260, p. 816. Cette jurisprudence est fidèlement suivie par les juges du fond : CA Chambéry 18 décembre 1997, Mme Picard/Mme Pisano, CERIT - CA Nancy 12 janvier 1998, Gérin/Mme Dedenon, CERIT.

l'acte »[1323]. La solution est identique dans l'hypothèse plus générale de la renonciation[1324]. Ce rejet de la volonté présumée apparaît alors comme un rejet de la volonté tacite. En effet, ces deux notions sont étroitement liées puisque dans les deux cas, la volonté est rendue probable en raison de l'attitude de son auteur. Certes, l'assimilation entre volonté présumée et volonté tacite n'est pas totale[1325], mais employer indifféremment volonté tacite et volonté présumée lorsque la présomption est de fait n'entraîne aucun « *inconvénient sérieux* »[1326] car le mécanisme de raisonnement est alors très proche, et par conséquent, on peut en conclure qu'un rejet d'une volonté présumée vaut rejet d'une volonté tacite. Si la démission, la novation ou la renonciation ne se présument pas, c'est donc qu'une manifestation tacite de volonté n'est pas suffisante pour former ces différents actes juridiques.

Et puisque dans le même temps, il est exigé que la volonté soit claire et non équivoque[1327], ceci semble indiquer qu'une volonté claire et non équivoque ne peut pas être simplement tacite et que par conséquent, elle est nécessairement expresse.

Une telle conclusion peut encore être appuyée, selon un schéma de raisonnement différent, par une illustration concernant la modification du contrat de travail : face à l'offre de l'employeur de modifier son contrat, l'attitude du salarié qui consiste à exécuter le travail selon les nouvelles conditions ne vaut pas acceptation claire et non équivoque de cette modification[1328], alors qu'elle correspondrait à l'exemple type de la

---

1323 Cass. soc. 13 mai 1954, Bull. civ. IV, n° 314, p. 237 - Cass. soc. 5 juillet 1973, Bull. civ. V, n° 452, p. 411 - Cass. soc. 7 février 1990, Bull. civ. V, n° 45, p. 29 - Cass. soc. 16 mai 1990, Bull. civ. V, n° 226, p. 136 - Cass. soc. 20 juin 1990, Bull. civ. V, n° 301, p. 180 ; JCP 91, II, 21776, note G. VIRASSAMY - Cass. soc. 3 octobre 1991, Bull. civ. V, n° 387, p. 242.

1324 V. par ex. Cass. soc. 14 mai 1987, Bull. civ. V, n° 313, p. 199 - Cass. soc. 29 octobre 1987, Cah. prud'h. 1988, p. 92 - Cass. soc. 9 février 1989, Bull. civ. V, n° 115, p. 70 - Cass. soc. 24 novembre 1992, Lexi-laser n° 4083 - CA Douai 30 septembre 1988, SARL Essor/Mme Goryl, CERIT - CA Toulouse 18 août 1994, Gil/SA Ramonville Auto Gestion, CERIT.

1325 *Cf. supra* n° 377.

1326 J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 400, p. 355.

1327 -V. pour la novation : Cass. soc. 5 juillet 1973, Bull. civ. V, n° 452, p. 411 : « *elle ne peut résulter que d'actes non équivoques manifestant clairement et certainement l'intention des parties de nover* ». De même, voir Cass. soc. 10 mars 1988, Bull. civ. V, n° 170, p. 113 - Cass. soc. 7 février 1990, Bull. civ. V, n° 45, p. 29 - Cass. soc. 16 mai 1990, Bull. civ. V, n° 226, p. 136.
-Pour la démission : Cass. soc. 7 février 1990, Bull. civ. V, n° 48, p. 31 - Cass. soc. 11 décembre 1991, Bull. civ. V, n° 573, p. 356 ; Dr. soc. 1992, p. 194 ; JCP 92, éd. E, II, 320, n. J.-J. SERRET.
-Pour la renonciation : Cass. soc. 14 mai 1987, Bull. civ. V, n° 313, p. 199 - Cass. soc. 16 juillet 1987, Bull. civ. V, n° 493, p. 313 - Cass. soc. 1° mars 1989, Bull. civ. V, n° 156, p. 94.

1328 V. par ex. Cass. soc. 8 octobre 1987, Raquin, Bull. civ. V, n° 541, p. 344 ; D. 1988, p. 57, note Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1988, p. 135, note J. SAVATIER - Cass. soc. 5 octobre 1993, CSBP 1993, n° 54, A. 59, p. 265 - Cass. soc. 14 mai 1998, Luciot/CADAC 52, CERIT.

manifestation tacite de volonté[1329]. Cette illustration semble bien signifier que la manifestation claire et non équivoque de volonté s'oppose à la manifestation tacite de volonté et qu'elle doit donc être assimilée à la manifestation expresse de volonté. Un tel raccourci serait néanmoins trompeur.

b - Les rapports entre la manifestation tacite de volonté et la manifestation claire et non équivoque de volonté

395. - Si en apparence, donc, le caractère clair et non équivoque de la volonté doit s'opposer radicalement à son caractère tacite, cette constatation est démentie à de nombreuses reprises : outre un problème de vocabulaire, la doctrine n'oppose pas forcément ces deux notions et il faudra enfin faire apparaître les liens réels entre ces deux caractères.

396. - *Quant au vocabulaire employé* : il est difficile, du point de vue du seul vocabulaire, de poser comme principe que ce qui est tacite ne peut être clair et non équivoque. En effet, un tel axiome impliquerait que la manifestation tacite, si elle s'oppose à la manifestation claire et non équivoque de volonté, soit elle-même obscure et équivoque, ambiguë. Or, il est bien évident qu'une volonté obscure ou ambiguë n'a aucune valeur, alors qu'une manifestation tacite de volonté permet, après un certain effort d'interprétation, de déceler la volonté interne de l'auteur de l'acte, et donc de lever toute ambiguïté.

397. - *Quant à la position de la doctrine* : certains commentateurs n'hésitent pas à utiliser le caractère clair et non équivoque pour préciser la notion de manifestation tacite de volonté. Ainsi, Mme PUIGELIER énonce-t-elle que « *l'acceptation d'une modification substantielle par un salarié peut être tacite. Mais encore faut-il que cette acceptation soit claire et non équivoque* »[1330]. Pour d'autres auteurs également, volonté tacite et manifestation claire et non équivoque de volonté ne s'opposent pas forcément. Ainsi, après avoir constaté que la chambre sociale de la Cour de cassation appliquait le principe selon lequel la novation ne se présume pas et « *ne peut résulter que d'actes non équivoques manifestant clairement et*

[1329] P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 28 s., p. 38 s.

[1330] C. PUIGELIER, note sous Cass. soc. 12 mars 1996, JCP 97, II, 22779. V. également C. PUIGELIER, *La modification du contrat de travail*, Economica 1997, p. 59 et s.

certainement l'intention des parties de nover »[1331], M. DESPAX affirmait qu'il n'était cependant pas exclu « *que la novation puisse résulter d'une acceptation tacite des nouvelles conditions de travail* »[1332].

La doctrine civiliste a d'ailleurs très tôt adopté une position similaire. Il a déjà été précisé que M. LARROUMET estime que « *l'offre tacite (...) est induite à partir d'un comportement d'une personne, à condition qu'il ne soit pas* équivoque »[1333]. De même, M. MARTIN DE LA MOUTTE rappelait qu'une volonté tacite devait quand même être claire[1334].

L'association de la notion de manifestation tacite de volonté avec celle de manifestation claire et non équivoque de volonté est donc envisagée par la doctrine, même si ce n'est souvent qu'indirectement[1335].

398. - *Quant aux liens réels entre la manifestation claire et non équivoque de volonté et la manifestation tacite de volonté* : sur certains points particuliers en effet, la doctrine et les magistrats ont développé une argumentation qui va conduire à nuancer les développements précédents quant à l'exigence d'une volonté expresse, donc à ne plus assimiler automatiquement manifestation expresse et manifestation claire et non équivoque de volonté et à ne plus opposer aussi nettement cette dernière à la manifestation tacite de volonté, que ce soit à propos de la modification du contrat de travail, de la renonciation ou de la démission.

399. - En ce qui concerne la modification du contrat de travail, pour laquelle la jurisprudence utilise la notion de manifestation claire et non équivoque, et non pas expresse, de volonté, deux remarques sont à apporter.

D'une part, l'article 1273 du Code civil, selon lequel la novation ne se présume pas, ne concerne précisément que la novation. Or, il faut bien la

---

1331 Cass. soc. 5 juillet 1973, Bull. civ. V, n° 452, p. 411.

1332 M. DESPAX, *L'acceptation tacite par le salarié de modifications aux conditions de travail initialement convenues avec l'employeur*, in *Mélanges dédiés à G. Marty*, 1978, p. 449, spéc. p. 455.

1333 C. LARROUMET, *Droit civil*, tome 3, *Les Obligations - Le Contrat*, Economica, 4° éd. 1998, n° 244, p. 217. *Cf. supra* n° 376.

1334 J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1949, n° 176, p. 171.

1335 V. par ex. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Association H. Capitant*, PUF, 6e éd. 1996, *v° non équivoque* : « *ce qui est non équivoque n'est pas nécessairement explicite* ». *A contrario*, ce qui est non équivoque peut donc être tacite.

distinguer de la simple modification[1336]. Celle-ci, « *changement partiel d'un acte juridique* »[1337], « *se borne à apporter des changements limités à un lien d'obligation qui demeure* »[1338], alors que la novation « *opère extinction d'une obligation préexistante et création d'une obligation nouvelle* »[1339]. Il ne faut donc pas assimiler trop rapidement les deux notions, et les auteurs civilistes relèvent que les juges refusent « *le plus souvent d'admettre l'existence d'une novation lorsque le changement convenu par les parties resterait mineur* »[1340], bien que cette distinction soit parfois délicate[1341]. Ainsi, tous les cas dans lesquels un contrat, et plus particulièrement un contrat de travail, se trouve modifié ne constituent pas une novation, et n'entraînent donc pas l'application de l'article 1273 du Code civil. Dans le cadre d'une simple modification, les parties peuvent se situer alors dans un processus classique de formation d'un acte juridique, par le mécanisme d'une offre et d'une acceptation[1342] où l'expression de la volonté est, en principe, libre, et peut ainsi intervenir de manière expresse ou tacite.

Il ne faut donc pas déduire d'une hypothèse de modification du contrat de travail qu'il s'agit d'une novation imposant une manifestation expresse de volonté. Rares seront en effet les cas dans lesquels sera constatée une véritable novation[1343], quand bien même cette qualification apparaîtrait à l'initiative des parties ou à celle du juge[1344]. Par conséquent, lorsque la situation s'analyse non pas en une novation, mais en une modification du contrat de travail, pour laquelle l'extériorisation de la volonté est en principe libre, rien ne permet de déduire avec suffisamment de rigueur de la mention d'une manifestation claire et non équivoque de volonté l'assimilation à une manifestation expresse de volonté.

1336 Ce qualificatif *simple* n'est ici utilisé que pour distinguer la novation de la modification au sens strict du contrat de travail, et il ne faut y percevoir aucune référence à la distinction entre la modification du contrat et le simple changement des conditions de travail.

1337 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Association H. Capitant*, PUF, 6° éd. 1996, *v° modification.*

1338 J.-L. AUBERT, Encycl. Dalloz, Rép. civ., *Novation*, avril 1994, n° 4, p. 2.

1339 J.-L. AUBERT, Encycl. Dalloz, Rép. civ., *Novation*, avril 1994, n° 5, p. 2. V. également G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Association H. Capitant*, PUF, 6° éd. 1996, *v° novation.*

1340 J.-L. AUBERT, Encycl. Dalloz, Rép. civ., *Novation*, avril 1994, n° 36, p. 4, et n°46, p. 5.

1341 Voir, pour une analyse plus générale, A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Etude de droit civil français*, LGDJ 1980, bibl. dr. privé, t. 166, n° 107 et s., p. 49 et s.

1342 *Cf. supra* n° 150 et n° 237.

1343 Celle-ci pourrait être retenue lorsque les stipulations antérieures sont totalement bouleversées, par exemple si le salarié change à la fois de qualification, de fonction et de salaire. Voir un exemple, dans lequel la Cour de cassation reproche notamment à une Cour d'appel de n'avoir pas caractérisé une novation : Cass. soc. 26 avril 2000, RJS 7-8/00, n° 769, p. 613.

1344 V. par ex. Cass. soc. 7 février 1990, Bull. civ. V, n° 45, p. 29.

D'autre part, quand bien même, dans certaines hypothèses, les parties ont réellement nové leurs obligations originelles, la rigueur apparente de l'article 1273 du Code civil a été atténuée. En effet, la doctrine civiliste a assoupli l'exigence de ce texte en admettant que la novation « *pouvait être indifféremment expresse ou tacite, pourvu qu'elle soit certaine* »[1345]. La jurisprudence civiliste va dans le même sens, puisque des décisions ont retenu la novation alors que les volontés s'étaient exprimées tacitement[1346], du moment que la volonté n'était pas équivoque[1347]. La chambre sociale de la Cour de cassation a adopté des solutions similaires[1348].

400. - Ainsi, dans la plupart des hypothèses de modification du contrat de travail, l'exigence d'une volonté expresse ne devrait pas se justifier[1349]. Il serait donc plus délicat d'assimiler manifestation expresse de volonté et manifestation claire et non équivoque de volonté et d'opposer cette dernière à la manifestation tacite de volonté. La jurisprudence confirme cette dernière constatation. Certaines décisions admettent en effet que le salarié a accepté de manière claire et non équivoque la modification de son contrat de travail dans certains cas, certes relativement rares, où cette acceptation a été déduite du comportement du salarié, ce qui a nécessité une interprétation comme dans l'hypothèse des manifestations tacites de volonté[1350].

401. - En ce qui concerne la renonciation, il a été ici aussi remarqué que la règle, selon laquelle la renonciation ne se présume pas, ne conduit pas automatiquement à exiger que la volonté se manifeste expressément. En réalité, la renonciation peut être tacite, sous cette réserve que les juges ne

---

[1345] J.-L. AUBERT, Encycl. Dalloz, Rép. civ., *Novation*, avril 1994, n° 50, p. 5.

[1346] Cass. civ. 3° 15 janvier 1975, Bull. civ. III, n° 16, p. 12 - Cass. com. 25 septembre 1984, Bull. civ. IV, n° 245, p. 203.

[1347] Cass. com. 29 janvier 1991, Rev. trim. dr. civ. 1991, p. 531, n° 7, obs. J. MESTRE (pas d'équivoque) - Cass. com. 19 mars 1979, Bull. civ. IV, n° 105, p. 82 (rejet car équivoque).

[1348] Cass. soc. 10 mars 1988, Bull. civ. V, n° 170, p. 113 (rejet car équivoque) - Cass. soc. 16 mai 1990, Bull. civ. V, n° 226, p. 136 (rejet car équivoque).

[1349] V. d'ailleurs Cass. soc. 23 mai 1995, pourvoi n° 92-45.021, Juridisque Lamy , Volume II, , qui évoque l'absence de caractère obligatoire d'une acceptation expresse : la cour d'appel estime que « *la jurisprudence n'exige pas que l'acceptation de la modification du contrat de travail par le salarié soit expresse (...), que cette acceptation peut résulter d'autres éléments d'où pourrait être déduite la volonté non équivoque du salarié* ». La décision est cassée car cette volonté non équivoque n'est pas suffisamment caractérisée.

[1350] CA Dijon 11 janvier 1994, Amiot/ SA Sedco Forex International inc., CERIT - CA Nîmes 1er avril 1997, Sté Keller Fermetures/Binggelli, CERIT. V. également Cass. soc. 14 novembre 1985, Som. Dr. Trav. 1986, p. 1103 : « *le maintien sans réserve de cette situation, pendant une durée aussi prolongée, supposait nécessairement la volonté implicite, mais dépourvue d'équivoque, du personnel d'accepter la modification* » (décision rendue avant le revirement de l'arrêt Raquin).

sauraient déduire de ces comportements « *que les renonciations qu'ils impliquent d'une manière certaine et non équivoque* »[1351]. Ainsi a-t-il été jugé que « *la renonciation tacite à une prescription ne peut résulter que d'actes accomplis en connaissance de cause et manifestant de façon non équivoque la volonté de renoncer* »[1352].

402. - En ce qui concerne la démission, il est en revanche plus difficile de trouver des exemples où la volonté claire et non équivoque de démissionner est retenue à partir d'une attitude qui pourrait constituer une manifestation tacite de volonté. En effet, la volonté de protéger le salarié face à un acte aussi dangereux pour lui conduit à une analyse très restrictive de la manifestation claire et non équivoque de volonté de démissionner. L'analyse déductive y est extrêmement réduite, et la manifestation tacite n'est aujourd'hui quasiment plus constitutive d'une manifestation claire et non équivoque de volonté de démissionner[1353]. Il faut néanmoins noter que les magistrats ont parfois adopté une ligne moins protectrice du salarié en ce qu'elle retenait une démission alors que de sérieux doutes sur la volonté du salarié pouvaient apparaître[1354].

A ces quelques réserves près, on ne peut donc pas affirmer que les manifestations claires et non équivoques de volonté s'opposent nettement aux manifestations tacites de volonté. Il semblerait qu'il faille analyser en fait la manifestation claire et non équivoque de volonté comme recouvrant dans une certaine mesure les manifestations tacites ou expresses de volonté. Mais quelle est alors la mesure de la coïncidence entre ces différentes notions ?

1351 F. DREIFFUSS-NETTER, Encycl. Dalloz, Rép. civil, *v° Renonciation*, 1° janvier 1989, n° 42. V. également X. LAGARDE, *Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement*, Dr. soc. 1998, p. 890.

1352 Cass. soc. 24 novembre 1982, Bull. civ. V, n° 638, p. 472 - Cass. soc. 16 décembre 1999, RJS 4/00, n° 475, p. 329.

1353 Voir tout de même Cass. soc. 23 mai 1995, Sem. Soc. Lamy, n° 753, p. 16 - Cass. soc. 19 mars 1996, CSBP 1996, n° 80, p. 131, B. 102 - CA Nîmes 20 avril 1998, EURL P. Boyer/H. Boyer, (CERIT) : « *si la démission ne se présume pas et ne peut résulter que d'un acte clair et non équivoque, (...) elle peut toutefois ressortir de situations de fait et de circonstances entourant la décision* ».
La doctrine évoque néanmoins parfois les démissions tacites : v. par ex. L. FINEL, *La démission implicite*, Gaz. Pal. 1997, Doctr., 2, p. 1273 - J. MORVILLE, *La démission, une jurisprudence abondante mais nuancée*, CSBP 1990, n° 19, p. 115 - P. WAQUET, *La modification du contrat de travail : à propos d'un tournant dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, CSBP 1993, n° 47, p. 57, spéc. p. 61.

1354 *Cf. infra* n° 485.

c - La mesure de la coïncidence entre la manifestation claire et non équivoque, la manifestation tacite et la manifestation expresse de volonté

403. - Comme l'on ne dispose pas d'une définition générale et abstraite de la manifestation claire et non équivoque de volonté, il faut, pour essayer d'en élaborer une, la comparer à des notions qui, elles, sont définies de manière relativement théorique et précise.

Tout d'abord, il semble indiscutable qu'une manifestation expresse de volonté est par là-même claire et non équivoque. Elle ne suppose en effet aucun effort d'interprétation car sa signification apparaît nettement. Il est donc logique d'en déduire qu'elle ne peut pas être ambiguë, équivoque[1355]. A l'inverse, une manifestation claire et non équivoque n'est pas forcément une manifestation expresse puisqu'il est admis qu'elle peut également être une manifestation tacite, et c'est à cet égard que surgit la nécessité de développements supplémentaires. La difficulté est alors grande pour déterminer la mesure de la coïncidence entre manifestation tacite et manifestation claire et non équivoque de volonté. S'il se peut en effet qu'une manifestation claire et non équivoque soit par ailleurs qualifiée de manifestation tacite[1356], il est certain qu'en sens contraire, toutes les manifestations tacites de volonté ne pourront pas être qualifiées de manifestations claires et non équivoques (par exemple, travailler selon les nouvelles stipulations après une modification du contrat de travail).

Ainsi, la notion de manifestation claire et non équivoque recouvre dans une certaine mesure la notion de manifestation tacite, mais ces deux notions ne se confondent pas, et c'est cette mesure qu'il faut maintenant essayer de déterminer.

404. - La notion de manifestation claire et non équivoque de volonté apporte une précision supplémentaire à la notion de manifestation tacite, précision qui consiste à privilégier, parmi ces manifestations tacites, celle qui est la plus vraisemblable, celle qui donnera le moins lieu à discussion, à déduction[1357]. Sera ainsi évité le risque qui consiste à donner à telle attitude

---

[1355] Pour des exemples où « *exprès* » et « *clair et non équivoque* » sont utilisés comme synonymes, *cf. supra* a.

[1356] Bien sûr, certaines manifestations claires et non équivoques ne pourront pas être qualifiées de manifestations tacites lorsqu'elles sont équivalentes à une manifestation expresse.

[1357] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6e éd. 1996, v° *non équivoque* : « *le caractère non équivoque ne peut être reconnu, surtout s'il s'agit d'une manifestation tacite de volonté, qu'à un message dont l'évidence est caractérisée* ».

une signification juridique précise, par un mécanisme qui procéderait plus de l'art divinatoire que de la déduction rationnelle et vraisemblable[1358]. La manifestation claire et non équivoque de volonté apporte alors un élément de sécurité, le juge ne donnant effet à la volonté interne de l'individu que si ses actes, son attitude ou son comportement général rendent hautement probable une telle signification.

Ceci posé, le problème ne fait qu'être reporté. En effet, la difficulté reste entière ; si l'on estime que la manifestation claire et non équivoque de volonté permet, en quelque sorte, de graduer le caractère vraisemblable de la signification à donner à telle ou telle attitude, si par conséquent la manifestation expresse est forcément comprise dans la manifestation claire et non équivoque de volonté, alors que seule une partie des manifestations tacites peut y être identifiée, comment déterminer la frontière entre la manifestation tacite qui correspond à une manifestation claire et non équivoque de volonté, et celle qui ne correspond pas à une manifestation claire et non équivoque de volonté ? En effet, il faut maintenant savoir jusqu'à quel niveau de déduction il est possible d'aller pour qu'une manifestation tacite de volonté soit également une manifestation claire et non équivoque de volonté. Si la manifestation claire et non équivoque de volonté ne recouvre qu'une partie des manifestations tacites, à partir de quel moment une manifestation tacite de volonté peut-elle être qualifiée de volonté claire et non équivoque ?

405. - La jurisprudence n'apporte hélas guère de réponse, puisqu'elle ne définit pas abstraitement ce concept de manifestation claire et non équivoque de volonté. Les décisions rendues ne règlent en effet que les problèmes ponctuels posés par les différentes espèces sans qu'il ne soit possible de déduire de la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté une signification plus globale[1359]. Par ailleurs, la jurisprudence semble plus abondante pour rejeter le critère de manifestation claire et non

---

1358 *Cf.* F. HENOT, *La renonciation du salarié*, th. Amiens 1996, n° 490, p. 293, qui remarque qu'il y aura ainsi « *une plus grande fidélité entre les faits et la qualification juridique adoptée* ».
Sur ce risque de déformation de la volonté, v. F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957, n° 212 : « *il arrive que, sous prétexte de s'en tenir à la volonté du ou des auteurs de l'acte juridique, le juge forge celle-ci de toutes pièces* » - G. WICKER, *Les fictions juridiques - Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 75 s., p. 80 s.

1359 Cette attitude de la Cour de cassation n'est pas exceptionnelle : voir par exemple la notion de délai raisonnable, accompagnant l'offre de contrat (*cf. supra* n° 275), ou plus spécifiquement en droit commun, celle de bref délai permettant d'agir en garantie des vices cachés (F. COLLART DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 3° éd. 1996, n° 284).

équivoque de volonté que pour le reconnaître, et ce, sans doute, par faveur pour le salarié[1360], mais ceci ne facilite pas l'élaboration d'une définition.

Il faut noter que la Cour de cassation opère un contrôle du caractère clair et non équivoque de la manifestation de volonté qui n'est donc pas laissé à la souveraine appréciation des juges du fond. On peut constater ce contrôle à propos par exemple de la modification du contrat de travail[1361], de la renonciation[1362] ou de la démission[1363], cette dernière hypothèse étant cependant à préciser. En effet, les juges du fond ont tout de même disposé pendant un temps d'une certaine liberté d'appréciation[1364], Mais aujourd'hui, la Cour de cassation opère un contrôle lourd, en estimant que les juges du fond avaient « *exactement décidé (...) que le salarié n'avait pas manifesté une volonté claire et non équivoque de démissionner* »[1365].

406. - En tout état de cause, que les magistrats relèvent que la volonté s'est exprimée de manière claire et non équivoque ou non, l'apport de leurs décisions, dans l'établissement d'un critère objectif et général de manifestation claire et non équivoque de volonté est très difficile à déterminer.

Par exemple, s'il est jugé qu'une absence injustifiée de huit jours ne constitue pas une manifestation claire et non équivoque de volonté de démissionner[1366], voilà certes une information, mais qui n'indique absolument pas si une absence injustifiée de trois semaines pourrait constituer une manifestation claire et non équivoque de volonté de

---

[1360] *Cf. infra* n° 481 s.

[1361] Voir par ex. Cass. soc. 18 mars 1992, RJS 5/92, n° 407, p. 239 - Cass. soc. 14 mai 1998, Luciot/CADAC 52, CERIT.

[1362] V. par ex.Cass. soc. 30 septembre 1992, Bull. civ. V, n° 483, p. 303.
Cf. F. DREIFFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, *Préface de P. Tercier*, LGDJ 1985, Bibl. de dr. privé, t. 185, n° 156 s., p. 140 s. et, plus nuancé, F. HENOT, *La renonciation du salarié*, th. Amiens 1996, n° 478, p. 285.

[1363] V. par ex. Cass. soc. 8 janvier 1992, Bull. civ. V, n° 9, p. 6 - Cass. soc. 25 juin 1992, Bull. civ. V, n° 419, p. 260 - Cass. soc. 10 novembre 1992, Bull. civ. V, n° 540, p. 341 - Cass. soc. 19 mars 1996, CSBP 1996, n° 80, B. 104, p. 132. *Cf.* C. PUIGELIER, *La pratique de la cassation en matière sociale*, Litec 1995, n° 901, p. 261.

[1364] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 374, p. 420 - Y. CHAUVY, *Le refus d'une modification non substantielle du contrat de travail : licenciement par l'employeur et imputabilité de la rupture au salarié*, conclusions sous Cass. soc. 25 juin 1992, Dr. soc. 1992, p. 818, spéc. p. 821.

La preuve en est l'utilisation par la Cour de cassation de l'expression « *la Cour d'appel a pu en déduire* » : Cass. soc. 30 septembre 1992, RJS 12/92, n° 1356, p. 742 - Cass. soc. 25 mai 1993, Mme Digue/Sté Française de Brasserie, CERIT. V. P. WAQUET, *Les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dr. soc. 1998, p. 62, spéc. p. 71 - J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4° éd. 1994, n° 525, p. 488.

[1365] Cass. soc. 4 juin 1998, D. 1999, Somm. 35, comm. C. BOISSEL.

[1366] Cass. soc. 22 septembre 1993, Liais. soc., législ. soc., n° 6933, A. 1, 8 novembre 1993.

démissionner[1367], ni de manière plus abstraite, à partir de quelle durée une absence injustifiée pourrait constituer une manifestation claire et non équivoque de volonté de démissionner. De même, si les juges estiment que le salarié absent depuis deux mois de l'entreprise a manifesté de manière claire et non équivoque sa volonté de démissionner[1368], ceci n'indique pas pour autant si une absence d'un mois aurait eu les mêmes effets[1369]. Heureusement, dans quelques hypothèses, la Cour de cassation a rendu des décisions particulièrement nettes dont la portée apparemment normative peut être généralisée à toutes les espèces similaires, notamment en ce qui concerne précisément l'absence du salarié[1370]. Mais pour les autres cas, il est nécessaire d'étudier une multitude de décisions pour tenter de se rapprocher pas à pas de la frontière entre ce qui est clair et non équivoque et ce qui ne l'est pas[1371].

Les justiciables, employeur et salarié, se trouvent alors face à une source d'incertitude qui peut leur être extrêmement préjudiciable[1372] car ils ne sauront pas toujours quelle signification juridique attacher à tel ou tel comportement[1373].

407. - De manière un peu plus théorique, privilégier la vraisemblance dans l'interprétation d'une manifestation tacite conduirait à subdiviser la notion de manifestation tacite entre, en quelque sorte, une manifestation tacite incertaine et une manifestation tacite certaine, cette dernière se confondant alors avec la manifestation claire et non équivoque de volonté. Mais cette possibilité reste théorique puisqu'elle ne fait donc que repousser le vrai problème, celui de la délimitation entre la volonté claire et non

---

1367 Il a pu être jugé qu'une telle absence ne caractérisait pas une volonté non équivoque du salarié de mettre fin aux relations contractuelles : Cass. soc. 7 février 1990, Bull. civ. V, n° 48, p. 31.

1368 Cass. soc. 17 avril 1986, Cah. prud'h. 1987, p. 8 - CA Chambéry 18 mars 1997, Driss Aissa/SA Mello et a., CERIT.

1369 Un arrêt a pu conclure dans ce cas à la démission non équivoque du salarié : CA Chambéry 9 avril 1996, Gana Yazid/Soc. Arthur Bene, CERIT.

1370 Cass. soc. 24 janvier 1996, Bull. civ. V, n° 26, p. 17 ; JCP 1996, II, 22716, note C. PUIGELIER : « *l'absence prolongée d'un salarié ne peut constituer de sa part une volonté claire et non équivoque de démissionner* ». V. également Cass. soc. 10 juin 1997, RJS 8-9/97, n° 955, p. 601 - Cass. soc. 10 juin 1998, RJS 8-9/98, n° 963, p. 618 : « *la cessation du travail par le salarié ne caractérise pas une démission claire et non équivoque* ». V. enfin le cas particulier d'un salarié incarcéré : Cass. soc. 30 octobre 1996, Trav. prot. soc. 1997, p. 9, comm. 1, obs. P.-Y. VERKINDT ; Dr. soc. 1997, p. 97, obs. H. BLAISE.
Cf. C. PUIGELIER, *La rupture du contrat de travail d'un salarié disparu*, Trav. prot. soc. 1997, chron. 10.

1371 *Cf. infra* n° 412 s.

1372 Et ce d'autant plus qu'il s'agit d'une notion édifiée principalement par la jurisprudence, par nature plus instable, plus imprévisible qu'un texte (*cf.* B. TEYSSIE, *Remarques sur le droit du travail,* in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec 1993, p. 495, spéc. n° 9, p. 498).

1373 F. HENOT, *La renonciation du salarié*, th. Amiens 1996, n° 529, p. 318.

équivoque et la volonté équivoque, c'est-à-dire ici entre manifestation tacite certaine et incertaine. Cependant, une tentative de différenciation des manifestations tacites de volonté a déjà été élaborée en droit commun, et pourrait éventuellement aider à la compréhension de la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté.

Des auteurs ont en effet proposé de distinguer, parmi les manifestations tacites, les manifestations tacites directes et les manifestations tacites indirectes[1374]. Les premières, très proches de manifestations expresses, ont pour « *seul objet d'exprimer une volonté juridique* »[1375], alors que les secondes « *manifestent une volonté dont la relation avec l'action n'est qu'indirecte* », tendant « *à faire apparaître un lien moins évident entre l'action et la volonté de faire* autre chose »[1376]. Malheureusement, cette classification ne semble guère être utilisable pour mieux préciser la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté. En effet, les exemples les plus nets exploités par M. GODE pour illustrer sa théorie sont, pour les manifestations tacites directes, la manifestation d'une convention par son exécution, et l'acceptation d'une offre par son exécution. Dans ce dernier cas, pour appuyer son argumentation, l'auteur se fonde sur l'acceptation tacite par le salarié de la modification du contrat de travail par l'exécution du travail aux nouvelles conditions[1377], selon la jurisprudence antérieure au revirement de 1987[1378]. Ainsi, ce qui, pour l'auteur, ressort de la manifestation tacite directe, c'est-à-dire en réalité de la manifestation expresse, et donc en toute logique, ce que devrait recouvrir la manifestation claire et non équivoque de volonté, n'est pas aujourd'hui considéré comme une manifestation claire et non équivoque de volonté en droit du travail.

La référence à la classification de M. GODE n'est donc pas pertinente en ce qui concerne la manifestation claire et non équivoque de volonté, et ce sans doute parce que la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté est, en définitive, très étroitement dépendante de son contexte d'utilisation, à savoir le droit du travail. Elle marque ainsi son

---

1374 P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 15 s., p. 25 s. V. également A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 30, p. 40 - J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, n° 26, p. 32 - F. DREIFFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Préface de P. Tercier, LGDJ 1985, Bibl. de dr. privé, t. 185, n° 60, p. 68.

1375 P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 18, p. 29.

1376 P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 42, p. 51.

1377 P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 29 s., p. 39 s.

1378 Cass. soc. 8 octobre 1987, Raquin, Bull. civ. V, n° 541, p. 344 ; D. 1988, p. 57, note Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1988, p. 135, note J. SAVATIER. *Cf. infra* n° 418.

autonomie par rapport au droit commun, contribuant par là-même à l'autonomie plus générale du droit du travail quant au régime de la volonté.

408. - La détermination abstraite de la manifestation claire et non équivoque de volonté ne pourrait donc être recherchée qu'à partir de son utilisation en droit du travail, mais on se heurte alors à de nouveaux obstacles. Une autre source de difficultés réside en effet dans la grande diversité des cas dans lesquels se retrouve la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté. La démission, la modification du contrat de travail, ou plus généralement la renonciation sont des concepts très différents, dont les enjeux ne sont pas similaires et pour lesquels la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté est peut-être entendue de manière distincte, ce qui ne facilite bien évidemment pas l'élaboration d'une définition abstraite. Certes, les concepts de manifestation tacite ou expresse de volonté apparaissent également lors de situations juridiques très variées, mais sans que cette hétérogénéité des hypothèses ne conduise, semble-t-il, à des régimes différents applicables à chacune de ces notions.

Il est donc bien difficile de donner une définition abstraite et efficace de la manifestation claire et non équivoque de volonté, les références au droit commun se révélant en effet peu utiles et l'approfondissement des solutions appliquées en droit du travail rendant la démarche encore plus complexe. Néanmoins, ces difficultés à bien cerner le concept de manifestation claire et non équivoque de volonté ne doivent pas être rédhibitoires pour le commentateur, car il faut impérativement rappeler que l'accent doit être mis sur une idée qui sous-tend ce concept de manifestation claire et non équivoque de volonté en droit du travail : son caractère fonctionnel qui, s'il ne permet guère d'en donner une définition abstraite et générale, justifie en définitive son utilisation.

2 - L'utilité du recours à la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté

409. - Voici donc une notion qu'il est apparemment extrêmement difficile de définir avec précision et qui, pourtant, connaît un accueil très positif en droit du travail puisqu'elle se substitue progressivement à la distinction classique entre manifestation tacite et manifestation expresse de volonté. N'en faut-il pas conclure que l'utilité du recours à cette notion réside précisément dans cette imprécision, gage d'adaptabilité à de

nombreuses hypothèses ? Cette imprécision permet en effet aux magistrats de ne pas être enfermé dans un carcan rigide, et cette souplesse les autorise à adopter une vision pragmatique d'un droit du travail capable de s'adapter aux circonstances variées des différentes espèces, à la fois d'encadrer le pouvoir de l'employeur et de s'assurer de la réalité de la volonté du salarié subordonné. S'il est possible de déterminer que certaines situations sont, de manière relativement certaine, soit claires et non équivoques[1379], soit obscures et équivoques[1380], la frontière entre les deux reste indéfinie, ce qui permettra aux juges de trancher le litige avec un certain degré de liberté, d'opportunité en fonction des circonstances d'espèces et de l'objectif poursuivi. C'est ainsi qu'un même comportement, l'exécution d'une convention, pourra selon les cas manifester ou non la volonté claire et non équivoque du salarié[1381]. La notion de manifestation claire et non équivoque de volonté se définira alors moins par sa définition même que par son utilisation par les juges[1382]. C'est là le grand apport de cette notion souple, fonctionnelle, à contenu variable[1383], apport que les notions de

---

[1379] Par exemple, en matière de démission, rédiger une lettre, cesser le travail et se faire embaucher chez un autre employeur, en matière de modification du contrat, renvoyer l'avenant signé.

[1380] Par ex. en matière de démission, le non retour après des congés (Cass. soc. 20 octobre 1993, RJS 12/93, n° 1214, p. 718), en matière de modification, la simple poursuite du travail aux nouvelles conditions (Cass. soc. 9 juin 1988, Bull. civ. V, n° 351, p. 228).

[1381] *Cf. infra* n° 420. Il s'agira alors d'une véritable appréciation *in concreto* de l'attitude de l'auteur d'une manifestation de volonté. Cette démarche n'est pas inconnue en droit du travail : voir par exemple la qualification de faute grave (J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 468, p. 521 - F. FAVENNEC-HERY, *Vers la relativité de la notion de faute grave ?*, RJS 9-10/00, p. 603). Il n'existe pas un catalogue de fautes qui seraient par nature des fautes graves. Il appartient au juge d'apprécier dans chaque litige si la faute invoquée par l'employeur comme cause du licenciement est ou n'est pas une faute grave.

On retrouve aussi le raisonnement opposé, à savoir l'approche *in abstracto*. Ainsi en va-t-il en ce qui concerne le formalisme de la lettre de licenciement : à défaut d'énonciation des motifs, il sera réputé sans cause réelle et sérieuse, peu important le fait que le salarié en ait connaissance par d'autres moyens (Cass. soc. 12 janvier 1994, Bull. civ. V, n° 2, p. 2 - Cass. ass. plén. 27 novembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 19, concl. L. JOINET).

Sur ces différents modes d'appréciation, voir N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ 1965, Bibl. dr. priv. t. 57.

[1382] *Cf. infra* n° 412 s.

[1383] V. F. HENOT, *La renonciation du salarié*, th. Amiens 1996, n° 529, p. 319, note 175, qui voit dans la manifestation claire et non équivoque de volonté plus un standard qu'une notion. Or, selon J. BEGUIN, *Peut-on remédier à la complexité croissante du droit ?*, in *Mélanges en l'honneur de H. Blaise*, Travaux et Recherches de l'Université de Rennes I, Economica 1995, p. 1, spéc. p. 17, « *chaque fois que le législateur a recours à des « standards » généraux (intérêt de l'enfant (...)), il faut pour l'appliquer, décrypter des jurisprudences touffues et la prévisibilité des solutions n'y gagne pas* ».

Il est particulier qu'ici le standard utilisé le soit bien plus à l'initiative de la jurisprudence qu'à celle du législateur.

Sur les notions à contenu variable, voir C. PERELMAN, R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, *Travaux du centre national de recherches de logique*, édition Bruylant Bruxelles 1984 – P. ORIANNE, *Les standards et les pouvoirs du juge*, Rev. Rech. Jur. 1988-4, p. 1037 – V. FORTIER, *La fonction normative des notions floues*, Rev. Rech. Jur. 1991-3, p. 755 –

manifestations tacites ou expresses de volonté n'auraient sans doute pas autorisé.

410. - En effet, les caractères tacites et exprès de la volonté sont deux concepts aux contours relativement bien définis, sinon abstraitement[1384], du moins par la variété de la jurisprudence qui, dans les domaines les plus vastes, a eu à les appliquer[1385]. Ils apparaissent donc assez peu malléables et par conséquent, sans doute assez mal adaptés au droit du travail. Tout en évitant de déformer des notions dont la signification est aujourd'hui acquise avec une relative certitude, la jurisprudence travailliste s'est référée à une autre notion, aux contours moins nettement tracés, et en se gardant bien de les préciser, ce qui lui a permis de disposer d'une plus grande liberté d'appréciation.

411. - Il est ainsi extrêmement difficile de définir abstraitement la manifestation claire et non équivoque de volonté. Aussi ne reste-t-il, pour tenter de cerner au mieux cette notion, que l'étude approfondie de la jurisprudence afin d'essayer de dresser une typologie des cas constituant ou non une manifestation claire et non équivoque de volonté. Une telle étude est forcément imparfaite et incomplète mais, au vu des développements précédents, elle reste la seule possibilité d'approcher quelque peu la signification réelle de la manifestation claire et non équivoque de volonté en droit du travail.

B - Essai de typologie de la manifestation claire et non équivoque de volonté

412. - Etablir une telle typologie n'est pas une tâche aisée en raison de la multitude de situations dans lesquelles apparaîtra la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté. En outre, comme il a déjà été précisé, il s'agira souvent de compiler des solutions apparemment voisines, mais dont l'apparition à l'occasion de la formation d'actes juridiques fort différents (modification du contrat, démission par exemple) peut rendre artificielle cette homogénéité apparente. Par ailleurs, les litiges

---

S. FROSSARD, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, LGDJ 2000, Bibl. dr. soc., t. 33, p. 30 s., n° 30 s.

1384 Quoique, tout de même, de manière plus précise que le caractère clair et non équivoque, grâce notamment à un important travail doctrinal.

1385 V. P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, Travaux et Recherches de l'Université du droit et de la santé de Lille, PUF 1977.

concernent bien plus souvent le mode d'extériorisation de la volonté du salarié que celui de la volonté de l'employeur. C'est effectivement le salarié qui aura tendance à remettre en cause sa volonté subordonnée. Il en résulte que l'impression d'ensemble peut être ainsi biaisée. Enfin, l'utilisation de la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté n'est pas généralisée puisque certaines décisions se réfèrent encore à la distinction entre manifestation tacite ou expresse de volonté, ou déduisent directement d'un comportement la volonté de son auteur sans qualifier cette manifestation de volonté.

C'est pourquoi il n'est pas utile de tenter d'établir une typologie extrêmement précise, tâche qui serait très compliquée et à la pertinence douteuse. Nous essaierons simplement de tracer les grandes lignes permettant de qualifier une manifestation de volonté comme étant claire et non équivoque ou non.

Au vu de la jurisprudence, il semble plus pertinent de circonscrire ce qui n'est pas une manifestation claire et non équivoque de volonté pour en déduire ce qui est une manifestation claire et non équivoque de volonté que de procéder à la démarche contraire. Les décisions sont en effet plus nombreuses dans le premier cas et il est plus facile de les classer[1386].

En premier lieu, est clairement équivoque toute attitude totalement passive (1). De même, l'adoption d'une attitude pouvant exprimer telle ou telle volonté ne constituera pas forcément une manifestation claire et non équivoque de volonté dès lors que subsiste une certaine ambiguïté (2). La manifestation claire et non équivoque de volonté ne sera en réalité retenue que lorsque toute ambiguïté sera levée (3).

1 - Le rejet des attitudes passives

413. - Il s'agit ici essentiellement du silence, constitué lorsqu'aucune attitude ou activité d'une personne n'est constatée qui permettrait de révéler une quelconque volonté[1387]. En principe, il ne signifie rien juridiquement[1388]

[1386] C'est également la démarche adoptée par F. HENOT, *La renonciation du salarié*, th. Amiens 1996, lorsqu'il rédige son « *essai de typologie de l'équivoque* », n° 494 s., p. 295 s. Cependant, toutes les décisions alors citées n'utilisent pas la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté, ce qui relativise la portée de son travail.

[1387] Par exemple, si le responsable du service facturation d'une entreprise, qui se voit demander de prendre en charge les déclarations et contributions sociales, ne se prononce pas sur cette nouvelle affectation et continue de remplir uniquement ses anciennes fonctions.
Plus significatif encore est l'exemple de la modification du salaire, le salarié n'émettant aucune réaction à la réception de son bulletin de paie. Il est alors impossible de dire que le salarié adopte une attitude spécifique susceptible de signifier une prise de position vis-à-vis de la modification.

[1388] *Cf. supra* n° 380 et *infra* n° 502 s.

et en l'absence de toute autre circonstance, personne ne sera obligé par son seul silence[1389]. La très forte ambiguïté qu'il engendre conduit systématiquement les juges à décider qu'il n'y a alors pas manifestation claire et non équivoque de volonté, que le silence émane du salarié[1390] ou de l'employeur[1391].

Mais la constatation d'un silence réel, distinct de la manifestation tacite de volonté, reste relativement rare en jurisprudence.

2 - Le rejet de certaines attitudes non dénuées d'ambiguïté

414. - Il peut arriver qu'une partie adopte un comportement dont il est raisonnable d'estimer qu'il transcrit telle ou telle volonté. La manifestation claire et non équivoque de volonté ne sera cependant pas toujours retenue, notamment lorsque cette volonté apparente est contredite par d'autres éléments (a). Par ailleurs, et c'est alors l'expression la plus forte du souci de la jurisprudence de protéger la volonté réelle de la personne, et surtout du salarié[1392], il est des cas dans lesquels l'adoption d'une telle attitude même en dehors de toute contradiction ne pourra être qualifiée de manifestation claire et non équivoque de volonté (b).

a - Le rejet d'une attitude contradictoire

415. - Dans le cas où le sens donné à cette attitude est contredit par d'autres actions de son auteur, la situation devient alors équivoque puisqu'il apparaît difficile de déterminer le sens prédominant. Dans de telles hypothèses, la manifestation de volonté ne sera pas claire et non équivoque. Les exemples les plus illustratifs sont issus du contentieux relatif à la modification du contrat de travail. Ainsi, le salarié qui exerce son travail selon les nouvelles conditions, et qui semble alors accepter tacitement cette modification, ne sera pas réputé avoir manifesté une volonté claire et non équivoque s'il a dans le même temps protesté[1393], saisi le conseil de prud'hommes[1394] ou, logiquement, s'il a refusé cette modification[1395].

1389 Cass. civ. 25 mai 1870, D.P. 1870, I, 257.
1390 V. par ex. Cass. soc. 1° décembre 1971, Bull. civ. IV, n° 702, p. 603.
1391 Par ex. : renonciation au préavis dû par le salarié : Cass. soc. 17 janvier 1979, Bull. civ. V, n° 45, p. 34.
1392 *Cf. infra* n° 481 s.
1393 Cass. soc. 17 février 1993, Gaz. Pal. 1993, 1, pan. jur., p. 90.
1394 Cass. soc. 12 juillet 1989, Bull. civ. V, n° 518, p. 314
1395 Cass. soc. 14 mai 1998, Luciot/CADAC 52, CERIT.

D'autres facteurs plus ponctuels peuvent également avoir une certaine influence, notamment, en matière de démission, la rétractation du salarié[1396], ou, en matière de modification du contrat de travail, l'attitude de l'employeur qui méconnaîtrait par exemple son obligation d'information[1397].

Mais le degré d'exigence de la jurisprudence pour caractériser le caractère clair et non équivoque de la manifestation de volonté se reflète surtout dans le rejet de certaines attitudes alors même qu'aucun élément ne semble contredire leur sens apparent.

b - Le rejet d'une attitude non contradictoire mais insuffisamment significative

416. - C'est ici le cas typique où le droit commun retiendrait sans aucun doute une manifestation tacite de volonté tirée d'un comportement qui n'est apparemment pas ambigu puisqu'il n'est pas contredit par d'autres éléments dans l'attitude de son auteur. Ce n'est pourtant pas la solution adoptée en droit du travail lorsqu'il faut qualifier la situation de manifestation claire et non équivoque de volonté. L'exigence est telle qu'il est alors nécessaire de constater une extériorisation de la volonté très proche de la manifestation expresse. Ces situations se retrouvent essentiellement en matière de démission (I) et de modification du contrat de travail (II).

I - La démission

417. - Les cas sont en effet très nombreux dans lesquels les juges ne vont pas retenir la manifestation claire et non équivoque de volonté du salarié de démissionner, alors que son comportement aurait pu les inciter à décider le contraire. Ainsi, le salarié n'est pas censé avoir donné sa démission lorsqu'il ne reprend pas le travail après une période de suspension du contrat de travail, par exemple après un congé maladie[1398], un congé

[1396] Cass. soc. 6 novembre 1996, RJS 12/96, n° 1243, p. 806 – Cass. soc. 5 octobre 1999, Chevalier/SA Picardie Carrelages, CERIT - CA Grenoble 4 mai 1992, Charras/SA Ets Barnasson Brioche Pasquier, CERIT. Mais la rétractation seule ne suffit pas à rendre équivoque une démission : Cass. soc. 25 octobre 1994, RJS 12/94, n° 1358, p. 826.

[1397] Cass. soc. 4 juin 1998, JCP 1999, éd. E, p. 37, note C. PUIGELIER - CA Paris 22° ch. B, 14 mars 1985, SA Barbier/Mme Cottard Triau H., CERIT.

[1398] Cass. soc. 3 mai 1995, CSBP 1995, n° 71, p. 208, S. 105 - Cass. soc. 22 février 2000, Dr. soc. 2000, p. 441, obs. J. MOULY. Une clause contraire serait nulle : Cass. soc. 27 avril 1989, Bull. civ. V, n° 310, p. 185.

sabbatique[1399] ou ses congés payés[1400], même si certaines décisions anciennes ont imputé la rupture au salarié[1401]. La solution est en principe identique s'il ne répond pas à des mises en demeure de l'employeur[1402]. Il en va de même lorsque le salarié cesse brusquement le travail et ne réapparaît pas dans l'entreprise[1403]. En outre, le refus par le salarié de la modification de son contrat ne vaut pas à lui seul démission claire et non équivoque[1404]. Enfin, le simple refus de poursuivre le contrat n'ayant fait l'objet d'aucune modification n'entraîne pas à lui seul la rupture du contrat de travail, à défaut de démission claire et non équivoque[1405].

A ces grandes lignes posées par la Cour de cassation, il faut ajouter une multitude de décisions d'espèces, dont une grande partie émane des juges du fond, dans lesquelles un comportement particulier, non contradictoire, n'exprimera pas de manière claire et non équivoque une volonté de démissionner[1406].

Ce rejet d'une attitude insuffisamment significative en l'absence de toute contradiction peut également se transcrire dans la position de la Cour de cassation, selon laquelle les juges du fond ne peuvent déduire de la seule absence de protestations du salarié sa volonté non équivoque de démissionner[1407].

1399 Cass. soc. 20 octobre 1993, RJS 12/93, n° 1214, p. 718 – Cass. soc. 4 octobre 2000, RJS 12/00, n° 1234, p. 802.

1400 Cass. soc. 24 janvier 1996, Bull. civ. V, n° 26, p. 17 ; JCP 1996, II, 22716, note C. PUIGELIER.

1401 Cass. soc. 17 avril 1985, Bull. civ. V, n° 467, p. 338 - Cass. soc. 30 avril 1987, Bull. civ. V, n° 243, p. 155 - Cass. soc. 18 novembre 1992, Bull. civ. V, n° 553, p. 350.

1402 Cass. soc. 9 février 1989, Bull. civ. V, n° 113, p. 69 - Cass. soc. 17 avril 1994, Hag/Sultan, CERIT - Cass. soc. 30 octobre 1996, Trav. prot. soc. 1997, p. 9, comm. 1, obs. P.-Y. VERKINDT. V. cependant Cass. soc. 10 mai 1995, CSBP 1995, n° 71, B. 110, p. 179 (sommation par huissier) - Cass. soc. 23 mai 1995, Jurisp. soc. UIMM 1995, p. 330.

1403 Cass. soc. 10 juin 1998, RJS 8-9/98, n° 963, p. 618 - Cass. soc. 10 juin 1997, RJS 8-9/97, n° 955, p. 601.

1404 Cass. soc. 22 juin 1993, Bull. civ. V, n° 176, p. 119 - Cass. soc. 25 octobre 1995, Dr. soc. 1996, p. 99.

1405 Cass. soc. 25 juin 1992, Dr. soc. 1992, p. 825, conclusions Y. CHAUVY, *Le refus d'une modification non substantielle du contrat de travail : licenciement par l'employeur et imputabilité de la rupture au salarié* (p. 818).

1406 V. par ex. CA Reims 13 novembre 1996, Mme Petitot/Cucuphat, CERIT : « *le fait pour le salarié de rapporter sa tenue de travail ne manifeste pas une volonté non équivoque de démissionner* ».

1407 Cass. soc. 3 avril 1990, RJS 5/90, n° 375, p. 279 : « *les juges du fond ne pouvaient déduire du seul fait que la salariée n'avait pas protesté à la réception du certificat de travail une volonté non équivoque de démissionner* ».

II - La modification du contrat de travail

418. - Il a été précisé que le simple fait de poursuivre l'exécution du travail selon les nouvelles conditions ne vaut pas manifestation claire et non équivoque de volonté d'accepter la modification proposée par l'employeur lorsque le salarié a par ailleurs émis des protestations ou des réclamations. La jurisprudence est allée plus loin encore puisque la solution fut identique dans le cas où le salarié avait continué à travailler sans émettre la moindre protestation et donc sans contredire le sens apparent de son comportement[1408]. Il s'agissait de la modification du mode de calcul de la rémunération du salarié. D'ailleurs, le Code du travail pose lui-même la règle selon laquelle l'acceptation sans protestation ni réserve d'un bulletin de paie ne vaut pas renonciation au paiement de tout ou partie du salaire et des indemnités ou accessoires de salaire qui lui sont dus[1409].

Dans le même ordre d'idée, la simple signature par le salarié d'un relevé d'horaires établi par ce salarié ne suffit pas à caractériser une volonté claire et non équivoque d'accepter la modification du contrat concernant la durée du travail[1410].

C'est en réalité la situation d'infériorité du salarié qui, dans ces hypothèses, entraîne le rejet de la qualification de manifestation claire et non équivoque. Le lien de subordination à lui seul fait peser un doute sur la signification réelle de la volonté du salarié, nécessitant par conséquent la constatation d'une attitude réellement significative.

Il est alors nécessaire qu'aucun doute n'affecte plus le sens à donner à un comportement, à une attitude de l'auteur de l'acte juridique pour que sa volonté soit considérée comme claire et non équivoque.

3 - La nécessité de lever toute ambiguïté

419. - Comme il a déjà été précisé, il est fort probable qu'une manifestation expresse de volonté soit également claire et non équivoque. Dans le cas où des comportements moins évidents sont à interpréter, les juges vont en réalité examiner au cas par cas les différentes situations, et, dans le cas où un comportement unique n'est pas suffisamment clair par lui-

---

1408 Cass. soc. 9 juin 1988, Bull. civ. V, n° 351, p. 228.
1409 Art. L. 143-4 C. trav. *Cf. infra* n° 494.
1410 Cass. soc. 16 février 1999, Dr. soc. 1999, p. 411, obs. C. RADE.

même, ils vont notamment rechercher si la situation apparente n'est pas corroborée par d'autres circonstances qui donneront le même sens à la volonté exprimée. Ainsi est-il fait souvent mention de la nécessité de constater, en matière de modification du contrat de travail, la présence d'autres éléments qui rendraient claire et non équivoque la volonté du salarié[1411].

Le raisonnement est identique en matière de démission. Par exemple, il a pu être jugé que le salarié qui avait refusé un reclassement compatible avec son état de santé et qui s'était engagé à l'insu de son employeur auprès d'un autre employeur avait manifesté une volonté claire et non équivoque de démissionner[1412]. Il en a été de même lorsque le salarié a rédigé une lettre de démission corroborée par son attitude[1413].

Les décisions des juges du fond sont nombreuses à relever ces faisceaux d'indices, avec parfois une argumentation très précise, telle que celle développée par exemple par la Cour d'appel de Metz et selon laquelle « *un salarié a donné valablement sa démission dès lors qu'il résulte de la combinaison de plusieurs éléments qu'elle a manifesté une volonté libre, sérieuse et non équivoque de quitter son emploi* »[1414].

Il est bien entendu toujours possible que la volonté exprimée soit suffisamment claire pour que la constatation d'un tel contexte ne soit pas

---

1411 Cass. soc. 25 mai 1989, Bull. civ. V, n° 398, p. 239 : la **seule** poursuite du travail ne vaut pas acceptation de la modification dès lors qu'il ne peut être relevé **d'autres éléments** dont peut être déduite la volonté claire et non équivoque du salarié d'accepter la modification. V. également Cass. soc. 9 juin 1988, Bull. civ. V, n° 351, p. 228 - Cass. soc. 17 novembre 1988, Bull. civ. V, n° 609, p. 391 - Cass. soc. 3 mai 1989, RJS 6/89, n° 472, p. 271 - Cass. soc. 7 février 1990, Bull. civ. V, n° 45, p. 29 - Cass. soc. 3 mars 1993, Auberger et a./ Renaud ; Codice, CERIT - CA Montpellier 16 juin 1994, Mme Belzunces/SARL Mercier, CERIT.
Voir exigeant expressément un faisceau d'indices, CA Montpellier 25 novembre 1998, SA Diffusion Automobile Clermontaise/M. Miedziak, CERIT.

1412 Cass. soc. 31 janvier 1995, CSBP 1995, n° 69, p. 121, A. 21 - Cass. soc. 5 décembre 1995, CSBP 1996, n° 78, p. 67, B. 60. Voir également Cass. soc. 20 octobre 1998, RJS 2/99, n° 307, p. 180.

1413 Cass. soc. 24 octobre 1989, Juris-Data n° 003636 : le salarié avait remis les clés de son bureau à son employeur.

1414 CA Metz 23 mai 1989, Mme Weber/Doretto, CERIT. V. également CA Metz 29 juillet 1991, SARL Onet/Kabli, CERIT (la déclaration claire et non équivoque du salarié (« *j'en ai marre* ») s'est concrétisée par la remise des clés du véhicule et des bons de travail) - CA Metz 18 décembre 1996, Brice/SA Tercuit, CERIT (le salarié a quitté simultanément son travail sans avertir qui que ce soit, et son logement sans régler les dettes y afférentes) - CA Toulouse 31 janvier 1997, Njah/Sté Tarn Bureautique, CERIT (constitue la manifestation d'une volonté claire et non équivoque de démissionner, le comportement du salarié qui après un entretien avec l'employeur concernant ses absences injustifiées avait confirmé qu'il reprendrait son travail le lendemain mais ne s'est « *présenté que deux jours plus tard pour rapporter le matériel et la documentation en sa possession, et n'a plus reparu sur le lieu de son travail* »).

nécessaire à la qualification de manifestation claire et non équivoque de volonté[1415].

420. - Le défaut d'ambiguïté peut tout simplement résulter de l'acte juridique lui-même, et plus précisément de l'intérêt qu'il présente pour l'auteur de la volonté. Il faut en effet noter que le fait pour le salarié de commencer l'exécution du contrat de travail, sans qu'il ne soit possible d'apporter la preuve d'un accord exprès[1416], même verbal, constitue un exemple typique de manifestation tacite de volonté[1417]. Cette situation révélerait néanmoins, selon nous, une volonté claire et non équivoque car il n'existerait aucune ambiguïté sur sa signification, puisque jusqu'à présent les deux parties n'étaient pas en relation. La situation est différente de celle en vigueur pour la modification du contrat, où le salarié est sous la subordination de son employeur, ce qui fait naître des doutes sur la réalité de sa volonté d'accepter cette modification. Une telle subordination n'existe pas encore lors de la conclusion du contrat, même si le candidat-salarié peut être en état de dépendance économique. Par conséquent, son exécution volontaire du travail manifeste sans ambiguïté sa volonté de le conclure (c'est d'ailleurs son but premier s'il recherche un emploi). Cette dichotomie, alors que les deux comportements sont semblables, est permise par la plus grande souplesse de la notion de manifestation claire et non équivoque, par rapport à la distinction classique[1418].

La même solution devrait être adoptée en cas d'offre de promotion. La modification ainsi proposée est *a priori* favorable au salarié[1419] et le fait pour lui de l'exécuter devrait manifester avec suffisamment de clarté sa volonté de l'accepter. Les conséquences positives de cette modification, sauf

---

1415 V. par ex. une démission suite à une modification non substantielle du contrat de travail (Cass. soc. 31 mars 1993, Bull. civ. V, n° 105, p. 70 ; JCP 1993, éd. E, II, 501, note H. BLAISE - Cass. soc. 19 mars 1996, CSBP 1996, n° 80, p. 132, B. 104) ou une démission caractérisée par le refus de reprendre le travail après une mise en demeure de l'employeur (Cass. soc. 19 mars 1996, CSBP 1996, n° 80, p. 131, B. 102). V. également les exemples de démission suite à un simple projet de modification présenté par l'employeur : Cass. soc. 10 novembre 1992, RJS 12/92, n° 1354, p. 741 - Cass. soc. 5 mars 1997, Ammann et autres/SA Fisons Laboratoires, Bull. civ. V, n° 96, p. 69 ; RJS 4/97, n° 376, p. 252 ; Dr. soc. 1997, p. 531, obs. G. COUTURIER.

1416 Seule sa preuve poserait problème car en pratique, il paraît improbable que l'employeur n'y ait pas consenti.

1417 P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 15 s., p. 25 s.

1418 *Cf. supra* n° 409.

1419 Il faut rappeler que cette possibilité pour le salarié de refuser la modification de son contrat lui est reconnue même si cette modification lui est favorable (promotion) : Cass. soc. 28 janvier 1998, Bull. civ. V, n° 40, p. 30 ; RJS 3/98, n° 274, p. 172 ; CSBP 1998, n° 99, A. 27, p. 111 - Cass. soc. 30 mai 2000, RJS 7-8/00, n° 772, p. 540.

exception, ne font pas naître de doutes particuliers sur la volonté réelle du salarié[1420], malgré le lien de subordination.

* * *

421. - Ainsi, s'affranchissant en cela du droit commun, l'extériorisation de la volonté en droit du travail est régie en grande partie par la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté. Celle-ci voit son champ d'application considérablement modifié par rapport au droit commun, au détriment de la distinction classique entre manifestation tacite et manifestation expresse. Ce concept de manifestation claire et non équivoque s'applique tant au salarié qu'à l'employeur, même si les litiges concernant ce dernier sont plutôt rares. S'il est difficile à cerner avec précision, il exprime néanmoins un degré d'exigence relativement élevé en ce qui concerne la signification, vis-à-vis des tiers, d'un comportement. En tout état de cause, cette notion subit la logique propre du droit du travail, et répond à son besoin de disposer d'une notion souple à substituer à la distinction habituellement en vigueur en droit commun, pour mieux contrebalancer la subordination du salarié - et donc de sa volonté - au pouvoir de l'employeur.

Dans d'autres hypothèses, le droit du travail ne substitue pas une notion à une autre. Il utilise le concept de référence issu du droit commun, mais il en élargit très nettement le champ d'application.

1420 *Cf. infra* n° 502 s. pour la notion d'offre dans l'intérêt exclusif.

Section II - L'élargissement du champ d'application matériel de notions régissant la volonté

422. - Le droit commun et le droit du travail font appel dans ces hypothèses à des notions similaires, mais dont le champ d'application concret est en réalité fort différent. Les concepts issus du droit commun restent utilisés en droit du travail, ils ne sont pas rejetés au profit d'autres concepts, comme dans le cas des manifestations tacite ou expresse de volonté. Mais leur matérialisation s'élargit à des hypothèses spécifiques au droit du travail. Grâce à cette application extensive, le droit du travail pourra appréhender des circonstances qui, en droit commun, n'auraient pas entraîné la mise en oeuvre de ces notions.

Plusieurs notions révèlent ainsi un champ d'application nouveau dans le cadre du régime de la volonté dans la formation de l'acte juridique en droit du travail. Elles recouvrent d'ailleurs la plupart des éléments clés de l'étude du régime de la volonté, puisqu'elles concernent tant l'existence de la volonté, à travers l'inaptitude à vouloir (Sous-Section I), que son intégrité et plus particulièrement ses caractères éclairé (Sous-Section II) et libre (Sous-Section III). C'est d'ailleurs à propos de ce dernier domaine que la modification du champ d'application est la plus significative.

Sous-Section I - L'inaptitude à vouloir, caractéristique de l'absence de volonté

423. - Un acte juridique ne sera pas valable si son auteur n'est pas en mesure d'exprimer une volonté réelle. Or dans certains cas, cette personne est dans une situation telle qu'elle ne peut comprendre la portée de ses actes. Le plus souvent, interviendra alors le mécanisme des incapacités et le régime protecteur des incapables. Il arrive néanmoins qu'une personne ne puisse émettre une volonté véritable alors qu'elle est juridiquement capable. Sa volonté fait défaut parce qu'elle souffre d'une altération de ses facultés mentales, soit permanente ou sur une assez longue durée, soit passagère, due à un événement précis.

Selon l'article 489 du Code civil, « *pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit* ». L'insanité d'esprit va alors empêcher la formation de

l'acte, « *aucune volonté réelle n'habitant* [la] *déclaration de volonté* »[1421]. L'acte juridique sera nul en raison de l'existence d'un trouble mental au moment de formation de l'acte. Une discussion a été menée en droit commun sur le problème de savoir si l'altération des facultés mentales pouvait être analysée comme une absence de volonté, ou plutôt comme une incapacité ou un simple vice de la volonté. Les auteurs sont partagés sur le fondement de l'insanité d'esprit[1422], mais cette question a perdu beaucoup de son importance depuis la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968. En effet, l'enjeu principal de la détermination de ce fondement était la sanction de l'insanité d'esprit. Si elle était rapprochée d'une absence de volonté, la sanction encourue était la nullité absolue, voire l'inexistence. Si elle était rattachée à un vice de la volonté ou à une incapacité, elle était sanctionnée par une nullité relative[1423]. Or, depuis 1968, l'article 489 du Code civil renvoie pour l'action en nullité à l'article 1304, ce qui est caractéristique d'une nullité relative.

Si le droit du travail n'est pas entré dans ces différentes considérations, il vérifie néanmoins que l'auteur d'un acte juridique était apte à exprimer sa volonté, et donc en particulier, s'il n'était pas atteint d'un trouble mental. A notre connaissance, aucun contentieux n'a concerné une éventuelle inaptitude à vouloir de l'employeur[1424], aussi ne sera-t-il envisagé ici que le cas du salarié.

1421 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 93, p. 102.

1422 - Analysant l'altération des facultés mentales comme une absence de consentement : F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 93, p. 102 - A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 4, p. 16 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 336, p. 238. V. déjà G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Paris 1957, LGDJ, t. II, n°132, p. 57 : « *Si l'intelligence fait défaut, si une personne n'a pas conscience de ce qu'elle va décider, il est clair qu'il ne peut y avoir de consentement* ».

- Rapprochant l'altération des facultés mentales des vices du consentement : G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ 1989, n° 525, p. 442.

- Présentant la santé d'esprit comme un aspect de la capacité : R. SAVATIER, *Le risque, pour l'homme, de perdre l'esprit, et ses conséquences en droit civil*, D. 1968, chron. XIX, p. 109.

V. pour une analyse plus générale : O. SIMON, *La nullité des actes juridiques pour trouble mental*, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 707 et également P. COURBE, note sous TGI Rouen, Réf., 16 avril 1987, JCP 88, II, 20970.

1423 O. SIMON, *La nullité des actes juridiques pour trouble mental*, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 707.

1424 Il n'est pas impossible que l'employeur forme un acte juridique sous le coup d'une très forte émotion ou d'un état dépressif, mais lorsque le litige vient devant les juridictions, il ne semble pas que l'insanité d'esprit soit invoquée par l'employeur. A juste titre d'ailleurs, car on ne voit pas comment cet élément viendrait atténuer sa responsabilité vis-à-vis du salarié, par exemple en cas d'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement.

Une première difficulté à résoudre réside dans l'identification de l'inaptitude à vouloir (§1). En effet, le droit du travail ne se réfère pas toujours aux textes et aux termes en vigueur en droit commun.

Ensuite, il faudra démontrer l'originalité du droit du travail qui donne une signification nouvelle à l'inaptitude à vouloir en élargissant son champ d'application (§2).

§1 - L'identification de l'inaptitude à vouloir

424. - La terminologie issue du droit commun est elle-même variée : si les articles 489 et 901 du Code civil évoquent la nécessité d'être « *sain d'esprit* », l'article 489-2 pose le principe de la responsabilité de celui qui a causé un dommage sous l'empire d'un « *trouble mental* ». Il n'est alors guère étonnant que les expressions « *insanité d'esprit* » et « *trouble mental* » soient indifféremment utilisées tant par la jurisprudence[1425] que par la doctrine[1426]. Est également parfois employée l'expression « *altération des facultés mentales ou intellectuelles* »[1427]. Mais il ne semble pas que la distinction entre ces différents termes présente un quelconque enjeu.

425. - La situation en droit du travail est encore plus complexe pour principalement deux raisons.

D'une part, les références aux textes du Code civil sont extrêmement rares, notamment de la part des juges du fond. Heureusement, certaines décisions sont parfois plus explicites. Ainsi peut-on citer l'exemple donné par un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 8 juillet 1980[1428] selon lequel « *il résulte* [...] *de l'article 489 du Code civil que ceux qui agissent en nullité d'un acte pour insanité d'esprit doivent prouver l'existence d'un trouble mental au moment précis où l'acte a été fait* ».

[1425] Trouble mental : Cass. civ. 1° 2 décembre 1992, Bull. civ. I, n° 299, p. 195.
Insanité d'esprit : Cass. civ. 1° 11 juin 1980, Bull. civ. I, n° 184, p. 149.

[1426] *Cf.* O. SIMON, *La nullité des actes juridiques pour trouble mental*, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 707 - F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 93, p. 102.
V. cependant G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6° éd. 1996, v° *trouble mental* : « *La notion de trouble mental est plus large que celle d'altération des facultés mentales justifiant l'application d'un régime de protection* ».

[1427] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, *Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 93, p. 102.

[1428] Cass. soc. 8 juillet 1980, Bull. civ. V, n° 618, p. 462.

D'autre part, les références aux termes mêmes d'*insanité d'esprit* ou de *trouble mental* sont relativement rares[1429] et ce, surtout en matière de démission, à l'occasion de laquelle se retrouvent en droit du travail les plus nombreux cas d'absence de volonté. La difficulté d'analyse provient du fait que les magistrats ne reprennent pas toujours les notions de trouble mental ou d'altération des facultés mentales, mais qualifient directement la volonté, ce qui sert à déterminer s'il y a ou non démission.

Il résulte de cette imprécision générale que seul un examen précis des circonstances de fait permet, *in fine*, de déterminer si la situation se rattache ou non à un cas d'inaptitude à vouloir. Or, d'une telle étude il apparaît que le droit du travail inclut beaucoup d'hypothèses dans cette notion.

§2 - La matérialisation extensive de l'inaptitude à vouloir en droit du travail

426. - L'inaptitude à vouloir peut avoir en droit commun des causes diverses telles que par exemple des troubles psychiques, psychologiques, un état alcoolique[1430]. Le droit du travail s'approprie cette définition (A) mais n'hésite pas à en élargir le champ d'application (B).

A - Une définition de base commune avec le droit commun

427. - Deux points particuliers sont à noter à propos de la transposition de l'inaptitude à vouloir en droit du travail.

D'une part, les juges vont vérifier que le salarié subit bien une altération de ses facultés intellectuelles. Ainsi la Chambre sociale de la Cour de cassation a-t-elle pu approuver une Cour d'appel d'avoir décidé que la transaction signée par une salariée à l'hôpital, le surlendemain d'une intervention chirurgicale, n'était pas valable car la salariée n'était pas apte à prendre une décision[1431]. A notre connaissance, aucune décision répertoriée ne concerne la conclusion du contrat de travail mais de nombreux exemples sont fournis par la jurisprudence en matière de démission : ont été requalifiées en licenciement les démissions données sous l'empire d'une

---

[1429] A titre d'exception notable, *cf.* Cass. soc. 8 juillet 1980, Bull. civ. V, n° 618, p. 462, précité.

[1430] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, *Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 94, p. 103 - M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER, J. SANSOT, Juris-cl. civil, *Majeurs protégés, Personnes non soumises à un régime particulier de protection*, Fasc. 11, n° 70 et s., 1992.

[1431] Cass. soc. 18 juin 1996, Union Agricole de Coopérative Laitière/Melle Endelin, CERIT.

maladie anxio-dépressive[1432], d'un état dépressif[1433], d'une dépression nerveuse[1434], d'un état de désarroi[1435], d'un trouble psychique[1436] ou sans conscience de son comportement[1437].

D'autre part, il faut préciser que, conformément aux solutions en vigueur en droit commun, c'est à celui qui invoque le trouble mental d'apporter la preuve de son existence au moment de la formation de l'acte juridique contesté[1438]. Or, de nombreuses décisions rejettent la demande du salarié, non pas parce que le trouble mental allégué n'est pas prouvé, mais parce que n'est pas établie sa concomitance avec la formation de l'acte[1439].

Si la jurisprudence sociale semble ainsi *a priori* globalement fidèle à la conception traditionnelle de l'inaptitude à vouloir, son champ d'application va se trouver considérablement élargi.

B - Le développement des hypothèses d'inaptitude à vouloir

428. - Le droit du travail donne une signification nouvelle à cette notion, à deux niveaux différents. Dans un premier temps, elle en élargit le champ d'application par le recours à la notion de démission irréfléchie (1). Dans un second temps, elle s'en affranchit véritablement par sa conception très large de l'illettrisme et les conséquences qu'elle lui attribue (2).

1432 Cass. soc. 4 décembre 1986, Cah. prud'h. 1988, n°1, p.12.

1433 CA Toulouse 2 juin 1995, SARL Paulin Dufour/Bes, CERIT – CA Reims 8 septembre 1999, SA LCM/Moreau, CERIT.
Contra CA Dijon 4 octobre 1994, Melle Jeanin/SARL La Rotinerie, Me AUBERT, ASSEDIC de Bourgogne, AGS, CERIT : la simple constatation de l'état dépressif de la salariée ne suffit pas ici. En l'espèce, la démission est valable car la salariée avait pris le temps de la réflexion.

1434 CA Metz 27 septembre 1988, SARL Les Cars Jung/Freyermuth, CERIT - CA Bourges 24 septembre 1997, Brussat/SA Dapta Mallinjoud et autres, CERIT.

1435 Cass. soc. 20 novembre 1991, Régie nationale des usines Renault/Hugueville, CERIT - Cass. soc. 10 janvier 1991, SA Henry/Allera, CERIT : « *la démission avait été donnée par le salarié sous l'empire d'un désarroi occasionné par un accident qu'il venait de provoquer* (...) *l'intention de démissionner n'était pas manifeste* ».

1436 CA Paris 18° ch. E 14 mars 1996, JCP 1997, éd. E, II, 962, note M. DEL SOL.
V. J.-P. LABORDE, *Santé mentale et perte d'emploi*, Dr. soc. 1991, p. 563, spéc. p. 564.

1437 Cass. soc. 19 janvier 1994, pourvoi n° 90-42.570, Juridisque Lamy cassation, arrêt n° 231.

1438 Cass. soc. 8 juillet 1980, Bull. civ. V, n° 618, p. 462.

1439 - Salarié dépressif : CA Montpellier 27 mars 1986, Reslinger/SARL Montlaur, CERIT : un certificat médical est ici « *insuffisant pour établir l'altération des facultés mentales du salarié au moment de la signature de l'acte, susceptible d'entraîner l'application des articles 488 et suivants du Code civil* ».
- Salarié en état de choc : CA Angers 28 juin 1990, Mme Doudard/SA Monbana, CERIT : la salariée n'établit pas « *que son état psychique était réellement perturbé au moment de la signature du protocole* ».
- Salarié souffrant d'un syndrome psychopathique : CA Toulouse 13 janvier 1995, Issalis/Caisse régionale de Crédit agricole mutuel, CERIT : le certificat médical « *ne suffit pas à établir l'altération de ses facultés mentales à la date de la signature de la transaction* ».

1 - Les démissions irréfléchies

429. - Comme il a été observé, la jurisprudence considère qu'il y a démission si la volonté du salarié présente certains critères, et parmi ceux-ci figure parfois le caractère nécessairement réfléchi de sa volonté. A l'instar des autres critères jurisprudentiels, sa signification n'est guère précise, mais il apparaît que l'on peut regrouper sous l'appellation « *démissions irréfléchies* » celles données par le salarié à la légère, suite à un mouvement d'humeur, à une émotion, ou à de la colère[1440]. Parfois, les juges constatent également que le salarié n'avait pas une volonté sérieuse de démissionner[1441], et la démission est requalifiée en licenciement[1442].

La signification précise de ce caractère irréfléchi de la volonté a suscité quelques controverses. Ainsi, MM. PELISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD estiment qu'il s'agit d'une application originale de la théorie générale des vices du consentement[1443], et plus spécifiquement M. PELISSIER qualifie cette jurisprudence de « *conception extensive des vices du consentement* »[1444]. « *La jurisprudence va au-delà des règles civilistes* »[1445]. Cette analyse n'est pas très surprenante en raison de la position de certains auteurs sur le fondement de l'insanité d'esprit[1446]. Par ailleurs, il est indiscutable que l'émotion ou la colère ressentie par le salarié est souvent la conséquence d'un comportement de l'employeur proche de la violence[1447]. Mais cette hypothèse ne recouvre pas toutes les situations et

---

[1440] Cass. soc. 8 janvier 1969, JCP 1969, II, 15912, note G.-H. C. - Cass. soc. 30 novembre 1983, Dr. ouvrier 1985, p. 324 - Cass. soc. 4 décembre 1986, Cah. prud'h. 1988, n° 1, p. 12 - Cass. soc. 8 novembre 1995, CSBP 1996, n° 76, B. 16 – CA Reims 10 mai 2000, SAE Jaquin/Jacquot, CERIT (mauvaise humeur). Voir cependant, estimant qu'un syndrome dépressif débutant n'était pas suffisant à démontrer le caractère irréfléchi de la démission, CA Dijon 18 janvier 2001, Mme Touraton/SA Clas, CERIT.
V. L. FINEL, *La démission implicite*, Gaz. Pal. 1997, 2° sem., Doctr., p. 1273.

[1441] Cass. soc. 8 janvier 1969, préc.

[1442] D'autres paramètres entrent bien sûr en ligne de compte, comme par exemple la rétractation rapide du salarié.

[1443] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 374, p. 420.

[1444] J. PELISSIER, *Le licenciement et les autres modes de rupture du contrat de travail*, Dr. soc. avril 1978, Sp. 6 et notamment Sp. 9. L' auteur a ensuite précisé qu'« *une application stricte de la théorie des vices du consentement ne permettrait pas de considérer qu'aucun acte de volonté n'a été librement et consciemment émis dans ces situations* » (J. PELISSIER, *Droit civil et contrat individuel de travail*, Dr. soc. 1988, p. 387 (spéc. p. 394)).

[1445] Liaisons sociales, n° spécial *La démission-la rupture négociée*, n° 13048, 10 décembre 1999, n° 69, p. 50.

[1446] *Cf. supra* n° 423.

[1447] La jurisprudence relie souvent le trouble mental à l'existence de manoeuvres et surtout de violences de la part de l'employeur : CA Paris 18° ch E 20 mai 1986, Lery/SA Jacomo, CERIT -

notamment celles dans lesquelles l'employeur n'est absolument pas intervenu[1448]. Retenir alors le vice de la volonté pour fonder l'action en requalification n'est pas satisfaisant, alors que le recours à l'absence de volonté est plus convaincant[1449]. Selon un auteur, « *le terrain juridique se déplace des vices du consentement à l'absence de consentement* »[1450].

Dès lors, si l'on analyse les démissions irréfléchies comme des cas d'absence de volonté, d'inaptitude à vouloir, force est de constater qu'il est difficile d'assimiler un mouvement d'humeur, ou une simple émotion à une altération intellectuelle équivalente à l'insanité d'esprit. Une telle assimilation n'apparaît pas en droit commun[1451], alors que dans l'hypothèse de la démission, la jurisprudence se montre plus souple envers le salarié en concluant très rapidement à la requalification en licenciement[1452] sans pourtant que le domaine d'application de l'insanité d'esprit ne se trouve véritablement vérifié ici.

Le champ d'application de l'inaptitude à vouloir est donc élargi en droit du travail. Mais cette extension est elle-même marginale comparée à la profonde originalité du traitement par la jurisprudence de l'illettrisme du salarié.

2 - L'illettrisme du salarié

430. - Cette hypothèse semble assez éloignée de l'inaptitude à vouloir car elle paraît ne concerner que le niveau des connaissances intellectuelles du salarié[1453]. Or, ce n'est pas parce qu'une personne ne sait pas lire ou écrire (ou ni l'un ni l'autre) qu'elle ne peut pas comprendre ce qu'elle fait ni se rendre compte de la portée de ses actes. En effet, d'une part, en droit

---

CA Metz 17 janvier 1989, SA Croixdis/Mme Baumstummler, CERIT - CA Douai 15 octobre 1992, Evrard/SARL Pêcheries de la Côte, CERIT.

1448 Par exemple : Cass. soc. 24 février 1988, Sem. soc. Lamy 1988, n° 402, p. 191 : le salarié a démissionné « *sous le coup d'une forte émotion* » après avoir appris que son fils, employé dans la même société, avait été incarcéré pour vol au préjudice de l'employeur.

1449 S'il est possible de discuter les deux analyses, il n'y a en fait guère d'intérêt à le faire car du point de vue de l'enjeu, la sanction est la même, à savoir la requalification en licenciement.

1450 J.-Y. CHOLEY, *La sanction des vices du consentement en droit du travail, in Mélanges Béguet*, 1985, p. 87, notamment p. 105.

1451 Le droit commun considère en effet que le simple état dépressif ne constitue pas un trouble mental (*cf.* F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7e éd. 1999, n° 94, p. 103).

1452 CA Toulouse 2 juin 1995, SARL Paulin Dufour/Bes, CERIT - CA Paris 18° ch. E 14 mars 1996, JCP 1997, éd. E, II, 962, note M. DEL SOL. Voir également Cass. soc. 8 novembre 1995, CSBP 1996, n° 76, B. 16.

1453 *Cf. supra* n° 351, à propos de l'influence de l'illettrisme sur la violence.

français la plupart des actes juridiques ne requièrent aucune forme spécifique, en particulier la forme écrite, et un illettré peut parfaitement réaliser un acte verbal, et d'autre part, même en présence d'un acte écrit, la personne peut s'en faire expliquer le contenu et donc se décider en toute connaissance de cause. D'ailleurs, l'illettrisme peut ne pas avoir comme origine une faiblesse intellectuelle lorsque la personne est simplement étrangère et que ce n'est que le français qu'elle ne sait pas lire ni écrire. Voilà pourquoi en droit commun la jurisprudence ne permet pas de remettre en cause la validité d'un acte au seul motif de l'illettrisme de son auteur[1454]. Il faudrait en plus constater les critères de l'insanité d'esprit pour conclure à l'absence de volonté. Or, la solution semble différente en droit du travail : par faveur pour le salarié illettré, la constatation de son handicap est, sinon suffisante, du moins largement déterminante de la remise en cause de la validité de l'acte ainsi formé sur le fondement de l'inaptitude à vouloir. Les juges semblent ériger l'illettrisme en une présomption d'absence de volonté. La jurisprudence en donne des exemples essentiellement en matière de démissions[1455] et de transactions[1456].

[1454] V. l'exemple d'un sourd-muet illettré : A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 10, p. 21.
V. également le cas de difficultés de compréhension et de langage rendant la personne inapte à la gestion de ses affaires mais n'impliquant pas une altération mentale qui l'aurait empêchée de tester : CA Paris 1° ch. A 25 juin 1991, Juris-data n° 22422.

[1455] - La démission est requalifiée en licenciement : Cass. soc. 30 novembre 1994, RJS 1/95, n° 6, p. 19 : le salarié ne savait ni lire ni écrire - CA Nancy 22 février 1995, Karaoglan/SA Anna Bricomarché, RJS 8-9/95, n° 992, p. 634 - CA Paris 18° ch. E 21 mars 1996, RJS 5/96, n° 636, p. 402.
V. une argumentation très favorable au salarié émanant de CA Toulouse 24 avril 1998, Huyn Van Hong/SARL King Fat, CERIT : « *la rédaction par l'employeur de la lettre de démission du salarié d'origine vietnamienne implique que ce dernier ne savait pas écrire correctement le français et que partant, il était dans l'incapacité d'en pouvoir comprendre le sens exact, par une lecture qui ne pouvait que lui être également difficile, voire impossible* (...). *Dès lors, la lettre de démission et le reçu pour solde de tout compte ne sauraient être regardés comme ayant une quelconque valeur juridique* ».
- La démission est jugée valable : CA Montpellier 16 janvier 1992, Rousselet/Bernarbia, CERIT : le salarié « *non seulement comprend le français, mais il le lit, il connait le calcul (quatre opérations) et il peut même l'écrire* ». De même, CA Nîmes 29 mai 1997, Hadraoui/Rozière, CERIT : « *Le corps de la lettre de démission n'a pas été écrit par le salarié mais la signature portée au bas du document est bien la sienne. Dans ces conditions, le salarié qui savait lire le français selon ses propres déclarations, a bien donné sa démission* ».

[1456] Cass. soc. 14 janvier 1997, RJS 2/97, n° 142, p. 100 ; CSBP 1997, n° 89, p. 122 ; D. 1997, p. 612, note J. DJOUDI : La Cour approuve une Cour d'appel d'avoir relevé l'absence de consentement d'un salarié ne sachant pas lire le français et d'avoir déclaré la transaction inopposable au salarié - Cass. soc. 20 mai 1997, Jurisp. soc. UIMM 1997, p. 436 : « *ayant relevé que le salarié, qui ne savait ni lire ni écrire la langue française, n'était pas en mesure d'apprécier la signification et la portée [de la transaction], la Cour d'appel a, par là-même, caractérisé l'absence de consentement du salarié* » - Cass. soc. 15 octobre 1997, Jurisp. soc. UIMM 1997, p. 436, Mme Ca Kici/SA Janvier : la transaction est nulle car la salariée ne savait « *ni lire, ni écrire, ni même parler le français de manière rudimentaire* ».
Dans d'autres hypothèses, la transaction a été jugée valable : Cass. soc. 21 novembre 1984, Bull. civ. V, n° 446, p. 330 ; Dr. soc. 1985, p. 700 : le salarié avait une « *parfaite connaissance de la*

431. - Appliqué strictement, l'illettrisme ne devrait poser problème que pour les actes requérant la forme écrite[1457], et plus exactement, car la personne qui ne sait pas lire ou écrire peut toujours se faire expliquer le contenu de l'acte et le signer en toute connaissance de cause[1458], les actes qui doivent être rédigés de la main de leur auteur, tels que le testament olographe (art. 970 C. civ.). Une hypothèse proche existe en droit du travail, celle du reçu pour solde de tout compte. Le salarié doit écrire de sa main la mention « *pour solde de tout compte* »[1459]. L'enjeu n'est pas alors la nullité comme dans le cas du testament olographe : les magistrats ont déjà décidé que si la mention n'était pas inscrite de sa main, le délai de forclusion de deux mois ne lui était pas opposable[1460].

Paradoxalement, alors qu'ici l'illettrisme du salarié devrait être déterminant, un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation[1461] est apparu très sévère pour la salariée concernée. Celle-ci, qui ne savait ni lire ni écrire, estimait ne pas avoir été en mesure de comprendre ni le sens ni la portée du reçu car elle n'avait fait que recopier des mots suivant le modèle proposé. En outre, ne sachant pas lire, elle ne pouvait qu'ignorer la mention de l'existence d'un délai de forclusion sur le document concerné. La Cour de cassation a néanmoins approuvé le conseil de prud'hommes d'avoir décidé que les prescriptions de l'article L. 122-17 du Code du travail avaient été respectées et que par conséquent, le reçu avait un effet libératoire envers l'employeur. Une telle décision peut sembler sévère pour le salarié, et ce à un double point de vue.

D'une part, le formalisme requis par l'article L. 122-17 du Code du travail ne doit pas justifier un raisonnement aussi automatique, voire aveugle, reposant sur une présomption quasi irréfragable : le simple fait pour le salarié d'écrire la mention de sa main empêcherait-il de vérifier au cas d'espèce jusqu'à l'existence de sa volonté ? Comment ne pas accorder une grande importance au fait de savoir si un salarié est illettré dans le cadre

---

langue française » - CA Montpellier 6 avril 1994, SA Méridionale des Bois et matériaux/Brau, CERIT : la Cour se réfère au QI du salarié.
A noter : CA Angers 30 avril 1992, Jladou/SA Glaenzer Spicer, CERIT : le salarié ne savait ni lire ni écrire le français. Il demande la nullité de la transaction en se fondant sur le dol. Sa demande est rejetée car il ne peut prouver l'intention dolosive de l'employeur. S'il s'était basé sur l'absence de volonté, il aurait certainement eu gain de cause

[1457] La transaction et la démission ne requièrent pas la forme écrite à peine de nullité.

[1458] Son seul recours serait alors le dol (art. 1116 C. civ.).

[1459] Art. L. 122-17 C. trav.

[1460] Cass. soc. 17 février 1993, Bull. civ. V, n° 58, p. 42 ; RJS 4/93, n° 390, p. 236. Le reçu perd son effet libératoire original, ne valant plus que comme simple reçu.

[1461] Cass. soc. 4 décembre 1996, CSBP 1997, n° 89, p. 121.

d'un acte qui peut avoir de graves conséquences pour lui et qui, s'il exige une mention manuscrite, transcrit le souci du législateur de s'assurer que le salarié signe le reçu en toute connaissance de cause ? Cette solution apparaît d'autant moins favorable au salarié qu'en matière de transaction et de démission, actes ne requérant aucun formalisme, l'illettrisme est facilement retenu par les juges pour remettre en cause la validité de l'acte.

D'autre part, en matière de reçu pour solde de tout compte, la jurisprudence évolue actuellement de manière significative dans un sens protecteur du salarié[1462]. Il semble donc étonnant que prévale une solution aussi sévère pour le salarié. Il paraît alors plausible que la jurisprudence sur l'illettrisme en matière de reçu pour solde de tout compte devrait s'orienter dans un sens plus favorable au salarié et s'aligner sur les solutions adoptées en matière de démission et de transaction[1463].

Ainsi, sous réserve de ce dernier exemple, dont l'avenir est incertain[1464], il apparaît que le droit du travail adopte une conception clairement élargie de l'inaptitude à vouloir, telle qu'elle est particulièrement matérialisée par l'insanité d'esprit. Cette notion revêt dès lors un champ d'application fort différent de celui en vigueur en droit commun.

Sous-Section II - Le caractère éclairé de la volonté

432. - Deux concepts relatifs au caractère éclairé de la volonté présentent également un champ d'application différent de celui en vigueur en droit commun. Il s'agit en premier lieu du délai de réflexion qui est imposé à l'employeur dans le but de protéger le salarié (§1), et en second lieu de la notion d'erreur sur l'objet de la contestation en matière de transaction qui est considérablement élargie (§2).

§1 - Le délai de réflexion

433. - Le Code du travail n'évoque que rarement l'existence d'un délai de réflexion. C'est ainsi que, dans le cadre des relations collectives de

---

1462 C. MARRAUD, *L'effectivité du reçu pour solde de tout compte*, RJS 11/96, p. 723. V. par exemple Cass. soc. 30 juin 1998, Dr. soc. 1998, p. 841, obs. C. MARRAUD.

1463 Il faut tout de même que le salarié soit dans l'incapacité de comprendre ce qui est écrit sur le reçu. Celui-ci sera au contraire valable si le salarié éprouve seulement quelques difficultés à lire ou à écrire : CA Nîmes 23 février 1996, Garcia/SARL Plastigard Industrie, CERIT.

1464 Il est rétrogradé au rang de simple reçu dans le projet de loi de modernisation sociale (art. 63), tel qu'adopté en première lecture, voir Sem. soc. Lamy 29 janvier 2001, Actualités.

travail, l'article L. 431-5 énonce que le comité d'entreprise doit disposer « *d'un délai d'examen suffisant* » entre son information et sa consultation. Des délais précis sont d'ailleurs prévus pour certains domaines déterminés de consultation. Par ailleurs, la jurisprudence impose un délai de réflexion assortissant l'offre[1465]. Son absence est relevée lorsque la décision du salarié est précipitée du fait de l'employeur. Dans ce cas, si celui-ci oblige par exemple le salarié à accepter une modification de son contrat de travail[1466], ce qui est le plus fréquent en jurisprudence, en ne lui laissant aucun temps de réflexion, il sera sanctionné. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait « *relevé que le salarié, qui n'avait pas été au préalable averti de la modification du contrat qui allait lui être proposée, avait été mis dans l'obligation de se déterminer sur cette modification le jour même où elle lui était notifiée* (...), *qu'il n'avait pas valablement donné son consentement à la modification de son contrat de travail* »[1467]. La finalité de ce délai de réflexion a été mise en évidence par un auteur à propos de la transaction[1468] : « *l'exigence d'un délai de réflexion* [est] *indispensable pour que le salarié apprécie la portée de la renonciation à laquelle il s'engage* ».

434. - La sanction du comportement de l'employeur s'opère soit au titre de la violence puisque la pression de l'employeur est analysée comme une contrainte sur la volonté du salarié[1469], soit au titre de manœuvres dolosives[1470], soit sans qualification précise, les juges relevant simplement que la volonté du salarié a été affectée d'un vice de la volonté[1471] ou qu'elle n'a pas été valablement émise[1472]. De même, si la décision du salarié a été

[1465] *Cf. supra* n° 275 s.

[1466] V. P. WAQUET, *Le renouveau du contrat de travail*, RJS 5/99, p. 383, spéc. p. 392. L'auteur rappelle la nécessité pour l'employeur de laisser au salarié un temps suffisant de réflexion. Voir, à propos d'une offre de reclassement, CA Pau 26 octobre 1998, Raguerre/AFJEEM, CERIT - CA Toulouse 17 décembre 1999, Leconte/Sté Fininfor Micro, CERIT, et F. GEA, *Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement*, RJS 7-8/00, p. 511, spéc. n° 15, p. 519.

[1467] Cass. soc. 12 juin 1997, SA Euroloisirs Castorama/Catella, ASSEDIC, CERIT.
V. dans le même sens CA Toulouse 5 février 1993, Bellesort/Sté Ergam Ronéo, CERIT.
Dans d'autres hypothèses, la Cour de cassation constate qu'un délai de réflexion avait été accordé au salarié : Cass. soc. 19 mars 1991, RJS 5/91, n° 573, p. 306.
Cf. supra n° 282.

[1468] V. H. BLAISE, *Reçu pour solde de tout compte et transaction*, RJS 5/91, p. 287, spéc. n° 42, p. 293. Voir CA Besançon 17 décembre 1999, Jeanin/SA Chaussures Noel, CERIT, pour un exemple où le délai (13 jours) était suffisant (transaction).

[1469] CA Metz 3 avril 1995, SARL La Brioche Dorée/Mme Filler, CERIT.

[1470] CA Paris 22° ch. C, 18 mars 1988, SA Tandy France/Mme Normant, CERIT.

[1471] CA Paris 23 janvier 1992, RJS 3/92, n° 392, p. 227.

[1472] Cass. soc. 12 juin 1997, SA Euroloisirs Castorama/Catella, ASSEDIC, CERIT.

prise de manière précipitée sous l'emprise d'une émotion forte, ce caractère irréfléchi de la volonté lui permettra de remettre en cause la validité de cet acte juridique[1473].

En tout état de cause, il faut relever que l'absence de délai de réflexion laissé au salarié est rarement une constatation suffisante pour que celui-ci puisse mettre en cause la validité de l'acte ainsi formé[1474]. Les magistrats ne se prononceront en ce sens que s'il existe un faisceau d'indices concordants[1475]. Dans ces hypothèses, la conception du délai de réflexion est proche de celle en vigueur en droit commun.

435. - L'institution d'un délai de réflexion peut cependant présenter une signification différente en droit du travail : il s'agit alors d'un délai minimal au cours duquel une volonté ne peut être valablement manifestée. Une branche issue du droit commun, le droit de la consommation[1476], comporte une notion similaire, interdisant au consommateur d'accepter une offre pendant une durée légalement prévue[1477]. Le législateur souhaite ainsi obliger le consommateur à prendre le temps de la réflexion. Cependant, c'est ici encore une conception différente du délai de réflexion qui prévaut en droit du travail car il n'existe pas de délais de réflexion interdisant au salarié d'émettre trop rapidement une volonté : il peut décider de démissionner, d'accepter une offre de contrat de travail ou de modification de son contrat de travail sans aucun délai.

436. - En réalité, le droit du travail ne se réfère à ce délai de réflexion particulier que lorsqu'il l'impose à l'employeur. Les exemples les plus significatifs sont bien sûr ceux de la notification du licenciement ou d'une sanction disciplinaire. Dans le premier cas, l'article L. 122-14-1 alinéa 2 dispose que la lettre de licenciement ne peut être expédiée moins d'un jour

---

Cette qualification vague ne permet pas d'identifier le fondement juridique exact du vice atteignant la volonté du salarié, mais le dol et la violence ne sont de toute façon pas toujours séparés distinctement par la jurisprudence en droit du travail.

1473 Pour un exemple en matière de démission, *cf. supra* n° 430 s.

1474 CA Rennes 31 janvier 1989, Sté BOC Ohmeda/Douyère, CERIT.

1475 CA Toulouse 5 février 1993, Bellesort/Sté Ergam Ronéo, CERIT - CA Nancy 3 mai 1995, Mompeu/Bonnin, CERIT.

1476 Sur les rapports entre ces différentes branches du droit, voir J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation, le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th. Paris I 1999. *Cf. supra* n° 26.

1477 V. par exemple l'article L. 312-10 al. 2 C. cons. en matière de crédit immobilier, et l'article 9 de la loi du 12 juillet 1971 sur l'enseignement à distance.
V. D. FERRIER, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D. 1980, chron. p. 178.

franc après l'entretien préalable[1478]. Dans le second cas, l'article L 122-41 prévoit que la sanction ne peut également intervenir moins d'un jour franc après l'entretien. Ces deux hypothèses correspondent *a priori* au mécanisme du délai de réflexion car toute émission de volonté est interdite pendant ce laps de temps. La différence n'en est pas moins très nette et il ne faudrait pas conclure trop rapidement qu'il s'agit là d'une mesure favorable à l'employeur. Si celui-ci se voit imposer ces délais, il n'est en réalité pas question de protéger sa volonté contre toute mesure trop rapide et donc insuffisamment réfléchie, mais d'éviter qu'une telle décision ne porte préjudice au salarié, alors qu'elle aurait été prise par exemple dans un mouvement d'humeur[1479] ou qu'elle ne laisse pas le temps au salarié de faire ses preuves[1480]. Si les mécanismes sont identiques, la personne protégée n'est donc pas la même.

Ainsi, le délai de réflexion est une notion qui voit son champ d'application étendu à des hypothèses sans équivalent en droit commun, dans l'objectif de protéger le salarié en encadrant le pouvoir disciplinaire de l'employeur. C'est toujours la construction d'un statut protecteur du salarié qui semble inspirer les magistrats lorsqu'ils étendent le champ d'application de l'erreur sur l'objet de la contestation.

§2 - L'erreur sur l'objet de la contestation

437. - Le droit du travail modifie la conception de l'erreur sur l'objet de la contestation en élargissant son champ d'application par rapport au droit commun. Grâce à cette extension, l'erreur de droit, traditionnellement bannie en matière de transaction, est indirectement admise en droit du travail.

L'intérêt principal de la transaction réside dans le fait qu'elle a « *entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* »[1481], ce qui réduit considérablement les possibilités de recours postérieurement à sa conclusion. Il était dès lors logique que la jurisprudence prête une attention

---

[1478] Ces délais sont allongés par les alinéas suivants en cas de licenciement économique et selon la nature des fonctions exercées et la présence ou non d'institutions représentatives du personnel.
[1479] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 399, p. 448.
[1480] Voir par exemple, à propos de la période d'essai, lorsque sa rupture est intervenue avant que le salarié n'ait pu faire la preuve de ses capacités : Cass. soc. 2 février 1994, D. 1995, 550, n. F. PRZEMYSKI-ZAJAC - Cass. soc. 17 juillet 1996, RJS 1996, n° 892, p. 576.
[1481] Art. 2052 C. civ.

particulière à un tel acte juridique dont les conséquences s'avéreront souvent définitives. Les magistrats ont plus spécifiquement tenu à préserver les moyens d'action du salarié[1482] dont la situation peut apparaître moins favorable que dans le cadre d'un reçu pour solde de tout compte[1483], et se sont par conséquent montrés plutôt réticents, soit à reconnaître la qualification de transaction[1484], soit à estimer que ses conditions de validité étaient remplies[1485]. Parmi ces dernières, la volonté tient une place spéciale, notamment au niveau de l'exigence de son caractère éclairé[1486].

438. - En droit commun, l'erreur en matière de transaction est appréciée strictement puisque selon l'article 2052 alinéa 2, la transaction ne peut être attaquée « *pour cause d'erreur de droit* », alors que ce type d'erreur est parfaitement admis pour les autres actes juridiques. La raison principalement avancée pour justifier cette interdiction est que la renonciation au droit d'action en justice, conséquence première d'une transaction, implique l'acceptation d'un risque d'erreur sur la valeur juridique des prétentions en présence[1487]. Seule est possible ici l'erreur sur la personne ou sur l'objet de la contestation.

L'erreur sur la personne n'a pas, semble-t-il, été soulevée jusqu'à présent en droit du travail, ce qui n'est pas très surprenant en raison du faible *intuitus personae* marquant cet acte juridique[1488].

439. - C'est en réalité à propos de l'erreur sur l'objet de la contestation que s'est développé un intéressant contentieux. Cette notion vise principalement l'erreur sur l'existence ou la nature des droits à propos desquels il est transigé[1489], ainsi que l'erreur commise par les parties

---

1482 G. COUTURIER, *Nullités de transaction (Cass. soc. 14 juin et 24 octobre 2000)*, Dr. soc. 2001, p. 23, spéc. p. 24 : « *peut-on réellement se fier à l'acceptation que donne celui qui est en train de perdre son emploi ?* ».

1483 Pour lequel il existe une possibilité de dénonciation dans les deux mois suivant la signature : art. L. 122-17 C. trav.

1484 V. par ex. le contentieux lié aux concessions réciproques cité par J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 513, p. 546.

1485 Voir par exemple C. RADE, *L'autonomie du droit du licenciement (brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions)*, Dr. soc. 2000, p. 178 - G. COUTURIER, *Nullités de transaction (Cass. soc. 14 juin et 24 octobre 2000)*, Dr. soc. 2001, p. 23.

1486 G. VACHET, Rép. Trav. Dalloz, *v° transaction*, mars 1995, n° 14 s.

1487 B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Obligations, Régime général*, Litec, 5° éd. 1997, n° 481, p. 205.

1488 *Cf. supra* n° 256.

1489 B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Obligations, Régime général*, Litec, 5° éd. 1997, n° 482, p. 205.

lorsqu'elles ne peuvent pas prévoir l'une des conséquences du contrat ou de sa rupture au moment de la transaction[1490]. La différence peut être délicate à opérer avec l'erreur de droit, généralement définie comme la méprise portant sur l'existence ou sur la portée d'une norme ou sur la qualification juridique d'un fait ou d'un acte[1491]. C'est justement cette imprécision dans la délimitation de ces deux notions qui a permis à la jurisprudence d'étendre la protection accordée au salarié, et ce en deux étapes.

440. - Le 17 décembre 1986, La chambre sociale de la Cour de cassation[1492] a contribué à distinguer les deux types d'erreur, en reconnaissant l'erreur sur l'objet de la contestation lorsque survient un fait nouveau qui n'existait pas au moment de la transaction. En l'espèce, les parties avaient pris en compte, lors de la conclusion de la transaction, des indemnités de chômage que percevrait le salarié, dont le montant était alors plus élevé dans le cadre d'un licenciement pour motif économique. Par la suite, l'ASSEDIC avait contesté le caractère économique de la rupture et réclamé le trop perçu au salarié qui appela en garantie l'employeur. Si la cour d'appel débouta le salarié de sa demande, en application de la transaction, la Cour de cassation cassa cette décision en reprochant aux juges de n'avoir pas recherché si le salarié « *avait été victime d'une erreur sur l'objet même de la contestation consistant à n'avoir pas prévu le revirement de l'ASSEDIC, niant à nouveau le caractère économique du licenciement* ». Apparemment, l'*errans* commet, selon cette décision, une erreur sur le droit lorsqu'il s'est mépris sur l'étendue de ses droits et obligations existant au moment de la transaction, ce qui était conforme à la jurisprudence alors en vigueur[1493], et une erreur sur l'objet de la contestation lorsqu'il ne pouvait, à ce moment, prévoir notamment les conséquences de la rupture du contrat en raison de la survenance d'un fait nouveau inexistant et pas simplement ignoré lors de la conclusion de la transaction.

1490 F. TAQUET, *Juris-Cl. Travail Traité,* Fasc. n° 32-20, *Transaction*, mai 1998, n° 45, p. 13.

1491 F. TAQUET, note sous Cass. soc. 24 novembre 1998, JCP 1999, éd. E, p. 869.

1492 Cass. soc. 17 décembre 1986, Bull. civ. V, n° 621, p. 471.

1493 V. comme autre exemple d'erreur de droit, une erreur sur un texte législatif ou réglementaire (Cass. soc. 14 novembre 1963, JCP 1964, II, 13559, note B. A.), ou sur l'application d'une convention collective (Cass. soc. 18 mars 1986, Bull. civ. V, n° 92, p. 71).
Les juges du fond ont généralement appliqué ces solutions : CA Dijon 16 janvier 1991, RJS 5/91, n° 574, p. 306 (ignorance par le salarié de ses droits à repos hebdomadaires) - CA Versailles 24 octobre 1991, RJS 1/92, n° 106, p. 78 (l'employeur s'est trompé sur l'étendue de ses obligations) - CA Montpellier 6 juillet 1994, Mle Ruiz/Granger, CERIT : « *la prétendue ignorance de ses droits invoquée par la salariée engagée par contrat de qualification ne saurait constituer une cause d'annulation de la transaction* ».

441. - Une décision de 1998 est cependant venu troubler cette analyse[1494]. A la suite du licenciement d'un salarié pour inaptitude physique médicalement constatée, une transaction a été conclue qui prévoyait que « *conformément à la jurisprudence applicable en la matière,* [l'employeur] *verserait au* [salarié] *l'indemnité légale de licenciement* » ainsi que des dommages et intérêts. Or, la jurisprudence relative à la rupture du contrat de travail pour maladie ou inaptitude médicale venait juste, quelques mois avant la conclusion de la transaction, de faire l'objet d'un revirement au terme duquel l'indemnité conventionnelle de licenciement était également due au salarié[1495]. La cour d'appel débouta ce dernier de ses demandes au motif que l'erreur commise était de droit et dès lors insusceptible de rendre nulle la transaction. Cet arrêt fut cassé au motif que « *la transaction a été conclue par les parties sur la croyance commune que seule l'indemnité légale de licenciement pouvait être réclamée par le salarié ; qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que l'erreur commise portait sur l'objet même de la contestation, en sorte qu'elle affectait la validité de la transaction, la cour d'appel a violé les articles* [2044 et 2052 du Code civil] ».

442. - Au regard de la jurisprudence antérieure, cet arrêt n'emporte guère la conviction. En effet, aucun fait nouveau n'est survenu postérieurement à la conclusion de la transaction, puisqu'à ce moment la jurisprudence, donc le droit positif, permettait au salarié de réclamer l'indemnité conventionnelle de licenciement. Il s'agit alors simplement d'une méprise sur l'étendue de ses droits existant lors de la conclusion de la transaction, ce qui devrait en principe constituer une simple erreur de droit[1496]. Certes, la méprise est certaine puisqu'il résulte des termes de l'accord qu'il a été conclu sur la croyance commune que seule l'indemnité légale était due, mais que les deux parties aient commis cette erreur et donc que la volonté de chaque partie n'ait véritablement pas été éclairée ne devait pas permettre de passer outre à la règle selon laquelle l'erreur de droit n'est pas admise en matière de transaction. Or, sans contredire explicitement ce principe, la chambre sociale de la Cour de cassation le contourne en

---

[1494] Cass. soc. 24 novembre 1998, JCP 1999, éd. E, p. 869, n. F. TAQUET ; D. 1999, Somm. p. 174, obs. P. FADEUILHE ; RJS 2/99, n° 197, p. 122. Voir, suivant les arguments de la Cour de cassation, l'arrêt de la cour d'appel de renvoi, CA Reims 28 mars 2000, Roussel/Association Les Papillons Blancs, CERIT.
V. A. JEAMMAUD, *Retour sur une transaction en quête de stabilité*, Dr. soc. 1999, p. 351.

[1495] Cass. soc. 29 novembre 1990, Bull. civ. V, n° 600, p. 361.

[1496] Ou une lésion, non sanctionnée en matière de transaction, v. D. VEAUX, Juris-Cl. civil, *Art. 2044 à 2058*, Fasc. 30, *Transaction, Conditions*, août 1995, n° 53 s., p. 14 s.

étendant la notion d'erreur sur l'objet de la contestation et accentue ainsi son contrôle sur la transaction[1497].

Il reste à souligner la portée de cet arrêt en raison du caractère partagé de l'erreur commise que met en valeur la Cour de cassation en évoquant la « *croyance commune* ». En effet, si le salarié seul avait commis cette erreur, l'employeur qui aurait affirmé cette règle aurait certainement été reconnu coupable de dol (mensonge ou réticence dolosive), ce qui aurait également entraîné la nullité de l'acte. Le caractère commun de l'erreur rend « *innocent* » chaque partie, ce qui interdit de percevoir dans la solution posée une quelconque condamnation des agissements de l'employeur[1498] et qui donne par conséquent encore plus de force à cette décision et à l'encadrement de plus en plus strict de la transaction, que de nombreux auteurs avaient déjà souhaité[1499].

Deux notions régissant le caractère éclairé de la volonté voient ainsi leur champ d'application élargi par les juges du travail, sans doute guidés par un objectif de protection des salariés. Mais le concept le plus caractéristique à cet égard est le vice de violence.

Sous-Section III - Le vice de violence

443. - Il a déjà été précisé que les conditions d'application du vice de violence en droit du travail se distinguaient de celles issues du droit commun. Une autre particularité majeure du vice de violence en droit du travail concerne le champ d'application matériel proprement dit de cette violence, c'est-à-dire les faits, les circonstances, les attitudes qui seront analysés comme constitutifs du vice de violence. Il ne s'agit plus alors de déterminer à quelles conditions (par exemple d'intentionnalité, d'illégitimité) certains faits pourront être qualifiés de violence, mais de

---

[1497] V. déjà CA Paris 1° ch. D, 19 octobre 1984, Mme Jassogne/Mme Hubert, CERIT : « *en croyant régler les conséquences d'un CDD, le salarié a commis une erreur sur l'existence du droit à propos duquel il était transigé, ce qui constitue une erreur sur l'objet de la contestation* » (la méconnaissance des règles de renouvellement du CDD avait transformé celui-ci en CDI). De même, voir CA Dijon 23 septembre 1999, SARL Morel et Fils/Mle Claude, CERIT

[1498] Sauf à reconnaître à sa charge un devoir de s'informer pour informer, *cf.* P. FADEUILHE, obs. sous Cass. soc. 24 novembre 1998, D. 1999, Somm. p. 174.

[1499] V. notamment H. BLAISE, note sous Cass. soc. 3 mai 1979, Dr. soc. 1980, p. 40.
Voir cependant Cass. soc. 14 juin 2000, Dr. soc. 2001, p. 27, chron. G. COUTURIER, *Nullités de transaction (Cass. soc. 14 juin et 24 octobre 2000),* Dr. soc. 2001, p. 23, qui casse un arrêt d'appel ayant annulé une transaction pour erreur sur l'objet de la contestation. Mais la cassation n'est pas intervenue directement sur la notion d'erreur sur l'objet de la contestation, ni sur ses rapports avec l'erreur de droit. Il est par conséquent difficile de lui conférer une portée précise.

déterminer les circonstances mêmes susceptibles d'entraîner, sous ces conditions, la qualification de violence. On constate alors une dualité d'approche[1500].

Dans une première série d'hypothèses, cette matérialisation apparaîtra relativement similaire à celle du droit commun, puisqu'elle consistera principalement en des menaces[1501], voire exceptionnellement des violences physiques[1502], telles que des coups[1503], une agression sexuelle[1504], des violences légères[1505] ou plus généralement une voie de fait[1506].

Dans une seconde série d'hypothèses, la violence se manifestera de manière totalement inédite par rapport au droit commun.

Il s'agira en premier lieu de l'inexécution par l'employeur de ses obligations. Cette méconnaissance va en effet souvent contraindre le salarié à former un acte juridique dont il pourra par la suite contester la validité. Par exemple, si l'employeur ne verse plus les salaires dus au salarié, celui-ci pourra démissionner et obtenir ensuite la requalification de cette rupture contrainte en licenciement. Le droit du travail adopte alors une matérialisation élargie et spécifique de la violence (§1).

1500 G. LYON-CAEN, *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Dr. soc. 1978, Sp. 67, spéc. n° 8, Sp. 68 : « *il arrive que l'employeur contraigne ouvertement le salarié à démissionner sous la menace, ou l'y contraigne indirectement en ne lui donnant plus de travail ou en cessant de le payer* ».
Les juges du fond ont parfois explicitement exprimé cette dualité de conception de la violence : « *le salarié qui entend contester la réalité de sa démission doit apporter la preuve soit de la réalité d'une contrainte physique ou morale exercée par son employeur, soit d'un comportement de celui-ci rendant impossible la poursuite normale du contrat de travail* » : CA Douai 30 septembre 1998, SARL Accessoires Flandres Auto/M. C. Brebion, CERIT. Voir déjà CA Douai 31 mai 1995, Laurent/Rohart, CERIT.

1501 Sur la particularité du régime de la violence, notamment quant à son illégitimité, dans ces hypothèses, *cf. supra* n° 357 s.

1502 Dans le cas d'une violence physique, certes exceptionnelle, il est parfois difficile de savoir s'il y a absence ou vice de la volonté. C'est la distinction entre la *vis compulsiva*, ou violence contraignante, et la *vis absoluta*, ou violence complète, extrêmement rare (P. CHAUVEL, *Le vice du consentement*, Th. Paris 1981, n° 872), qui cite l'exemple de l'acte d'abdication de Mary Stuart. Dans ce dernier cas, si par exemple on guide de force la main du salarié pour qu'il rédige sa démission, sa volonté n'est plus simplement viciée, elle est complètement absente. Au contraire, si des coups sont portés sur le salarié pour l'amener à démissionner, il s'agit toujours d'un vice de la volonté : le salarié, à bout, a émis la volonté de démissionner pour échapper à ses souffrances. Cette volonté lui a été extorquée par la contrainte, mais au moins en a-t-il exprimé une.

1503 Cass. soc. 4 décembre 1991, SARL Lhomme/Mme Lhomme, CERIT - CA Toulouse 5 février 1999, Bruneau/Eyraud, CERIT – CA Metz 8 août 2000, SARL France DFB/Pasquinelli, CERIT.

1504 CA Douai 3 octobre 1986, M. Lamotte/Mme Zimoch, CERIT - Cass. soc. 17 décembre 1987, Mme Gachet; M. Gachet/Mme Dubois, CERIT.

1505 CA Bourges 28 février 1992, Taterczynski-SA Bonjour Intermarché/Mme Genu, CERIT.

1506 CA Nancy 12 octobre 1994, SA Deneudis Unico/Mme Legrand, CERIT : la salariée, victime d'une crise de spasmophilie, a été contrainte par la force à se rendre dans la réserve « *alors que des soins médicaux...étaient justifiés par son état. Les responsables du magasin lui ont causé un traumatisme psychologique* ».

Il s'agira en second lieu de la reconnaissance, seulement partielle, de la notion de violence économique qui trouve bien évidemment en droit du travail un terrain propice à son développement même s'il est plus que contestable (§2).

§1 - L'inexécution par l'employeur de ses obligations

444. - Il est ainsi des cas où l'inexécution par l'employeur de ses obligations est constitutive d'une violence à l'encontre du salarié. Il faut tout d'abord constater que les magistrats n'emploient pas toujours explicitement les notions de violence[1507] ou de vice de la volonté (du consentement), et ce d'autant plus que le contentieux est particulièrement prépondérant en matière de démission, où les vices de formation sont rarement bien différenciés les uns des autres. C'est ainsi qu'il peut être jugé que la démission n'a pas été claire et non équivoque en raison de l'attitude contraignante de l'employeur[1508]. Pourtant, ce critère du défaut d'équivoque ne devrait concerner que le mode d'extériorisation de la volonté alors qu'ici, dans cette hypothèse précise, c'est le défaut de liberté de la volonté qui est caractérisé.

Par ailleurs, les plaideurs se situent soit sur le terrain de la résolution du contrat[1509], soit le plus souvent directement sur celui du licenciement, les juges estimant que l'attitude de l'employeur « *mettait à sa charge la rupture du contrat de travail* »[1510], qu'elle provoque la rupture du contrat de travail qui s'analyse en un licenciement[1511] ou même qu'elle « *constitue une rupture du contrat de travail qui doit s'analyser en un licenciement* »[1512].

445. - Le positionnement du litige en termes de rupture du contrat de travail, l'attrait du concept de licenciement tendent à occulter la caractérisation de la violence viciant la volonté du salarié. Souvent, les magistrats décident directement la requalification en licenciement. Alors que, face à l'inexécution par l'employeur de ses obligations, ils pourraient caractériser la violence qui a contraint le salarié à rompre son contrat, ce qui

---

1507 *Cf. supra* n° 331.

1508 Voir par ex. Cass. soc. 17 décembre 1997, Bull. civ. V, n° 452, p. 322 : « *la lettre de rupture du salarié qui invoque l'inexécution par l'employeur de ses obligations ne constitue pas l'expression claire et non équivoque de démissionner* » .

1509 Cass. soc. 18 novembre 1998, RJS 1/99, n° 2, p. 21.

1510 Cass. soc. 13 décembre 1995, RJS 2/96, n° 126, p. 84 (non paiement d'heures supplémentaires).

1511 Cass. soc. 18 novembre 1998, RJS 1/99, n° 2, p. 21.

1512 Cass. soc. 4 mai 1999, RJS 6/99, n° 816, p. 497.

invaliderait cette rupture et aboutirait à sa requalification en licenciement, ils passent souvent directement du constat de l'inexécution par l'employeur de ses obligations à la requalification en licenciement.

Cependant, cette absence de recours au vice de violence, et par conséquent la qualification directe de licenciement, semblent particulières à certains cas d'inexécution du contrat de travail, selon l'objet de l'obligation inexécutée. Il faudra donc déterminer précisément le champ d'application de la violence telle qu'elle est entendue en droit du travail (B). Mais auparavant il est nécessaire de préciser de manière générale les liens entre le vice de violence et l'inexécution d'une obligation (A).

A - Les liens entre l'inexécution d'une obligation et le vice de violence

446. - En droit commun, lorsqu'une partie à un contrat n'exécute pas la totalité des obligations lui incombant, ce comportement est sanctionné par la mise en oeuvre de la responsabilité de son auteur. Si une telle action est bien évidemment toujours possible en droit du travail, celui-ci présente la particularité de permettre au salarié d'utiliser le vice de violence, ce qui dénote un raisonnement original de la part des magistrats (1). Mais la subordination du salarié vis-à-vis de son employeur, sa dépendance économique vis-à-vis de son emploi rendent pertinent un tel raisonnement (2).

1 - La particularité du raisonnement

447. - Les concepts d'inexécution d'un acte juridique et de vice de violence peuvent paraître bien incompatibles puisque le premier renvoie à un problème d'exécution de l'acte juridique, c'est-à-dire de la détermination de ses effets, alors que le second sanctionne le non respect des conditions de formation d'un acte juridique. En effet, le droit commun distingue nettement ces deux situations[1513] en général, et ne semble pas les relier dans le cas particulier du vice de violence. En conséquence, lorsqu'une partie exécute partiellement ou n'exécute pas ses obligations, l'autre partie peut mettre en

---

[1513] Il suffit de se référer aux différents plans de manuels ou traités qui distinguent la formation et les effets du contrat : F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7° éd. 1999 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000 - J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3e éd. 1993 - J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat,* LGDJ, 2° éd. 1994.

oeuvre sa responsabilité contractuelle, voire obtenir dans certains cas la résolution du contrat litigieux, mais n'invoque pas un vice de sa volonté.

448. - Or, face à l'inexécution par l'employeur de ses obligations, le droit du travail va permettre au salarié de situer le litige sur le terrain des vices de la volonté, et plus précisément de la violence. Ainsi a-t-il été jugé que l'employeur qui ne réglait plus les salaires dus au salarié avait contraint celui-ci à la démission, la contrainte caractérisant la violence[1514].

La contradiction n'est cependant qu'apparente. En effet, le droit du travail est au contraire respectueux de cette *summa divisio* entre la formation et les effets de l'acte juridique, puisque la référence au vice de violence résulte simplement du fait que ce n'est pas le contrat inexécuté lui-même qui voit sa validité mise en cause, mais un acte juridique postérieur que le salarié a été contraint de former pour ne plus subir les conséquences de cette inexécution.

L'inexécution du contrat servant ainsi de contexte, de cause, à la formation d'un autre acte juridique, les mêmes circonstances de fait (par exemple le non paiement des salaires) seront à la base d'une possible action en responsabilité contractuelle et/ou d'une possible action en nullité ou en requalification de l'acte juridique formé postérieurement. C'est ainsi que, dans l'exemple précité, le non paiement des salaires, caractérisant l'inexécution du contrat de travail, a contraint et donc vicié la volonté du salarié lorsqu'il a décidé de démissionner[1515].

Ainsi, les situations pratiques sont nombreuses dans lesquelles un acte juridique est formé par le salarié, postérieurement à l'inexécution par l'employeur de ses obligations, et dans lesquelles le litige concerne non plus seulement cette inexécution mais également la validité de cet acte juridique postérieur. Le contentieux est d'ailleurs particulièrement fourni en matière de démissions, ce qui se justifie puisqu'il suffit de rappeler que ses conditions de formation sont très restrictivement appréciées et que la sanction de leur non respect, la requalification en licenciement, peut se révéler avantageuse pour le salarié.

449. - Des auteurs ont déjà noté l'originalité des solutions jurisprudentielles au regard des principes généraux du droit commun, et

---

[1514] Cass. soc. 22 septembre 1993, Bull. civ. V, n° 221, p. 151 ; JCP 1994, éd. E, II, 617 note G. LACHAISE.

[1515] Cass. soc. 22 septembre 1993, précité.

notamment de l'adage *exceptio non adimpleti contractus*[1516]. « *La non exécution par l'employeur de ses obligations a normalement pour seul effet de dispenser provisoirement le travailleur d'exécuter ses propres obligations* »[1517]. Le contrat de travail est alors suspendu. Et si l'inexécution perdure, le salarié pourrait agir en résolution du contrat de travail et obtenir des dommages et intérêts[1518] (l'action en résolution aurait également pour avantage le fait que, si elle est rejetée, le contrat de travail n'étant pas résolu reste intact et se poursuivra : le salarié n'aura pas couru le risque de perdre son emploi sans contrepartie, alors que ce risque est bien présent en cas de démission si la rupture n'est pas requalifiée en licenciement).

Or, les juges requalifient la rupture en un licenciement. L'attitude de l'employeur a rendu impossible le maintien du contrat de travail, et a contraint par là-même le salarié à démissionner. L'absence de liberté de la démission prévaut sur les mécanismes civilistes de l'inexécution du contrat. Le problème est transposé des effets d'un acte juridique aux conditions de formation d'un autre acte juridique.

Le champ d'application de la violence se voit donc considérablement élargi ici. Certes, l'inexécution d'une obligation et le vice de violence peuvent apparaître parfois liés en droit commun mais cette inexécution ne caractérise pas en soi la violence. Bien plus souvent en effet, l'auteur de la violence menacera sa victime d'inexécution des obligations nées du contrat pour obtenir la formation d'un acte juridique, mais la contrainte sera alors matérialisée par cette menace, si elle est illégitime[1519], et non par l'inexécution elle-même[1520].

Cette différence entre les solutions travailliste et civiliste se justifie parfaitement par la situation de subordination et de dépendance du salarié.

1516 J. DUPUY, *La démission du salarié*, D. 1980, chron. p. 253 - J. PELISSIER, *Le licenciement et les autres modes de rupture du contrat de travail*, Dr. soc. avril 1978, Sp. 6 (spéc. Sp. 8) - J. SAVATIER, note sous Cass. soc. 12 janvier 1966, JCP 1966, II, 14607.

1517 J. PELISSIER, *Le licenciement et les autres modes de rupture du contrat de travail*, Dr. soc. avril 1978, Sp. 6 (spéc. Sp. 8).

1518 Cass. soc. 7 mars 1996, RJS 4/96, n° 400, p. 241 : « *les juges peuvent prononcer la résolution du contrat de travail aux torts de l'employeur quand celui-ci, en retirant son véhicule de fonction au salarié, l'a mis dans l'impossibilité d'accomplir son travail* ». Il faut préciser que le rejet par le droit du travail de la résiliation judiciaire (Cass. soc. 13 mars 2001, RJS 5/01, n° 596, p. 417) ne concerne, apparemment, que l'action intentée par l'employeur.

1519 Pour un exemple où ce type de menaces n'est pas illégitime : Cass. com. 21 février 1995, Bull. civ. IV, n° 50, p. 46.

1520 CA Rouen 19 mars 1992, Juris-Data n° 047421 : est nul le contrat imposé par EDF sous la menace d'une coupure d'électricité et qui tend à obtenir des conditions de remboursement plus favorables que celles prévues par le plan de surendettement.

2 - La pertinence du raisonnement

450. - Deux séries d'arguments peuvent être avancées qui expliqueront pourquoi les problèmes juridiques soulevés en droit du travail lors de l'inexécution par l'employeur de ses obligations concernent parfois le vice de violence, c'est-à-dire en réalité pourquoi cette inexécution amène le salarié à former un acte juridique à la validité douteuse.

451. - D'une part, les litiges relatifs à l'inexécution par l'employeur de ses obligations ne seront pas toujours portés devant la justice dès que cette inexécution est constatée par le salarié. Celui-ci prendra toute la mesure des risques sur la continuité de la relation de travail qu'il y aurait à agir contre son employeur : en effet, un différend judiciaire risquerait sans doute de détériorer encore plus le climat entre les parties, et compromettrait l'avenir du salarié dans l'entreprise. Aussi, ce sera le plus souvent *après* la rupture du contrat de travail qu'il engagera la responsabilité de son employeur. Mais alors, si l'inexécution a eu pour conséquence la rupture du contrat de travail, le salarié demandera également la mise en cause de la validité de cette rupture et sa requalification en licenciement, ce qui pourra amener les magistrats à examiner l'influence de l'inexécution par l'employeur de ses obligations sur la validité de la rupture.

452. - D'autre part, il se peut que le salarié ait à faire face à une dégradation irrémédiable de la relation de travail. Cette idée est particulièrement caractérisée en matière de démission : en effet, lorsque l'employeur n'exécute plus une obligation essentielle pour le salarié, telle que le paiement des salaires, celui-ci n'a en principe plus rien à perdre et il osera par conséquent agir en responsabilité contre son employeur. Mais le caractère alimentaire, essentiel à la vie du salaire se conciliera mal avec les délais des procédures judiciaires, aussi le salarié sera-t-il conduit à démissionner pour conclure un contrat de travail avec un autre employeur[1521]. De même, lorsque l'employeur n'exécute plus loyalement ses obligations, par exemple lorsqu'il instaure un climat invivable[1522], le salarié va être contraint de résilier rapidement le contrat de travail pour échapper à ce harcèlement. A nouveau ici, outre l'action spécifique liée à la

---

[1521] Cass. soc. 7 décembre 1993, Dr. soc. 1994, p. 210 : « *le salarié, n'ayant pas été payé, avait été contraint de rechercher un autre emploi afin de pouvoir assurer ses obligations personnelles, dont des crédits et ses charges familiales* ».

[1522] Cass. soc. 16 juin 1993, Cah. prud'h. 1995, p. 118.

responsabilité contractuelle de son employeur (rappel de salaires...), le salarié sera tenté de mettre en cause la validité de cet acte juridique formé postérieurement[1523].

Il est donc tout à fait utile de raisonner comme le font les magistrats, face à l'inexécution par l'employeur de ses obligations, non plus seulement en termes de responsabilité, mais en termes de validité de l'acte juridique postérieur, et plus spécifiquement de violence viciant la volonté du salarié.

Il reste à préciser les hypothèses dans lesquelles l'inexécution du contrat de travail pourra caractériser le vice de violence.

B - Matérialisation de la violence et inexécution par l'employeur de ses obligations

453. - Selon l'article 1134 du Code civil, qui figure d'ailleurs en visa de certaines décisions rendues[1524], un contrat doit être exécuté conformément à ses stipulations. La dimension institutionnelle du rapport d'emploi impose en outre à l'employeur le respect de nombreuses obligations d'origine étatique ou conventionnelles. La conclusion du contrat de travail entraîne ainsi l'obligation d'exécuter ses stipulations particulières, mais également l'obligation de respecter l'ensemble du statut impératif régissant la relation de travail. L'article 1134 prescrit également, dans son troisième alinéa, l'exécution de bonne foi de ce contrat.

Le non respect de ces deux catégories d'obligations matérialisera la violence en droit du travail, mais selon des degrés divers. Certes, dans ces deux hypothèses, l'inexécution par l'employeur de ses obligations contraint le salarié à former un acte juridique (le plus souvent une démission), qui sera ensuite invalidé, requalifié. Seulement, le recours à la violence apparaît moins nécessaire en cas d'inexécution des obligations nées du contrat de travail, qu'en cas d'inexécution de l'obligation générale de loyauté et de bonne foi.

En effet, si l'inexécution par l'employeur de son obligation générale de bonne foi et de loyauté est souvent explicitement assimilée par les juges

---

[1523] En pratique, l'employeur s'opposera à la demande d'indemnités opérée par le salarié, arguant que celui-ci a démissionné. Le salarié devra alors prouver l'absence de validité de cette démission.

[1524] V. par exemple Cass. soc. 22 septembre 1993, Bull. civ. V, n° 221, p. 151 ; JCP 1994, éd. E, II, 617 note G. LACHAISE. Le commentateur s'étonne de cette référence mais semble la relier, de manière erronée à notre avis, à la démission et non à l'inexécution du contrat de travail.

à la violence (2), le non respect des obligations issues du contrat de travail sera souvent sanctionné par l'utilisation directe de la technique de la requalification en licenciement, et ce principalement en raison de l'influence de la théorie de la modification du contrat de travail (1). Ainsi, le champ d'application du vice de violence en droit du travail, s'il apparaît élargi par rapport au droit commun, ne s'étendra cependant pas uniformément à toutes les hypothèses d'inexécution par l'employeur de ses obligations.

1 - L'influence de la théorie de la modification du contrat sur le non respect des obligations issues de la conclusion du contrat de travail

454. - En raison de l'existence d'un véritable *corpus* statutaire, le respect des obligations issues du contrat de travail vise non seulement l'obligation pour l'employeur d'exécuter les clauses contractuelles ou conventionnelles, mais également, étant donné le caractère impératif des textes en droit du travail, les obligations imposées par le législateur ou la jurisprudence comme découlant naturellement de la conclusion d'un contrat de travail.

Après avoir donné les illustrations les plus typiques de telles inexécutions (a), il faudra examiner plus précisément le rejet partiel de la qualification de violence, en raison de l'application plus directe de la théorie de la modification du contrat (b).

a - Illustrations du non respect de ces obligations

455. - Le salarié sera notamment contraint à démissionner si l'employeur commet des « *entraves délibérées à l'exercice normal par* [lui] *de son contrat de travail* »[1525]. Ainsi les magistrats ont-ils constaté que « *le contrat de travail avait été vidé de sa substance par l'employeur qui, en abandonnant les principales cartes de représentation qu'il détenait, avait contraint* [le salarié inspecteur commercial à démissionner] »[1526]. Il en va de même si l'employeur ne paie pas l'intégralité de la rémunération due au salarié[1527] (la salariée était alors « *contrainte de résilier son contrat de*

[1525] Cass. soc. 9 mai 1989, Sté Encyclopaedia Britannica limited/Mme Figaret, CERIT.

[1526] Cass. soc. 16 février 1983, Bull. civ. V, n° 83, p. 57.

[1527] Cass. soc. 22 septembre 1993, Bull. civ. V, n° 221, p. 151 ; JCP 1994, éd. E, II, 617 note G. LACHAISE - Cass. soc. 7 décembre 1993, Dr. soc. 1994, p. 210 - Cass. soc. 7 novembre 1995, RJS 12/95, n° 1232, p. 788.

travail »[1528]) ou s'il ne paie pas les heures supplémentaires ou si l'employeur « *n'avait pas affilié la salariée à la caisse des cadres et payé les cotisations afférentes* »[1529]. Le salarié qui ne parvient pas à obtenir le paiement de ses salaires ou n'obtient ceux-ci qu'avec un grand retard et qui, ulcéré, donne sa démission et quitte l'entreprise, ne peut être considéré comme responsable de la rupture : sa démission a été provoquée par le comportement fautif de l'employeur. La rupture est imputable à celui-ci[1530]. On retrouve la même solution lorsque l'employeur ne verse pas les augmentations de salaire contractuellement prévues[1531] ou les primes[1532].

Ainsi les juges estiment que les manquements de l'employeur à ses obligations principales (surtout concernant la rémunération) contraignent le salarié à démissionner : par exemple, dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 22 septembre 1993, ils énoncent que « *la rupture* [du contrat de travail] *s'analyse en un licenciement lorsque l'employeur, par son fait, a rendu impossible pour le salarié la poursuite du contrat de travail et l'a* ***contraint*** *à démissionner* (...) *Qu'en statuant comme il l'a fait, alors qu'il résultait de ses propres constatations que l'employeur, qui n'avait pas payé* (...) *l'intégralité de la rémunération du salarié, avait* ***contraint*** *l'intéressé à cesser son travail*(...), *le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés* »[1533]. Sa volonté n'ayant pas été libre mais provoquée par l'employeur[1534], la rupture sera imputable à celui-ci.

La notion de violence est évidemment sous-jacente, mais elle n'est pas toujours explicitement utilisée. Parfois même, les magistrats imputent directement la rupture à l'employeur[1535]. Surtout, les décisions sont nombreuses dans lesquelles les magistrats appliquent la théorie de la

---

[1528] Cass. soc. 20 juillet 1993, CSBP 1993, 270, S.140 - Cass. soc. 13 décembre 1995, RJS 2/96, n° 126, p. 84.

[1529] Cass. soc. 4 novembre 1993, SARL Rica-SARL Ronald/Mme Dedieu, CERIT.

[1530] Cass. soc. 1er avril 1976, Bull. civ. V, n° 208, p. 172 - Cass. soc. 9 janvier 1985, Les Ebenos du Val d'Oise/Montminel, CERIT. Voir déjà Cass. soc. 22 octobre 1959, JCP 1960, II, 11536.

[1531] Cass. soc. 21 mars 1984, Juri-Soc.1984, SJ120, SARL Music/Dumas.

[1532] Cass. soc. 16 novembre 1983, Bull. civ. V, n° 552, p. 391 - Cass. soc. 8 novembre 1979, Bull. civ. V, n° 827, p. 612 - Cass. soc. 21 mars 1990, Bull. civ. V, n° 130, p. 80.

[1533] Cass. soc. 22 septembre 1993, Bull. civ. V, n° 221, p. 151 ; JCP 1994, éd. E, II, 617 note G. LACHAISE. Les juges du fond adoptent un raisonnement similaire. Voir par exemple CA Reims 20 janvier 1999, SA Wagner et Bonnefois/Blanchegelay, CERIT : le salarié est *contraint* à démissionner en raison du non respect par l'employeur de la législation sur les temps de repos et de conduite. Voir également CA Grenoble 2 mai 2000, Me Billioud et a./Rusin, CERIT.

[1534] Cass. soc. 18 novembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 97, obs. J.-E. RAY : « *l'employeur qui ne verse pas les rémunérations dues à leur échéance (...) provoque la rupture du contrat de travail qui s'analyse en un licenciement* ».

[1535] Voir par exemple Cass. soc. 12 octobre 1999, Dr. soc. 2000, p. 113, obs. J.-P. LABORDE.

modification du contrat de travail, alors que les circonstances de fait sont similaires.

b - L'influence de la théorie de la modification du contrat de travail

456. - Il semble que l'on doive faire une distinction entre inexécution du contrat de travail et modification de ce contrat[1536]. M. PELISSIER évoque ainsi les « *modifications des contrats en cours d'exécution* » et les « *ruptures intervenant à la suite de l'inexécution par l'employeur de ses propres obligations* »[1537]. Cette distinction a-t-elle une conséquence sur le régime de la démission qui fait suite à ces deux hypothèses ?

457. - La raison principale pour laquelle cette question doit être posée réside dans la tendance très nette des magistrats à utiliser le mécanisme de la requalification en licenciement, dans le cadre de la modification imposée par l'employeur. En effet, lorsque l'employeur modifie unilatéralement le contrat de travail, le salarié peut immédiatement réclamer en justice des indemnités de rupture, et si les magistrats évoquent parfois l'idée de démission, souvent pour retenir que celle-ci n'était pas claire et non équivoque, il faut admettre qu'ils se placent le plus fréquemment directement sur le terrain du licenciement[1538]. Ils éludent ainsi la qualification initiale de la rupture à l'initiative du salarié et le vice qui justifierait sa requalification en licenciement[1539], car la technique est autre : depuis l'arrêt Raquin[1540], la modification du contrat[1541] unilatéralement imposée au salarié s'analyse en un licenciement[1542].

Au contraire, dans le contentieux relatif à l'inexécution du contrat, la référence au vice de violence, ou du moins à la contrainte, apparaît moins exceptionnelle[1543]. On peut alors se demander si ce constat ne traduirait pas

---

1536 J. SAVATIER, *La réduction du salaire : inexécution ou modification unilatérale du contrat de travail ?*, Dr. soc. 1986, p. 867.

1537 J. PELISSIER, *Le licenciement et les autres modes de rupture du contrat de travail*, Dr. soc. avril 1978, Sp. 6, spéc. Sp. 8.

1538 J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 368, p. 410. Voir par exemple Cass. soc. 4 juin 1998, Bull. civ. V, n° 300, p. 228 - Cass. soc. 20 janvier 1998, Bull. civ. V, n° 23, p. 18.

1539 Voir à titre exceptionnel Cass. soc. 10 avril 1991, RJS 6/91, n° 690, p. 369.

1540 Cass. soc. 8 octobre 1987, Dr. soc. 1988, p. 141, n. J. SAVATIER.

1541 Par opposition au simple changement des conditions de travail, selon la terminologie adoptée par la Cour de cassation en 1996 (Cass. soc. 10 juillet 1996, RJS 8-9/96, n° 900, p. 580 ; Bull. civ. V, n° 278, p. 196).

1542 Sur la modification du contrat de travail, *cf. supra* n° 150.

1543 Voir par ex. Cass. soc. 22 septembre 1993, Bull. civ. V, n° 221, p. 151 ; JCP 1994, éd. E, II, 617 note G. LACHAISE.

l'inutilité pour le salarié de plaider la violence en cas de modification de son contrat de travail imposée par l'employeur, puisque l'analyse se situe directement sur le terrain du licenciement. A l'inverse, ce vice de violence serait plus utile en cas de simple inexécution par l'employeur des obligations nées de la formation du contrat de travail, où l'on ne constate pas (encore) un analyse directe en terme de licenciement.

458. - *A priori* pourtant, il semble n'y avoir guère de raisons pour différencier ces deux hypothèses. La modification du contrat suppose effectivement l'accord de l'employeur et du salarié. Par conséquent, tant que ce dernier ne l'a pas acceptée, la modification n'est pas acquise et donc la prétendue « *modification unilatérale imposée* » par l'employeur n'est pas autre chose qu'une inexécution du contrat selon ses stipulations antérieures. Il est donc très délicat d'opérer une distinction entre ces deux hypothèses : par exemple, si l'employeur diminue le salaire d'un salarié, il est *a priori* difficile de déterminer s'il s'agit d'une simple exécution partielle du contrat ou de sa « *modification unilatérale* ».

Certes, souvent, lorsque l'employeur impose une modification du contrat, il n'exécute plus les stipulations antérieures tout en indiquant au salarié, au moins implicitement, que cette inexécution est finalisée, c'est-à-dire qu'elle consacre, dans son esprit, définitivement ou temporairement, une modification du contrat. Au contraire, une simple inexécution surviendra plutôt de manière fortuite sans que l'employeur n'ait forcément la volonté de modifier le contrat. Mais cette recherche de l'intention de l'employeur est forcément subjective et par conséquent difficile à réaliser. Elle ne peut constituer un critère fiable de distinction.

459. - En réalité, cette distinction s'impose. La modification unilatéralement imposée par l'employeur se distingue en effet de l'inexécution par l'employeur de ses obligations par son objet plus restreint : la théorie de la modification ne joue que pour les obligations stipulées dans le contrat de travail ou qui en constituent le socle, les éléments essentiels[1544]. Mais l'employeur est astreint plus largement à respecter des obligations légales, conventionnelles, voire nées d'un accord atypique, d'un engagement unilatéral[1545]. Par exemple, si l'employeur ne verse plus une prime prévue par un usage, il s'agira d'une inexécution par

---

[1544] *Cf. supra* n° 244.
[1545] *Cf. supra* n° 58 s.

l'employeur de ses obligations, mais pas d'une modification unilatérale du contrat de travail car cette hypothèse ne s'est pas (par hypothèse) incorporée au contrat de travail.

Ainsi, si toute modification du contrat de travail unilatéralement imposée au salarié constitue une inexécution des obligations nées de ce contrat, toute inexécution de ces obligations ne constitue pas à l'inverse une modification unilatérale. Dès lors, s'il supplante l'intérêt de raisonner à partir du vice de violence dans le cadre de la modification du contrat, l'attrait du concept de licenciement est beaucoup moins fort en cas de simple inexécution des obligations nées du contrat. Le licenciement n'occulte pas l'intérêt que présente le vice de violence dans ces hypothèses, même s'il n'y est fait parfois référence que de manière implicite.

460. - Globalement, l'inexécution par l'employeur de ses obligations nées de la conclusion du contrat de travail constitue donc un cas de violence. Cette qualification de violence n'est que partiellement cantonnée par la théorie de la modification du contrat de travail. Même si cette extension du champ d'application du vice de violence n'est pas toujours très nette en ce qui concerne le non respect des obligations issues de la conclusion du contrat de travail, elle est plus évidente en ce qui concerne le non respect de l'obligation générale de loyauté et de bonne foi. Il est vrai que dans ces hypothèses, l'influence de la théorie de la modification du contrat de travail est marginale, ce qui évite le conflit ci-dessus exposé, et par conséquent les juges ne se situent pas automatiquement directement sur le terrain du licenciement, mais transitent souvent par la mise en cause de la validité de la rupture du contrat de travail initialement réalisée.

2 - Le non respect de l'obligation générale de loyauté et de bonne foi

461. - La violence est constituée ici par l'inexécution, non pas d'une obligation précise née du contrat de travail, mais de l'obligation plus générale de bonne foi imposée par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil.

L'article 1134 alinéa 3 du Code civil pose le principe de la loyauté et de la bonne foi dans l'exécution du contrat[1546], et la Chambre sociale de la

---

[1546] Sur un plan général, voir D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica 1994, p. 125 - Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Préface G. Couturier, LGDJ 1989, Bibl. dr. priv., t. 208 - A. BENABENT, *Rapport français*, in *La bonne foi, Journées louisianaises*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, Litec 1992, t. 43, p. 291 - A. TEISSIER, *La loyauté dans les relations*

Cour de cassation s'en est parfois inspirée, soit pour imposer une telle obligation au salarié (obligation de non concurrence, de discrétion[1547], d'information et de justification en matière de maladie[1548]), soit pour justifier l'obligation de reclassement[1549] et « *l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* »[1550] imposées à l'employeur dans le cadre d'un licenciement pour motif économique[1551], ou pour contrôler la mise en oeuvre de certaines clauses, notamment de mobilité[1552].

Mais plus généralement, sans faire naître d'obligations précises à la charge de l'employeur, ce devoir de loyauté lui impose un comportement correct[1553], obligation plus vaste qu'ont parfaitement exprimée les magistrats de la Cour d'appel de Grenoble : « *l'employeur est tenu vis-à-vis de ses salariés d'un devoir de respect et de politesse : il ne doit pas attenter à leur dignité* »[1554].

S'il viole son obligation, les juges estiment que la démission du salarié a alors été contrainte et la requalifient en licenciement (a). Ainsi, le recours à la notion de violence est encore utile ici puisque la théorie de la modification du contrat n'est pas applicable. Cependant, une qualification propre au droit du travail s'apprête à être consacrée par le législateur sous la

---

individuelles de travail, Th. Paris II 1997 - F. VASSEUR-LOMBRY, *La bonne foi dans les relations individuelles de travail*, Petites Affiches 17 mars 2000, n° 55, p. 4.

1547 Notamment pour les cadres : C. MARRAUD, S. SCHMITT, *Les désaccords d'un cadre et de son employeur*, RJS 11/94, p. 730.

1548 A. ETIENNOT, P. ETIENNOT, *Les obligations du salarié pendant un arrêt de travail pour maladie*, Bull . soc. F.Lef. 1993, p. 525.

1549 Cass. soc. 8 avril 1992, Dr. soc. 1992, p. 626 ; JCP éd. E 1992, II, p. 360 note J. SAVATIER.

1550 Cass. soc. 25 février 1992, Dr. soc. 1992, p. 392 ; D. 1992, Somm. 294, obs. A. LYON-CAEN.

1551 Voir P. ETIENNOT, *La formation professionnelle dans le contrat de travail*, thèse Nancy II 1994, p. 366 et s. Cette création jurisprudentielle est aujourd'hui consacrée par le législateur : art. L. 932-2 C. trav. (Loi du 19 janvier 2000).

1552 Cass. soc. 18 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 734, obs. B. GAURIAU ; JCP 2000, G, p. 40, n. C. PUIGELIER.

1553 Voir par exemple A. BENABENT, *Rapport français*, in *La bonne foi, Journées louisianaises*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, Litec 1992, t. 43, spéc. p. 293, qui évoque « *un comportement honnête dans les relations contractuelles* ».
De même, voir D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica 1994, p. 125, spéc. n° 2, p. 127 : « *contrat* intuitu personae *par excellence, le contrat de travail exige de la part de chaque partenaire une loyauté quotidienne* ».
Cet auteur distingue d'ailleurs cette obligation générale de loyauté, obligation de ne pas faire (absence de malhonnêteté) des obligations plus précises nées de ce devoir de loyauté, obligations de faire (spéc. n° 23, p. 136).

1554 CA Grenoble 6 mai 1992, Sté Acore/Melle Naili, Action Juridique 1993, n° 102, p. 17. Voir également CA Montpellier 17 juin 1998, SA Défi/Mme Standinguer et autres, CERIT : l'employeur a l'obligation de « *se comporter convenablement avec ses employés* ».

dénomination de harcèlement moral (b), qui pourrait réduire la nécessité pour le salarié d'invoquer le vice de violence dans ces hypothèses.

a - La caractérisation de la violence

462. - Elle sera caractérisée par exemple lorsque l'employeur instaure un climat désagréable, voire injurieux, rendant « *intolérable pour le salarié la poursuite des relations contractuelles* »[1555]. Il en va de même en cas d'attitude grossière de l'employeur envers le salarié[1556], de manifestations constantes d'hostilité et d'humiliation[1557], de mesures vexatoires[1558], voire de véritable « *guerre des nerfs* »[1559]. Un exemple déjà ancien est à cet égard évocateur[1560] : les magistrats constatent que la société avait adressé au salarié « *une « avalanche » de reproches, d'observations plus ou moins acerbes, (...) et que, dans un esprit évident de tracasserie elle avait fait placer un voyant lumineux sur sa voiture de service pour lui « rappeler » qu'il devait limiter sa vitesse* ». Est également requalifiée en licenciement la démission donnée « *en raison du comportement fautif de l'employeur, qui a refusé d'accorder à une salariée ses congés d'été en même temps que son mari et a fait régner dans le bureau une atmosphère tabagique au détriment de l'intéressée* »[1561].

Enfin, il en va de même en présence d'acharnement inutile et injuste exercé à l'encontre de la salariée (reproches incessants sous forme de courriers quotidiens adressés par voie recommandée[1562]). Plus généralement, on retrouve une violence morale quand l'employeur provoque la démission du salarié par de vifs reproches[1563], des propos blessants[1564] ou l'humiliation publique[1565].

[1555] CA Paris 22ème ch B 30 novembre 1984, SARL Maxi-Shop/M. Elias, CERIT - CA Bourges 17 janvier 1997, SA Porcelaines et Céramiques Industrielles Avignon/Mme Thomas, CERIT : « *en droit la démission donnée par un salarié victime de la part de l'employeur d'un comportement qui rend impossible ou même seulement très difficile la poursuite de la relation de travail ne peut être considérée comme ayant été librement donnée* ».

[1556] CA Versailles 11ème ch., 8 octobre 1990, RJS 1/91, n° 116, p. 60 – CA Montpellier 11 octobre 2000, Coraud/Mme Morano-Selighini, CERIT.

[1557] CA Paris 18ème chambre A 19 avril 1982, Juris-Data n° 026310 – CA Dijon 29 juin 2000, SA Badaoui/Mme Collin, CERIT (20 années à subir la nervosité de l'employeur) – CA Poitiers 30 janvier 2001, Berthome/Me Courret et a., CERIT.

[1558] Cass. soc. 16 février 1989, Bull. civ. V, n° 137 p. 82 - Cass. soc. 17 octobre 1984, JCP 1985, éd. E, I, 13998 – CA Toulouse 27 octobre 2000, Richard/SARL Leyrat, CERIT.

[1559] Cass. soc. 16 juillet 1987, CSBP 1990, p. 115.

[1560] Cass. soc. 7 octobre 1970, Bull. civ. V, n° 503, p. 410.

[1561] Cass. soc. 13 décembre 1995, RJS 2/96, n° 106, p. 78.

[1562] CA Nancy 18 septembre 1985, CRT des Caisses d'Epargne de l'Est/Mme Hanrion, CERIT.

[1563] Cass. soc. 5 mars 1987, Mansour, Cah. prud'h. 1988, p.16 - Cass. soc. 4 juin 1987, Sté Romo Distribution, Bull. civ. V, n° 355, p. 226.

Ces différentes illustrations sont caractéristiques d'une attitude hostile de l'employeur qui va contraindre le salarié à démissionner, voire à accepter une transaction, une modification ou une rupture amiable de son contrat de travail. Or, cette attitude est significative d'une exécution déloyale de la part de l'employeur du contrat de travail.

463. - Tout comme l'inexécution des différentes obligations particulières nées de la formation du contrat de travail, l'inexécution de l'obligation générale de loyauté et de bonne foi peut donc constituer la matérialisation du vice de violence. Il faut néanmoins reconnaître que les magistrats ne se réfèrent pas à l'article 1134 alinéa 3. Un auteur a déjà noté cette absence de références expresses, « *la loyauté* [apparaissant] *donc comme une notion sous-jacente dans les relations individuelles de travail* »[1566].

De même, la référence à la notion de violence n'apparaît pas non plus expressément, mais les magistrats utilisent fréquemment les substantifs « *pressions* », « *contraintes* », « *manœuvres intolérables* ». L'idée de violence viciant la volonté du salarié est ainsi sous-jacente. Surtout, elle est plus présente qu'en ce qui concerne le non respect des obligations nées du contrat, car elle apparaît encore nécessaire à caractériser pour obtenir la nullité ou la requalification de l'acte juridique formé par le salarié sous une telle contrainte. La théorie de la modification n'est en effet guère applicable ici. Il se peut cependant que ce contentieux soit bientôt absorbé par celui relatif au harcèlement moral.

b - Le harcèlement moral

464. - Egalement qualifié de harcèlement psychologique[1567], de « *mobbing* » en anglais[1568], ce comportement, pouvant émaner de l'employeur comme des collègues, subordonnés ou supérieurs hiérarchiques

---

[1564] Cass. soc. 16 avril 1986, Bull. civ. V, n° 127, p. 101 – CA Chambéry 5 septembre 2000, Mme Diluca/Bouillet, CERIT.

[1565] Cass. soc. 3 juillet 1986, Bull. civ. V, n° 351, p. 270 – CA Montpellier 6 décembre 2000, SA Phimau/Mle Laboz, CERIT.

[1566] A. TEISSIER, *La loyauté dans les relations individuelles de travail*, Th. Paris II 1997, n° 2, p. 8.

[1567] P. ACTON, E. DELESSEUX, *De la nécessité de prévenir et de réprimer la discrimination ou le harcèlement psychologique dans la vie professionnelle*, Petites Affiches, 21 août 1996, n° 101, p. 7.

[1568] *To mob* signifie houspiller, malmener, attaquer (Harrap's compact, Dictionnaire anglais/français, français/anglais, 1987, p. 262.

du salarié victime, a acquis récemment une certaine notoriété publique après la publication d'ouvrages[1569] et d'enquêtes[1570] à ce sujet. Il a inévitablement provoqué la réflexion des juristes[1571].

Si toute situation professionnelle est source de stress, l'ampleur du phénomène[1572] et les traumatismes subis par certains salariés ont conduit au dépôt le 22 décembre 1999 d'une proposition de loi *relative au harcèlement moral au travail* présentée par M. HAGE[1573], aujourd'hui intégrée, après modification, dans le projet de loi de modernisation sociale[1574].

465. - Certains aspects de cette proposition de loi, non repris actuellement dans le projet gouvernemental, ne seront pas examinés ici puisqu'ils ne concernent pas réellement notre sujet. Il en va ainsi des mécanismes de prévention d'un tel comportement, notamment par l'extension du droit de retrait du salarié[1575] et du droit d'alerte du représentant du personnel[1576], l'intégration de la lutte contre le harcèlement moral au nombre des missions attribuées au comité d'hygiène, de sécurité et

---

1569 M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien*, éd. Syros 1998 - A. DURIEUX, S. JOURDAIN, *L'entreprise barbare*, éd. Albin Michel 1999 - D. et K. RHODES, *Le harcèlement psychologique*, éd. Marabout 1999 - M.-F. HIRIGOYEN, *Malaise dans le travail : harcèlement moral, déceler le vrai du faux*, Syros 2001.

1570 L. VAN EECKHOUT, *Un Français sur dix se déclare victime de violence dans l'entreprise*, Le Monde, 7 octobre 1998, Initiatives IV. Voir également le dossier réalisé par Le Nouvel Observateur, n° 1785, 21 janvier 1999, p. 10 à p. 21 : *Ces collègues et patrons qui vous rendent fou* , le rapport du BIT, *La violence au travail,* 2000 et M. DEBOUT, *Le harcèlement moral au travail*, Avis du Conseil économique et social, 2001.

1571 S. LICARI, *De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral au travail*, Dr. soc. 2000, p. 492 - P. BOUAZIZ, *Harcèlement moral dans les relations de travail, essai d'approche juridique*, Dr. ouv. 2000, p. 192, et les nombreux arrêts cités - P. RAVISY, *Le harcèlement moral au travail*, Delmas Express 2000 - B. LAPEROU, *La notion de harcèlement moral dans les relations de travail*, RJS 6/00, p. 423 – F. BOCQUILLON, *Harcèlement professionnel, accidents du travail et maladies professionnelles*, Dr. ouv. 2000, p. 520.
Voir par exemple CA Riom 22 février 2000, sur le suicide d'un salarié imputable au harcèlement moral, D. 2000, jur. p. 634, n. Y. SAINT-JOURS – CA Paris 16 mai 2000, Dr. ouv. 2000, p. 341, note C. LEVY – CA Toulouse 18 mai 2000, CA Nancy 13 novembre 2000, RJS 2/01, n° 163, p. 114 – CA Toulouse 30 novembre 2000, SARL Teinture et Apprets du Thore et a./Sablairolles, CERIT.

1572 Les auteurs de la proposition de loi (note suivante) citent une recherche de 1998 menée par la *Fondation européenne*, selon laquelle 9% des salariés français, soit 1,9 millions de personnes, auraient été victimes d'intimidations ou de brimades sur leur lieu de travail au cours des 12 mois précédents.

1573 Et d'autres députés constituant le groupe communiste et apparentés.

1574 Voir l'article 50 quater, tel qu'il a été voté en première lecture (Sem. soc. Lamy 2001, Actualités, p. 4). Au jour où nous imprimons (le 29 mai 2001), le vote définitif de la loi n'a pas eu lieu. Les développements qui suivent sont donc donnés sous réserve d'éventuelles modifications.

1575 Art. L. 231-8 C. trav.

1576 Art. L. 231-9 C. trav.

des conditions de travail[1577] et au nombre des causes pouvant justifier l'intervention du médecin du travail[1578].

Il est au contraire fort éclairant de s'intéresser à la notion même de harcèlement. Il apparaîtra alors que cette nouvelle qualification ne fait en réalité que recouvrir la violence telle qu'elle est conçue, de manière large, en droit du travail.

Selon les rédacteurs de la proposition de loi, le harcèlement moral au travail doit être défini comme un « *harcèlement par la dégradation délibérée des conditions de travail* ». Le projet de loi s'écarte quelque peu de cette définition. Le futur article L. 122-49 devrait disposer : « *aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité et de créer des conditions de travail humiliantes ou dégradantes* ». Cette conception générale permettrait de sanctionner non seulement *les atteintes à la dignité et à l'intégrité psychique*, mais également *les pressions psychologiques*[1579]. Surtout, les causes de ce harcèlement résideraient principalement dans *l'exécution de mauvaise foi du contrat [de travail] par l'employeur*[1580]. D'ailleurs, il est prévu un article L. 120-4 du Code du travail, selon lequel « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ». Selon les auteurs de cette proposition, ce fondement favoriserait la sanction de comportements subtils de l'employeur qui ne tomberaient pas sous le coup d'autres dispositions, telles que celles relatives à la modification des obligations nées du contrat de travail.

466. - Or, ces différents arguments n'apparaissent pas convaincants de l'utilité de légiférer dans ce seul but. En premier lieu, affirmer le principe selon lequel le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi ne devrait guère modifier le droit positif, tant la jurisprudence applique ce principe, en se référant d'ailleurs directement à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil[1581].

En second lieu, de manière plus fondamentale, le mécanisme de la violence, tel qu'il est conçu en droit du travail, est parfaitement capable de résoudre les problèmes évoqués par les auteurs de la proposition de loi. Il est admis que la manifestation la plus courante du harcèlement

---

1577 Art. L. 236-2 C. trav.

1578 Notamment à travers le recours au certificat d'inaptitude prévu par l'article L. 241-10-1 C. trav.

1579 Le texte en italique est extrait de l'exposé des motifs de la proposition de loi.

1580 C'est d'ailleurs ce qui ressort de la jurisprudence, voir P. BOUAZIZ, *Harcèlement moral dans les relations de travail, essai d'approche juridique*, Dr. ouv. 2000, p. 192.

1581 *Cf. supra* n° 461.

psychologique consiste à soumettre un salarié à de « *petites attaques réitérées, qu'il s'agisse de paroles ou de gestes* »[1582]. Le but est en effet de nuire moralement à la victime, soit par une attitude hostile, désagréable, soit par une série de tracas causés lors de l'exécution quotidienne de sa tâche. Les auteurs de la proposition de loi évoquent *des brimades, des vexations, voire des refus de communication.* Or, ces hypothèses sont précisément celles évoquées à propos de la violence résultant de l'inexécution par l'employeur de son obligation de loyauté et de bonne foi[1583].

De même, dans le projet de loi, l'expression « *pour objet ou pour effet* » indique que les magistrats n'auront pas à s'intéresser à l'intention de l'auteur du harcèlement moral. Or, il a déjà été précisé que le vice de violence, en droit du travail, se caractérise justement par une telle indifférence[1584]. La qualification de harcèlement moral ne permet dès lors pas d'appréhender des comportements de l'employeur qui n'auraient jusque là pas été sanctionnés, mais au contraire elle fait double emploi avec un mécanisme déjà existant. L'apport essentiel de ce projet résiderait en réalité dans le régime du harcèlement, ainsi que dans sa sanction, la nullité de la rupture entraînant la « *réintégration* » du salarié. Il s'agit surtout de donner une certaine « *visibilité* » à la sanction de tels comportements comme cela existe, les auteurs le rappellent, en ce qui concerne la modification du contrat de travail. Un autre intérêt est également l'incrimination, sur le plan pénal, du harcèlement moral[1585].

Ainsi, la qualification de harcèlement moral n'élargit pas plus la conception de la violence en droit du travail, mais se superpose à certaines de ses matérialisations.

De manière générale, le droit du travail étend le champ d'application du vice de violence aux hypothèses d'inexécution par l'employeur de ses obligations. Cependant, ce recours extensif au vice de violence tend à diminuer pour deux raisons. D'une part, l'influence de la théorie de la modification du contrat de travail, plus efficace pour aboutir à la requalification en licenciement de la situation litigieuse, réduit la nécessité de se référer au vice de violence. C'est une manifestation de l'hégémonie du

---

1582 P. ACTON, E. DELESSEUX, *De la nécessité de prévenir et de réprimer la discrimination ou le harcèlement psychologique dans la vie professionnelle*, Petites Affiches, 21 août 1996, n° 101, p. 7, spéc. p. 8.

1583 B. LAPEROU, *La notion de harcèlement moral dans les relations de travail*, RJS 6/00, p. 423, spéc. p. 425 s.

1584 *Cf. supra* n° 341 s.

1585 Puni d'un an d'emprisonnement et de 100000 F. d'amende.

licenciement[1586]. D'autre part, le législateur croit bon de conférer une « *visibilité* » à la sanction de l'inexécution par l'employeur de son obligation générale de loyauté et de bonne foi, par une incrimination spécifique. La qualification de harcèlement moral rendra en effet inutile toute référence au vice de violence.

L'extension du champ d'application du vice de violence se manifeste également par la reconnaissance de la dépendance économique du salarié et des contraintes qui en résultent sur la liberté de sa volonté.

§2 - L'état de nécessité, la dépendance économique et le vice de violence

467. - Généralement défini comme la situation dans laquelle se trouve une personne qui, pour éviter un péril grave, cause à autrui un dommage de moindre importance, l'état de nécessité est une notion utilisée surtout en droit pénal puisqu'elle constitue un fait justificatif[1587]. Transposée en droit commun[1588], et désignant alors la contrainte sur la volonté d'une personne et causée par des événements extérieurs à l'activité d'une autre personne, elle n'a eu qu'un succès relatif[1589]. C'est cependant le droit du travail qui lui a donné une certaine vigueur lorsque la Cour de cassation, en 1965, a annulé un contrat de travail sur le fondement de la violence, en raison des circonstances ayant conduit le salarié à contracter. Le droit du travail assimile ainsi la notion de violence vice de la volonté et celle d'état de nécessité (A). Le droit du travail constitue il est vrai le terrain d'élection de cette dernière notion en raison de la situation de dépendance économique du salarié. Mais si l'état de nécessité peut caractériser le vice de violence, il serait contestable d'assimiler l'état de nécessité à la simple dépendance économique (B).

A - Etat de nécessité et vice de violence

468. - Il est communément admis en droit commun que la violence ne constitue en principe un vice de la volonté que si elle émane d'une personne et que ce n'est qu'exceptionnellement que des circonstances, des

---

[1586] *Cf. supra* n° 143 s.

[1587] Art. 122-7 nouv. C. pén.

[1588] P. LALLEMENT, *L'état de nécessité en matière civile*, th. Paris 1922.

[1589] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 224, p. 154.

événements extérieurs à l'activité d'une personne peuvent entraîner l'application des articles 1111 et suivants du Code civil[1590]. Selon certains auteurs, la sécurité contractuelle impose une conception relativement stricte de la violence[1591] : « *en effet, il est rare que le consentement soit parfaitement libre. Il est toujours partiellement déterminé par les circonstances qui font pression sur la volonté des individus* »[1592]. Or, l'état de nécessité s'oppose à cette exigence de sécurité en permettant à l'auteur d'une volonté de mettre en cause la validité de l'acte juridique ainsi formé sur le seul fondement de pressions occasionnées par des circonstances extérieures.

469. - L'état de nécessité est donc vecteur potentiel d'insécurité juridique s'il est admis trop facilement comme constitutif d'une contrainte sur la volonté d'une personne. C'est pourquoi la doctrine civiliste se réfère prudemment à cette notion[1593]. Et il est caractéristique que ce soit un arrêt de la Chambre sociale de la cour de cassation qui soit mis en exergue pour une application significative de ce concept[1594]. A nouveau, le droit du travail se singularise par rapport au droit commun, en permettant à un salarié d'annuler un acte juridique grâce à une conception élargie du vice de violence[1595].

Dans cette décision, le salarié représentant avait démissionné de son emploi puis accepté quelques jours plus tard de conclure un nouveau contrat de travail à des conditions beaucoup moins avantageuses. Les magistrats de

---

1590 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 238 s., p. 225 s. - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 223 s., p. 154 s. - J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 585 s., p. 567 s.

1591 G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ 2° éd. 1927.

1592 J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 586, p. 568.

1593 J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 586, p. 568. Voir cependant J. CARBONNIER, *Introduction*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. Savatier*, PUF 1985, p. 29, spéc. p. 36, qui évoque la nécessité de protéger le contractant que sa classe sociale ou sa situation financière mettait « *en état d'inégalité pour discuter ou refuser le contrat. Aussi le palliatif était-il souvent cherché dans une réinterprétation du vice de violence, qu'il eût fallu étendre de la contrainte physique à l'exploitation économique* ». Voir également CA Aix-en-Provence 8° ch., 19 février 1988, Rev. trim. dr. civ. 1989, p. 535, obs. J. MESTRE, à propos de relations entre un commerçant et son fournisseur : « *l'acceptation de ces dernières conditions procède de toute évidence d'un état de nécessité et de dépendance économique équipollent à une violence morale constitutive d'un vice du consentement* ».

1594 Cass. soc. 5 juillet 1965, Bull. civ. IV, n° 545, p. 460 ; Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 283, obs. J. CHEVALLIER.

1595 G. LOISEAU, *L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail*, in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI° siècle*, LGDJ 2001, p. 579, spéc. n° 7 s., p. 584 s.

la Cour d'appel avait par ailleurs constaté que le salarié « *qui devait quitter Paris et s'installer à Grenoble avec un enfant malade, avait de pressants besoins d'argent* ».

Pour accueillir la demande du salarié visant à faire appliquer les stipulations du contrat initial, et donc annuler le second contrat, la Cour d'appel et la Cour de cassation ont retenu la violence morale viciant sa volonté. Sans mentionner l'expression « *état de nécessité* », les magistrats ont néanmoins fait application de cette théorie puisque les pressions sur la volonté du salarié ne résultaient pas directement de l'employeur, mais étaient dues à la situation financière et personnelle désastreuse dans laquelle se trouvait le salarié et qui ne lui laissait guère le choix de contracter ou non[1596].

C'est donc le contexte qui a joué ici un rôle déterminant et plus particulièrement l'inégale situation économique des différents cocontractants.

B - Dépendance économique et vice de violence

470. - La jurisprudence travailliste, n'appliquant pas explicitement la théorie de l'état de nécessité, n'en définit pas par conséquent les éléments constitutifs. Tout au plus pourrait-on déduire de la décision de 1965 que le péril grave réside dans la menace pour la santé, voire la vie du salarié ou de ses proches, que constituerait l'absence de travail, et le moindre dommage causé à autrui résiderait dans l'annulation de l'acte juridique, déjouant ainsi les prévisions contractuelles du cocontractant.

Cependant, la notion de péril grave pour le salarié ou le candidat salarié reste très difficile à apprécier. Les magistrats, en n'évoquant que de « *pressants besoins d'argent* » et la maladie de l'enfant du salarié, semblent s'être fondés sur des critères d'espèce, plutôt vagues et subjectifs, si bien que la portée de l'arrêt de 1965 doit être relativisée. Cette jurisprudence est d'ailleurs restée isolée[1597] et a même été clairement contestée : ainsi M.

[1596] Il faut noter qu'apparemment, l'employeur « *refusait d'exécuter les obligations résultant du contrat initial* » et que les stipulations de la seconde convention étaient « *draconiennes* », pour une part illicites et « *l'ensemble était injuste* », ce qui laisse penser que si les circonstances extérieures ont été déterminantes dans la qualification de violence, celle-ci a néanmoins pour une part son origine dans le comportement de l'employeur.

[1597] V. Cass. soc. 30 octobre 1973, Bull. civ. V, n° 541, p. 496, parfois cité mais où l'employeur avait joué un rôle beaucoup plus direct dans les violences commises. Des auteurs (B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil-Obligations*, tome 2, *Contrat*, 6° éd. 1998, Litec, n° 561, p. 206) ont remarqué un arrêt de la Cour de cassation du 8 février 1984 : il s'agissait d'une démission

TEYSSIE énonce-t-il que « *la Cour de cassation estime qu'il n'y a point violence morale lorsqu'un salarié accepte des conditions de travail rigoureuses poussé par la nécessité d'assurer son existence matérielle et celle de sa famille* »[1598].

471. - En réalité, il faut encadrer cette jurisprudence dans des limites très strictes : si l'état de nécessité est accueilli comme constitutif d'une violence, c'est à la condition que le péril grave redouté par le salarié ne réside pas simplement dans sa dépendance économique envers l'emploi proposé. Une solution plus large serait source d'une très grande insécurité juridique en droit du travail. En effet, il a déjà été précisé que le salarié et l'employeur se trouvent dans une situation d'infériorité caractérisée par une subordination juridique et, très souvent, et même avant la conclusion du contrat de travail, par une dépendance économique du salarié envers son employeur[1599] : le caractère indispensable, voire vital de l'obtention d'un emploi (et de son maintien dans cet emploi) pour un salarié est communément admis[1600]. Il est donc avéré que le salarié est, la plupart du temps, dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de son employeur. Cette dépendance est de la nature de la relation de travail ainsi formée, le salaire obtenu en contrepartie du travail fourni étant en principe nécessaire à assurer l'existence du salarié.

Il est par conséquent irréaliste d'assimiler la dépendance économique et l'état de nécessité justifiant la mise en cause de la validité d'un acte juridique pour violence, en raison de la généralité des situations ainsi couvertes. Comment justifier que les magistrats puissent accueillir la demande du salarié visant par exemple à annuler un avenant à son contrat de travail au motif qu'il ne l'a accepté que par peur de perdre son emploi en

---

donnée par un salarié souffrant de douleurs persistantes. La Cour d'appel avait retenu le désarroi et requalifié la démission en licenciement. La Cour de cassation casse, estimant que les juges du fond n'avaient pas caractérisé l'existence d'un vice du consentement (Cass. soc. 8 février 1984, D. 1984, IR. p. 388).

MM. STARCK, ROLAND et BOYER pensent qu'il s'agit là d'une conception restrictive de la jurisprudence quant à l'admission de l'état de nécessité. Cependant, on peut estimer que le désarroi provoqué par des douleurs intenses ressortit plus de l'insanité d'esprit que de l'état de nécessité, qui devrait être réservé à des circonstances complètement externes au salarié.

Voir également CA Paris 21° ch. A, 22 octobre 1997, Mme Plisson/France Telecom, CERIT, qui relève l'état de dépendance économique du salarié qui l'avait obligé à accepter une novation de son contrat - CA Paris 4 janvier 2000, JCP 2000, G, p. 2237, n. P. PIERRE.

1598 B. TEYSSIE, *Droit du travail, 1-Relations individuelles de travail*, Litec, 2° éd. 1992, n° 442, p. 237.

1599 *Cf. supra* n° 20. V. G. POULAIN, *Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur*, Dr. soc. 1981, p. 754.

1600 J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 130, p. 151.

cas de refus ? C'est pourtant ce qu'ils ont pu décider, notamment dans un arrêt déjà ancien[1601] : un salarié avait accepté de résilier son contrat de travail pour en conclure immédiatement un nouveau, ce qui évitait à son employeur de payer une indemnisation conventionnelle. Le second contrat fut annulé car conclu sous la contrainte morale engendrée par la crainte du salarié de perdre son emploi. Les juges du fond ont depuis rendu des décisions allant dans le même sens. Ils ont ainsi pu décider que « *l'état de dépendance économique qui était* [celle du salarié] *l'obligeait à accepter les conditions qui lui étaient proposées* »[1602].

En fait, cette menace générale est omniprésente pour le salarié. Elle est inhérente à la relation de travail et ne devrait pas pouvoir justifier une telle action. La preuve en est donnée par l'absurde dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris[1603] : le délai de prescription de l'action en nullité pour violence court du jour où cette violence a cessé, soit, selon les juges, lorsque le contrat de travail est rompu. La violence résulte ici directement du lien de subordination !

Il faut donc que l'état de nécessité, par l'intermédiaire de la notion de péril grave, se distingue suffisamment de la simple dépendance économique. Ainsi, l'état de nécessité exprimerait un degré de gravité nettement supérieur à la dépendance économique. C'est ce contexte particulier qui avait apparemment emporté la décision dans l'arrêt du 5 juillet 1965, notamment la maladie de l'enfant du salarié et le nécessaire déménagement de Paris à Grenoble. Mais aucun critère précis n'est avancé pour déterminer le degré de gravité au-delà duquel on dépasse la simple dépendance économique pour accéder à l'état de nécessité.

472. - Si le champ d'application de la violence apparaît également élargi ici par rapport au droit commun, on peut cependant douter du réel apport de la notion d'état de nécessité, même entendue strictement et cantonnée dans les cas les plus graves. En effet, il sera sans doute possible de reconnaître une part d'initiative de l'employeur dans la violence ainsi

---

1601 Cass. soc. 20 février 1959, Dr. soc. 1959, p. 542.

1602 CA Paris 21° ch. A 22 octobre 1997, Mme Plisson ép. Declercq/France Télécom Direction commerciale et a., CERIT. Voir aussi CA Paris 4 janvier 2000, JCP 2000, G, p. 2237, n. P. PIERRE.

1603 CA Paris 4 janvier 2000, JCP 2000, G, p. 2237, n. P. PIERRE.

retenue, par exemple par l'abus de sa position pour obtenir des avantages excessifs de la part du salarié[1604].

Cette idée est d'ailleurs en germe dans la décision de 1965 puisque les magistrats constatent que l'employeur avait imposé des stipulations excessives, injustes, « *draconiennes* » voire illicites. Ce comportement sans conteste fautif[1605] de l'employeur qui profite ouvertement de la situation difficile du salarié justifie de retenir la violence qui, on l'a vu peut être matérialisée lorsque l'employeur n'adopte pas un comportement loyal. Ce raisonnement fait lui aussi appel à une conception élargie de la violence, mais il n'est pas aussi potentiellement destructeur que celui reposant sur l'état de nécessité car il supposera toujours une origine de la violence, de l'abus commis, dans le comportement de l'employeur, et non pas dans des circonstances extérieures banales en droit du travail, ou difficiles à cerner en cas de restrictions à un imprécis degré de gravité.

Conclusion du Chapitre II

473. - L'autonomie du droit du travail par rapport au droit commun résulte ici de la modification du champ d'application matériel de certaines notions régissant la volonté. Il s'agit pour le droit du travail d'étendre les qualifications prévues en droit commun à des circonstances spécifiques de ce droit spécial. Il peut ainsi appréhender, et éventuellement sanctionner, certains comportements de l'employeur. Il peut également étendre la protection accordée aux salariés. Cette extension du champ d'application matériel permet dès lors la construction d'un statut protecteur des salariés, notamment par l'encadrement des pouvoirs de l'employeur.

Conclusion du Titre I

474. - Des notions régissant la volonté sont ainsi absorbées par le droit du travail qui modifie inévitablement tant leurs conditions d'application que leur champ d'application matériel. En effet, l'ambivalence

---

[1604] Voir en droit commun les analyses similaires de C. NOURISSAT, *La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ?*, D. 2000, chron. p. 369 - J.-P. CHAZAL, note sous Cass. civ. 1° 30 mai 2000, D. 2000, jur. p. 879 – G. LOISEAU, note sous Civ. 1° 30 mai 2000, JCP 2001, p. 195.

[1605] M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *La sophistication des clauses du contrat de travail*, Dr. ouvr. 1997, p. 478, spéc. p. 484, fait le parallèle entre cette situation et l'article 225-14 du nouveau Code pénal : « *le fait de soumettre une personne en abusant de sa vulnérabilité ou de sa situation de dépendance, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de deux ans d'emprisonnement et de 500 000 F. d'amende* ».

du rapport de travail, soumis à la fois à une dimension contractuelle et à une dimension statutaire, ne pouvait laisser intactes les règles d'inspiration contractuelle issues du droit commun. La subordination du salarié et le pouvoir de l'employeur influencent directement le régime de la volonté dans la formation de l'acte juridique en agissant sur les notions qui composent ce régime. Il s'agit de concilier la préservation des intérêts du salarié et l'intérêt de l'entreprise.

Néanmoins, tous les éléments, toutes les notions participant du régime de la volonté dans la formation de l'acte juridique ne sont pas transformées par le droit du travail. Certaines restent intactes et parfaitement conformes au droit commun quant à leurs conditions d'application et à leur champ d'application, leur matérialisation. Pourtant, est toujours présente la nécessité de protéger le salarié, notamment en s'assurant scrupuleusement de l'existence et de l'intégrité de sa volonté, et en limitant les possibilités pour l'employeur de recueillir des informations indiscrètes ou non pertinentes pour l'emploi considéré. Le droit du travail, plutôt que d'agir sur le régime de ces notions, leurs conditions et leurs champs d'application, va alors en transformer l'utilisation même : celle-ci sera orientée en fonction de l'auteur de la volonté. L'utilisation de ces notions sera donc directement liée à la qualité d'employeur ou de salarié. C'est cette opposition qui différencie le droit du travail du droit commun.

TITRE II - L'AUTEUR DE LA VOLONTE - CRITERE DE L'UTILISATION DE NOTIONS REGISSANT LA VOLONTE

475. - La subordination juridique du salarié et le pouvoir de direction de l'employeur ont conduit le droit du travail à infléchir le régime de la volonté dans la formation de l'acte juridique. Le droit commun s'avère en effet impuissant à régir une volonté subordonnée, celle du salarié, et une volonté dominante, celle de l'employeur.

La qualité d'employeur ou de salarié est dès lors fondamentale dans l'édification d'un régime autonome de la volonté en droit du travail. Ce régime est en effet caractérisé par une opposition très nette entre les situations respectives de l'employeur et du salarié. Une telle opposition est sous-jacente lorsque le droit du travail absorbe des notions régissant la volonté[1606]. C'est alors sur ces concepts mêmes que le droit du travail fait porter ses efforts. L'opposition apparaît, à l'inverse, au grand jour lorsque des notions régissant la volonté ne sont pas transformées par le droit du travail. Le droit spécial semble ne laisser intacts certains de ces concepts que pour mieux les utiliser distributivement en fonction de la qualité de l'auteur de la volonté. L'emprise du droit du travail sur ces notions consiste alors à les mettre en œuvre ou pas, à les utiliser ou non, selon qu'il s'agit de l'employeur ou du salarié.

476. - La détermination de l'auteur de la volonté comme élément influent sur l'utilisation de certains concepts est déjà connue en droit commun. En effet, le droit des obligations est un droit dont le niveau d'abstraction est élevé, ce qui nécessite une adaptation lors de son utilisation concrète dans des situations particulières[1607]. Et les règles générales relatives à la volonté ont déjà subi quelques transformations lorsque s'est fait sentir le besoin de protection d'une des parties à l'acte juridique

---

1606 *Cf. supra* Titre I, n° 229 s.

1607 Sur la division du droit par couches, voir F. GRUA, *Les divisions du droit*, Rev. trim. dr. civ. 1993, p. 59.

litigieux. Il en va ainsi, par exemple, du devoir de se renseigner imposé de manière plus exigeante au professionnel qu'au non professionnel[1608]. Un tel dispositif a été amplifié par le développement du droit de la consommation. Ainsi, si le Code civil ne réglemente pas la rencontre des volontés, le Code de la consommation contient quelques dispositions relatives à l'offre et à son acceptation, dont le but est la protection du consommateur[1609].

En ce sens, cette modalité particulière d'application des notions régissant la volonté en droit du travail pourrait ne pas surprendre : après tout, si le droit commun lui-même est capable de s'adapter au cas par cas pour protéger la victime potentielle d'une inégalité économique, la démarche entreprise en droit du travail ne serait plus si originale.

Mais si la volonté en droit commun a déjà fait l'objet d'une analyse différenciée, et même en tenant compte du droit de la consommation, qui ne peut plus être assimilé au droit commun[1610], celle-ci apparaît peu significative. Son abstraction n'est en effet corrigée que ponctuellement, soit pour certains actes[1611], soit pour certaines personnes encore aujourd'hui mal déterminées[1612].

477. - Cette opposition de situation sera au contraire générale en droit du travail, en ce que les différents auteurs potentiels sont relativement bien identifiés, l'employeur, titulaire du pouvoir de direction, et le salarié, subordonné à celui-ci. Par ailleurs, elle ne découle pas particulièrement de

---

1608 P. JOURDAIN, *Le devoir de « se » renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)*, D. 1983, chron. p. 139 - P. LE TOURNEAU, *De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, D. 1987, chron. p. 101 - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, in *L'information en droit privé, travaux de la conférence d'agrégation*, sous la direction de Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE, préface de Y. LOUSSOUARN, LGDJ 1978, Bibl. de dr. privé, t. 152, p. 305 - J. MESTRE, *Des limites de l'obligation de renseignement*, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 339.

1609 Voir par exemple les articles L. 121-25 sur le démarchage, L. 311-15 sur le crédit à la consommation et L. 312-10 sur le crédit immobilier.

1610 J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation, le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th. Paris I 1999.

1611 V. par exemple le démarchage à domicile, pour le délai de rétractation (art. L. 121-16 C. cons.), les crédits à la consommation, pour la rencontre de l'offre et de son acceptation (art. L. 311-15 C. cons.).

1612 Le devoir de se renseigner pèse plus lourdement sur le professionnel que sur le non professionnel ou le consommateur, mais la délimitation entre ces différentes notions s'avère très délicate. *Cf.* J.-P. CHAZAL, *Le consommateur existe-t-il ?*, D. 1997, chron. p. 260 - G. PAISANT, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, JCP 1993, I, 3655. Voir également P. MALINVAUD, *La protection du consommateur*, D. 1981, chron. p. 49 - voir J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation, le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th. Paris I 1999, n° 160 s., p. 122 s. et récemment Cass. civ. 1° 18 juillet 2000, D. 2000, jur. p. 374, obs. C. RONDEY à propos de la notion de consommateur au sens de la Convention de Bruxelles.

la volonté de former un acte précis, mais elle affecte de nombreuses notions régissant la volonté en général, et dont la portée est par conséquent très importante. Ce n'est donc pas quant au principe d'opposition du régime de la volonté selon son auteur que le droit du travail se différencie du droit commun, mais quant à la généralité de sa portée. Cette opposition est un trait dominant, fondamental du régime de la volonté en droit du travail. Il faut en effet lutter à la fois contre la subordination de la volonté du salarié, en restaurant son intégrité et les moyens de contrôler son existence, et contre le pouvoir de l'employeur et l'utilisation qu'il serait tenté d'en faire au détriment du salarié.

478. - Cette divergence d'utilisation selon l'auteur de la volonté s'inscrit dans deux problématiques. Elles révéleront un clivage très net entre la situation de l'employeur et celle du salarié, dans un but de protection de ce dernier tout en conciliant sa protection avec l'intérêt de l'entreprise.

Certains concepts s'appliquent tant à l'employeur qu'au salarié mais de façon opposée. D'autres sont employés de manière exclusive selon qu'il s'agit de l'employeur ou du salarié[1613].

En premier lieu, le droit du travail met en œuvre de manière opposée des notions régissant la volonté selon que l'auteur de la volonté est l'employeur ou le salarié. Ces notions sont susceptibles d'être utilisées à propos de la volonté de l'un comme de l'autre, mais leur utilisation est en réalité fortement conditionnée par l'identification de l'auteur de la volonté. Elles seront donc mises en oeuvre par le droit du travail tant pour la volonté de l'employeur que pour celle du salarié. Mais les directions de cette utilisation sont opposées. Il s'agit alors d'une *utilisation opposée* de ces notions (**Chapitre I**).

En second lieu, d'autres éléments du régime de la volonté font l'objet d'une mise en œuvre spécifique par le droit du travail en fonction de l'auteur de la volonté. C'est ainsi que l'employeur subit un alourdissement exclusif de ses obligations alors que le salarié bénéficie d'un allégement exclusif des

---

1613 X. LAGARDE, *Transaction et ordre public*, D. 2000, chron. p. 217 : « *les nombreuses législations protectrices de la partie faible - consominateur, professionnel en situation de dépendance, salarié - (...) provoquent inévitablement un sentiment d'appropriation de la règle propre à cristalliser les contentieux. Le législateur n'intervient plus pour déterminer de justes limites indifféremment opposables à l'une ou à l'autre des parties, il se propose de reconnaître à l'une d'entre elles des prérogatives opposables à l'autre. La règle est moins appliquée que revendiquée ; elle ne régit plus une situation, elle consacre des droits* ».

siennes. Il s'agit alors d'une *utilisation exclusive* de ces notions (**Chapitre II**).

Chapitre I - Une utilisation opposée
Chapitre II - Une utilisation exclusive

Chapitre I - Une utilisation opposée

479. - Les notions régissant la volonté dont il sera question ici résultent d'une transposition fidèle du droit commun. L'autonomie du droit du travail ne se manifeste donc pas par leur absorption. Pourtant, cette autonomie est bien réelle. Elle résulte d'une utilisation différenciée de ces notions selon l'auteur de la volonté. Leur mise en œuvre est susceptible d'intervenir à propos de la volonté tant du salarié que de l'employeur. Mais cette utilisation est orientée par le droit du travail dans deux directions opposées, selon qu'il en résulte une nuisance ou un profit pour le salarié.

En les employant de manière opposée, le droit du travail tend à contrebalancer la subordination de la volonté du salarié, et à encadrer, limiter le pouvoir de direction de l'employeur.

Il en va ainsi des fictions juridiques relatives au mode d'extériorisation de la volonté (Section I) et du devoir de se renseigner (Section II).

Section I - Les fictions relatives au mode d'extériorisation de la volonté

480. - Lorsqu'une attitude, un comportement, voire un langage ne révèlent pas immédiatement la volonté de son auteur, le juge doit les interpréter. Cette intervention judiciaire comporte un risque, celui de retenir une volonté juridique totalement artificielle[1614]. Il s'agit alors d'une véritable fiction juridique[1615]. Cette constatation, commune à toutes les branches du droit privé, conduit dans un souci de sécurité juridique à privilégier les modes d'extériorisation de la volonté qui ne nécessitent pas une investigation fouillée de la part du juge, c'est-à-dire ceux qui permettent de déceler immédiatement cette volonté. Mais une telle exigence pourrait également avoir un effet négatif, celui d'enfermer les relations juridiques dans un carcan parfois trop rigide qui risquerait de freiner la spontanéité et la rapidité des échanges en matière civile et commerciale et, plus particulièrement en droit du travail, la souplesse et la vitesse de réaction dans l'organisation du travail. Chaque partie prendrait soin en effet d'exprimer le plus clairement possible sa volonté pour éviter toute contestation ultérieure et s'assurerait que l'autre partie a fait de même.

Il en résulte la nécessité de trouver un juste milieu entre d'une part, la sécurité contractuelle, le respect de la volonté, c'est-à-dire la protection de l'auteur de l'acte juridique, et d'autre part le souci de favoriser la formation de ces actes juridiques. Ce point d'équilibre varie selon les branches du droit privé[1616].

Le droit du travail n'adopte pas une conception uniforme de ce point d'équilibre, mais au contraire il oppose la situation du salarié et celle de l'employeur. En raison de la subordination du salarié et du pouvoir de direction de l'employeur, il faut être extrêmement méfiant envers les modes d'extériorisation de la volonté du salarié qui seraient trop obscurs. La

---

1614 V. F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957, n° 212 : « *il arrive que, sous prétexte de s'en tenir à la volonté du ou des auteurs de l'acte juridique, le juge forge celle-ci de toute pièce* ».

1615 *Cf. supra* n° 13, et G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253. La volonté est néanmoins caractérisée, elle joue donc un rôle, contrairement aux hypothèses développées dans la première partie.

1616 Ainsi, et notamment sur le plan particulier du formalisme, le droit commercial s'est-il montré plus souple pour favoriser les relations d'affaires. Le souci de sécurité est néanmoins aujourd'hui plus marqué, v. G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, par M. GERMAIN, LGDJ, 16° éd. 1996, n° 71, p. 38 - Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 9° éd. 1996, n° 11, p. 8.

subordination de sa volonté suscite légitimement des craintes sur la liberté de cette volonté, notamment lorsque l'acte juridique litigieux n'apparaît guère favorable au salarié. Aussi, le droit du travail va-t-il s'assurer dans ces hypothèses de la réelle intention du salarié, en posant un principe[1617] de rejet de toute fiction (Sous-section I).

A l'inverse, la situation de l'employeur est opposée. Titulaire du pouvoir de direction, il sera souvent à l'initiative de la formation d'un acte juridique. S'il souhaite obtenir l'accord du salarié, sa volonté sera par conséquent le plus souvent parfaitement claire. Mais il arrivera naturellement que le mode d'extériorisation de sa volonté ne soit pas des plus limpides. Le droit du travail n'hésitera pas alors à recourir à des fictions juridiques. En effet, dans le cadre de l'édification d'un statut protecteur du salarié, le droit spécial a tendance à promouvoir l'existence d'actes juridiques favorables au salarié quand bien même il faudrait reconnaître le caractère fictif de la volonté de l'employeur. Une large place est ainsi laissée aux fictions relatives à l'extériorisation de la volonté de l'employeur (Sous-section II).

Sous - section I - Le mode d'extériorisation de la volonté du salarié - le principe du rejet de toute fiction

481. - Inscrit dans un rapport subordonné, subissant le pouvoir de l'employeur et (éventuellement) placé sous sa dépendance économique, le salarié est susceptible d'être contraint à former un acte juridique qui lui serait défavorable. Il est en effet à craindre que son attitude apparente, adoptée dans le but de ne pas déplaire à son supérieur, ne reflète pas exactement sa volonté réelle. Pour éviter de telles situations, l'un des moyens mis en place par le droit du travail est qu'une attitude du salarié n'est prise en compte que si elle caractérise, sinon expressément, du moins le plus clairement possible sa volonté, à l'exclusion de tout procédé déductif ambigu.

Il est par conséquent logique que le recours aux fictions juridiques soit en principe proscrit en ce domaine (§1). Certes, il existe certaines exceptions à ce principe, mais elles confortent *a contrario* l'idée que le rejet de toute fiction est le principe (§2). En effet, soit elles ne nuisent pas au

---

[1617] Ce principe est un principe de logique (à finalité démonstrative, didactique) et non normatif (qui exprimerait autoritairement ce qui doit être). Sur cette distinction, voir P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas 1999, p. 11 s.

salarié, car l'acte litigieux lui est favorable, soit elles sont défavorables au salarié, et tendent à préserver l'intérêt de l'entreprise, mais résultent d'un texte exprès.

§1 - Le principe du rejet des fictions relatives au mode d'extériorisation de la volonté du salarié

482. - Le droit du travail va privilégier le mode d'extériorisation de la volonté qui indique avec un maximum de certitude l'intention du salarié. Dans toutes ces hypothèses, la volonté ne sera retenue que si son extériorisation la rend plus que vraisemblable, si aucun doute ne subsiste plus.

Ce constat se traduira soit, le plus fréquemment, de manière positive, par l'exigence d'une manifestation expresse de volonté, d'une manifestation claire et non équivoque de volonté ou par le rappel que telle notion ne se présume pas, soit, parfois, de manière négative, par le rejet d'une manifestation ambiguë, voire simplement tacite ou implicite[1618].

C'est dans le but de protéger le salarié que le droit positif s'assure plus particulièrement de ses réelles intentions, en raison des conséquences néfastes de l'acte juridique envisagé, soit que la manifestation de volonté litigieuse ait pour conséquence la rupture du contrat de travail (A), soit qu'elle implique une renonciation à certains droits (B).

A - Les manifestations de volonté relatives à une rupture du contrat de travail

483. - Les textes et la jurisprudence vont rejeter toute fiction relative à la manifestation de la volonté du salarié dès lors que l'enjeu de la manifestation de volonté est la rupture même du contrat de travail (1), ou lorsque qu'elle va augmenter les risques de rupture (2).

1 - Les ruptures du contrat de travail

484. - Il s'agit en premier lieu des *démissions*[1619]. Cette notion est aujourd'hui très strictement définie par la jurisprudence, notamment en ce

---

[1618] Sur la signification de ces différentes notions, *cf. supra* n° 371 s.

[1619] Pour un panorama jurisprudentiel récent à propos de la démission, voir CSBP 7-8/2000, n° spécial, *Démission*, p. 38.

qui concerne le mode de manifestation de la volonté du salarié, qui doit être exprès[1620] ou, plus souvent, clair et non équivoque[1621]. L'utilisation de ce concept de manifestation claire et non équivoque de volonté a permis aux juges une plus grande souplesse dans l'analyse des situations de fait et les a conduits à une plus grande sévérité : la démission est en effet de plus en plus difficilement retenue si elle ne ressort pas très explicitement du comportement, de l'attitude du salarié, les juges établissant un faisceau d'indices[1622]. Ainsi, une absence ou la cessation du travail, même non justifiées, ne caractérisent pas une démission claire et non équivoque[1623]. La solution sera en principe identique même si l'employeur met en demeure le salarié, soit de se justifier, soit de reprendre le travail[1624] sans que celui-ci ne se manifeste. Seuls des indices très nets autoriseront les juges à retenir une manifestation claire et non équivoque de la volonté du salarié de démissionner. Il en a été ainsi jugé récemment à propos d'un salarié qui n'avait pas repris le travail après un congé maladie malgré une mise en demeure de l'employeur, et qui s'était mis au service d'une entreprise concurrente[1625].

L'orientation de la jurisprudence est donc très clairement déterminée vers la protection du salarié et vers le rejet de toute fiction relative au mode d'extériorisation de la volonté. Ainsi, dès lors qu'une ambiguïté sera constatée à propos de la volonté du salarié de rompre le contrat de travail, la démission ne sera pas caractérisée.

485. - La situation n'a cependant pas toujours été aussi nette. En effet, à l'opposé de la tendance précédemment exposée, des décisions ont retenu la volonté de démissionner alors que cette constatation résultait d'une

---

[1620] Cass. soc. 16 avril 1992, CSBP 1992, n° 40, p. 145, A. 28.

[1621] Cass. soc. 21 mai 1980, Bull. civ. V, n° 452, p. 343 - Cass. soc. 7 février 1990, Bull. civ. V, n° 48, p. 31 - Cass. soc. 10 avril 1996, Bull. civ. V, n° 148, p. 105 ; RJS 6/96, n° 656, p. 420.
Sur la signification particulière de cette notion en matière de démission, *cf.supra* n° 417.

[1622] CA Montpellier 25 novembre 1998, SA Diffusion Automobile Clermontaise/M. Miedziak, CERIT.

[1623] Cass. soc. 20 octobre 1993, RJS 12/93, n° 1214, p. 718 - Cass. soc. 3 mai 1995, CSBP 1995, n° 71, p. 208, S. 105 - Cass. soc. 24 janvier 1996, Bull. civ. V, n° 26, p. 17 ; JCP 1996, II, 22716, note C. PUIGELIER - Cass. soc. 10 juin 1997, RJS 8-9/97, n° 955, p. 601 - Cass. soc. 10 juin 1998, RJS 8-9/98, n° 963, p. 618 - Cass. soc. 22 février 2000, Dr. soc. 2000, p. 441, obs. J. MOULY.

[1624] Cass. soc. 9 février 1989, Bull. civ. V, n° 113, p. 69 - Cass. soc. 17 avril 1994, Hag/Sultan, CERIT - Cass. soc. 30 octobre 1996, Trav. prot. soc. 1997, p. 9, comm. 1, obs. P.-Y. VERKINDT. Voir cependant Cass. soc. 10 mai 1995, CSBP 1995, n° 71, B. 110, p. 179 (sommation par huissier) - Cass. soc. 23 mai 1995, Jurisp. soc. UIMM 1995, p. 330.

[1625] Cass. soc. 4 janvier 2000, RJS 2/00, n° 167, p. 114. Voir déjà Cass. soc. 20 octobre 1998, RJS 2/99, n° 307, p. 180.

analyse fortement déductive et conférait un caractère fictif à cette volonté. Il s'agissait principalement d'hypothèses dans lesquelles le salarié avait cessé le travail dans un contexte de modification de son contrat, estimant que l'employeur était responsable de la rupture qui devrait donc être qualifiée de licenciement. Les circonstances conduisaient cependant les juges à considérer que le salarié avait manifesté sa volonté de démissionner, alors qu'il semblait que le salarié pensait quant à lui que la rupture était imputable à l'employeur[1626]. Déduire de la simple cessation des relations de travail la volonté de démissionner apparaissait ainsi en contradiction avec l'exigence d'une volonté dénuée de toute ambiguïté.

Ces hypothèses sont cependant restées isolées et la jurisprudence est revenue aujourd'hui vers une appréciation plus stricte de la volonté du salarié[1627]. Cette jurisprudence s'inscrit parfaitement dans la bipolarisation actuelle des modes de rupture du contrat de travail, entre le licenciement et la démission, le premier étant entendu très largement, et la seconde très restrictivement[1628]. Selon un auteur, « *la règle selon laquelle* « la démission ne se présume pas » *est ainsi, non une règle probatoire, mais une règle d'interprétation de la volonté exigeant des juges qu'ils caractérisent l'intention certaine du salarié de quitter l'entreprise* »[1629]. Elle conduit en tout état de cause à ne pas recourir aux fictions juridiques.

486. - En second lieu, le mode d'extériorisation de la volonté du salarié ne doit pas être fictif en matière de *rupture d'un commun accord du contrat de travail*. C'est d'ailleurs à l'occasion d'une telle hypothèse que se trouve, dans le Code du travail, la mention d'une volonté expresse[1630]. Il s'agit en effet de l'article L. 117-17 qui dispose que « *la résiliation* [du contrat d'apprentissage] *ne peut intervenir que sur accord exprès et bilatéral des cosignataires* ». Le législateur a ainsi voulu s'assurer que

---

1626 Cass. soc. 18 novembre 1992, Bull. civ. V, n° 553, p. 350 - Cass. soc. 12 janvier 1993, RJS 2/93, n° 124, p. 95 - Cass. soc. 31 mars 1993, JCP 1993, II, 22165, note H. BLAISE - Cass. soc. 19 mars 1996, CSBP 1996, n° 80, p. 132, B. 104 ; Jurisp. soc. UIMM 1996, p. 324 - Cass. soc. 10 décembre 1996, Mme Robin/Cie Assurances La Mondiale, CERIT - Cass. soc. 5 mars 1997, Amman, RJS 4/97, n° 376, p. 252 ; Dr. soc. 1997, p. 531, obs. critiques G. COUTURIER.

1627 Voir ainsi Cass. soc. 4 juin 1998, D. 1999, Somm. 35, comm. C. BOISSEL : une Cour d'appel, qui a constaté qu'un salarié a refusé la modification apportée selon lui à son contrat de travail et a pris acte de sa rupture aux torts de l'employeur, décide exactement qu'il n'a pas manifesté une volonté claire et non équivoque de démissionner.

1628 *Cf. supra* n° 141 s. Voir, consacrant très explicitement cette évolution, Cass. soc. 30 mai 2000, D. 2000, jur. p. 805, n. J. MOULY ; Dr. soc. 2000, p. 785, obs. G. COUTURIER : « *à défaut d'une démission de la salariée, il était impossible de lui imputer la responsabilité de la rupture du contrat de travail* ».

1629 J. MOULY, note précitée, spéc. n° 8, p. 806.

1630 *Cf. supra* n° 378.

l'attitude du salarié consistait bien à vouloir rompre le contrat d'apprentissage[1631]. Il lui serait en effet préjudiciable que la rupture d'un commun accord de ce contrat soit trop facilement reconnue parce qu'elle y met fin définitivement et sans indemnité particulière.

C'est le même souci qui a guidé la jurisprudence à adopter une solution similaire en ce qui concerne la rupture d'un commun accord du contrat à durée déterminée. Selon un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 21 mars 1996, « *la rupture anticipée par accord des parties ne peut résulter que d'une volonté claire et non équivoque* »[1632] .

Certes, ces solutions ne concernent que des contrats de travail particuliers[1633], le CDD et le contrat d'apprentissage, mais il ne faudrait pas en déduire que l'exigence d'une volonté clairement exprimée lors d'une rupture par commun accord soit cantonnée à ces seules hypothèses. En effet, les juges exigent également une volonté dénuée de toute ambiguïté dans le cadre de la résiliation amiable d'un CDI[1634].

487. - Enfin, en matière de *rupture d'une période d'essai*, il a été jugé que « *si chacune des parties au contrat de travail peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles pendant la période d'essai, la rupture doit être explicite, et qu'il ne peut être valablement convenu que le contrat prendra fin du seul fait de l'arrivée à son terme de l'essai* »[1635].

Lorsque l'acte juridique a pour objet de rompre le contrat de travail, il apparaît extrêmement dangereux pour le salarié. Aussi le droit du travail

---

1631 Cass. soc. 5 février 1992, Bull. civ. V, n° 63, p. 39 ; JCP 1992, éd. E, II, 308, note F. TAQUET : la signature par les parties de l'acte de rupture est caractéristique de cette volonté expresse.

1632 Cass. soc. 21 mars 1996, RJS 5/96, n° 522, p. 334 : la décision du conseil de prud'hommes, qui avait retenu un accord tacite entre les parties pour mettre fin au contrat de travail, est cassée. V. également CA Nancy 7 novembre 1994, Pierre/SA Stocks Diffusion, CERIT - CA Toulouse 28 juin 1996, Mme Goguet Lopez/Me Brenac et a., CERIT : « *une rupture de contrat de travail à durée déterminée d'un commun accord suppose l'existence d'un accord de volonté émis de manière claire et précise* ».

1633 Ces deux types de contrat requièrent certes, pour leur formation, le respect d'un certain formalisme, mais il ne semble pas qu'il soit applicable également en ce qui concerne leur rupture amiable (en vertu d'un hypothétique parallélisme des formes). V. cependant Cass. soc. 20 mars 1990, RJS 6/90, n° 462, p. 331 - Cass. soc. 5 février 1992, Bull. civ. V, n° 63, p. 39 ; JCP 1992, éd. E, II, 308, note F. TAQUET.
Par ailleurs, formalisme et extériorisation de la volonté ne se confondent pas, *cf. supra* n° 381 s.

1634 V. par ex. Cass. soc. 26 février 1992, Cuisinier/SA Raffinerie de Lorraine, CERIT (l'accord était revêtu de la signature du salarié précédé de la mention « *lu et approuvé* ») - Cass. soc. 12 juin 1997, RJS 8-9/97, n° 956, p. 602 - CA Toulouse 20 janvier 1995, Boudier/Sté Adhetec, Sté Protectia, CERIT - CA Chambéry 14 mars 2000, Mme Becquet/Me Meynet, CERIT.

1635 Cass. soc. 13 novembre 1996, Bull. civ. V, n° 381, p. 273 ; RJS 12/96, n° 1232, p. 802 ; JCP 1997, éd. E, II, 974, note C. PUIGELIER.

s'assure-t-il de la réalité de sa volonté en rejetant les modes d'extériorisation fictifs. Il en va de même lorsque l'acte juridique a pour effet potentiel la rupture du contrat de travail.

2 - Un risque de rupture

488. - Dans cette hypothèse, la manifestation de volonté considérée n'a pas pour effet immédiat la rupture du contrat de travail, mais celle-ci sera grandement facilitée pour l'employeur qui aura soit toute liberté pour rompre (a), soit un élément nécessaire à la justification de la rupture (b). Le rejet de toute fiction juridique permet donc d'assurer une certaine protection au salarié.

a - La liberté de rompre

489. - Le cas envisagé est celui de la période d'essai, dont l'enjeu est de permettre à chacune des parties de rompre sans motivation, sans préavis et sans indemnité le contrat de travail[1636]. Certes, chacune des parties au contrat de travail bénéficie de cette liberté et donc l'institution d'une période d'essai peut être favorable au salarié, mais cette égalité juridique ne se retrouve pas en pratique, et surtout en jurisprudence, car les litiges relatifs à la période d'essai sont presqu'exclusivement dus à la décision de l'employeur de s'en prévaloir pour rompre librement le contrat de travail. Susceptible d'avoir des conséquences négatives pour le salarié, dont le contentieux nous enseigne qu'elles l'emportent sur ses propres conséquences positives[1637], la période d'essai doit donc être entendue de manière stricte. Aussi n'est-il guère surprenant de constater que, dans le silence des textes, les magistrats exigent que la volonté d'établir une période d'essai soit très clairement, voire expressément exprimée dans le contrat de travail[1638], et limitent strictement les possibilités d'interprétation tacite[1639].

[1636] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 277, p. 309.

[1637] En ce sens, voir notamment J. MOULY, note sous Cass. soc. 6 avril 1999, D. 2000, jur. p. 5, spéc. n° 3, p. 6.

[1638] Cass. soc. 15 février 1965, Bull. civ. V, n° 141, p. 114 - Cass. soc. 5 juin 1990, CSBP 1990, n°22, p. 198, S. 117 - CA Paris 31 janvier 1978, D. 1978, IR 303.

[1639] Voir notamment le cas des contrats de travail muets sur l'éventualité d'une période d'essai alors que la convention collective évoque une période d'essai sans préciser qu'elle concerne tout engagement : Cass. soc. 15 novembre 1989, RJS 1/90, n° 3, p. 10 - Cass. soc. 18 mars 1992, Bull. civ. V, n° 190, p. 117 - Cass. soc. 2 mars 1994, RJS 4/94, n° 374, p. 248 ; D. 1994, p. 465, note P. POCHET.

Certes, il ne s'agit pas alors du régime de la volonté dans la formation de l'acte juridique, mais plutôt de l'interprétation des clauses de cet acte, ce qui ne participe pas de notre étude[1640]. Cependant, ce rappel est apparu nécessaire pour expliquer les solutions similaires adoptées à propos du renouvellement de la période d'essai, pour lequel sera exigé un accord exprès[1641] ou une manifestation claire et non équivoque de volonté[1642]. Il s'agit alors bien d'un nouvel accord de volontés, formant un acte juridique dont l'objet est la modification d'une clause du contrat de travail.

b - Un élément nécessaire à la justification de la rupture

490. - Le refus par le salarié de l'offre de modification de son contrat de travail[1643] autorise l'employeur à le licencier. Ce refus est le facteur potentiellement déclencheur de la rupture du contrat de travail. L'enjeu de caractériser ce refus est donc très important pour le salarié. Le droit du travail va alors rejeter, dans cette hypothèse également, le recours aux fictions relatives au mode d'extériorisation de la volonté. Ceci aura pour effet d'encadrer le pouvoir de l'employeur, et de mieux protéger le salarié.

Il est tout d'abord nécessaire de rappeler que l'accord du salarié[1644] est indispensable pour modifier son contrat de travail. En conséquence, l'employeur doit proposer la modification au salarié et non pas la lui imposer, auquel cas celui-ci pourrait légitimement se considérer comme

---

Pour des exemples en matière de CDD : Cass. soc. 27 avril 1982, JCP 1983, II, 19986, note E. WAGNER - Cass. soc. 17 janvier 1985, Bull. civ. V, n° 44, p. 31 - Cass. soc. 11 janvier 1994, RJS 2/94, n° 130, p. 108.

1640 *Cf. supra* n° 10.

1641 Cass. soc. 23 janvier 1997, D. 1998, p. 170, note C. PUIGELIER – Cass. soc. 10 janvier 2001, RJS 3/01, n° 280, p. 206. V. aussi Cass. soc. 23 mars 1989, Bull. civ. V, n° 249, p. 146 (l'acceptation de la prolongation de la période d'essai ne saurait résulter de la seule poursuite du travail) - Cass. soc. 18 mars 1992, Bull. civ. V, n° 197, p. 122 (acceptation formelle) - Cass. soc. 22 octobre 1997, RJS 12/97, n° 1335, p. 82 - Cass. soc. 4 octobre 2000, RJS 12/00, n° 1215, p. 792.

1642 Cass. soc. 5 mars 1996, RJS 4/96, n° 373, p. 225 - Cass. soc. 10 novembre 1998, RJS 12/98, n° 1442, p. 881 - CA Bourges 6 février 1998, Moulin/SA Harry's, CERIT.

1643 La notion de *modification* est bien utilisée ici par opposition au *changement des conditions de travail* (voir Cass. soc. 10 juillet 1996, RJS 8-9/96, n°900, p. 580).

1644 V. pour le cas exceptionnel en jurisprudence où le salarié propose une modification à son employeur : Cass. soc. 15 novembre 1989, Bull. civ. V, n° 667, p. 401 : l'employeur ayant refusé et le salarié maintenant ses exigences, la rupture est imputée au salarié. Mais l'employeur ne peut, après avoir refusé l'offre du salarié, prendre prétexte de ce refus pour licencier le salarié : Cass. soc. 5 juillet 1989, SA Holhat/Mme de Poncheville, CERIT (le licenciement est sans cause réelle et sérieuse).

licencié[1645]. L'hypothèse de départ sera donc que la modification est proposée et non imposée au salarié.

En cas de refus par le salarié d'une offre de modification, l'employeur a la possibilité de mettre en oeuvre une procédure de licenciement[1646]. L'enjeu est donc très important de bien caractériser un tel refus car sinon, l'employeur ne peut légitimement licencier le salarié. Deux situations sont donc à distinguer.

491. - Soit il y a une offre de modification du contrat de travail que le salarié refuse. Dans ce cas, l'employeur a le choix, en vertu de la jurisprudence Raquin, ou de renoncer à la modification[1647], ou de licencier le salarié[1648]. La légitimité de ce licenciement s'appréciera alors au regard des raisons de la modification envisagée. S'il renonce à la modification, la poursuite du travail s'effectuera évidemment selon les stipulations antérieures du contrat de travail[1649]. Si l'offre de l'employeur stipule qu'en cas de refus de la part du salarié, celui-ci sera licencié, le salarié devrait pouvoir alors, immédiatement après sa réponse négative, se considérer comme licencié. Si l'offre ne contient pas une telle stipulation et que le salarié cesse tout de même le travail, il commet une faute[1650].

492. - Soit il y a offre de modification du contrat de travail et le salarié ne se prononce pas : il n'y a ni acceptation ni refus (hormis l'hypothèse de la modification pour motif économique, dans laquelle le

---

1645 Cass. soc. 8 octobre 1987, Raquin, Dr. soc. 1988, p. 141, n. J. SAVATIER - Cass. soc. 11 juillet 1989, Bull. civ. V, n° 511, p. 309 - Cass. soc. 5 mars 1997, Testa/Sté Sabla, Bull. civ. V, n° 95, p. 68 ; RJS 4/97, n° 378, p. 253. Dans le cas d'un CDD, l'employeur serait réputé l'avoir abusivement rompu : Cass. soc. 31 octobre 1996, Bull. civ. V, n° 368, p. 262.

1646 V. par ex. Cass. soc. 10 décembre 1996, Bull. civ. V, n° 430, p. 311 ; RJS 1/97, n° 6, p. 18 - Cass. soc. 27 mai 1998, RJS 7/98, n° 826, p. 535 : « *Mais attendu que le salarié est toujours en droit de refuser la modification de son contrat de travail ; que si le motif de la modification peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement dans l'hypothèse où l'employeur décide de licencier le salarié, ce refus, en revanche, ne peut constituer par lui-même une cause de licenciement* ».
Le refus n'est ainsi pas suffisant pour légitimer le licenciement décidé par l'employeur, mais il est nécessaire.

1647 Le salarié qui cesserait alors le travail se rendrait responsable de la rupture du contrat : Cass. soc. 12 janvier 1993, RJS 2/93, n° 124, p. 95 - CA Nancy 23 septembre 1992, Petit/SARL Vion, CERIT.

1648 Si l'employeur maintient sa décision sans licencier le salarié, la situation se rapproche de celle dans laquelle la modification est imposée au salarié. Celui-ci pourra alors se considérer comme licencié (Cass. soc. 5 mars 1997, précité) ou, dans le cas d'un CDD, la rupture anticipée sera imputée à l'employeur (Cass. soc. 22 mai 1996, RJS 7/96, n° 771, p. 500).

1649 Cass. soc. 11 décembre 1991, Cah. prud'h. 1992, p. 142.

1650 Cass. soc. 4 octobre 1984, Bull. civ. V, n° 355, p. 266 (la rupture est imputable au salarié) - Cass. soc. 21 juillet 1993, GIE Forvemi/Irissou, CERIT - Cass. soc. 10 décembre 1996, Mme Robin/Cie d'Assurances La Mondiale, CERIT.

silence gardé par le salarié pendant plus d'un mois vaut acceptation : art. L. 321-1-2 C. trav.)[1651]. L'employeur doit alors mettre en demeure le salarié de se prononcer[1652] et il ne peut le licencier tant que son refus n'a pas été caractérisé. Un tel licenciement serait sans cause réelle et sérieuse[1653]. Les magistrats seront exigeants et ne déduiront pas un refus d'une simple attitude d'attente, d'une demande d'explication ou même du silence du salarié malgré une mise en demeure[1654]. Caractériser un refus ayant d'importantes conséquences pour le salarié, sa volonté devra être exprimée de manière explicite[1655]. C'est pourquoi il nous semble qu'en l'état actuel du droit du travail, ne serait pas applicable la stipulation figurant dans une offre de l'employeur et selon laquelle le défaut de réponse du salarié avant un certain terme vaudra refus[1656].

Le droit du travail est hostile aux fictions juridiques relatives au mode d'extériorisation de la volonté du salarié, en matière d'actes ayant pour objet de rompre le contrat de travail ou d'en faciliter la rupture. De tels actes, défavorables au salarié, nécessitent une vigilance accrue car il paraît

---

1651 *Cf. infra* n° 512 s. Par ailleurs, dans cette hypothèse, le refus du salarié sera apparemment plus facilement caractérisé, voir Cass. avis 6 juillet 1998, RJS 8-9/98, n° 959, p. 616 (*cf. supra* n° 286).

1652 CA Angers 1er décembre 1988, Frenkel/SA Services et Transports, CERIT - CA Nancy 7 mars 1990, Mme El Ourrak/Mme Hurstel, Lorraine Entretien, CERIT.

1653 Cass. soc. 11 décembre 1991, Cah. prud'h. 1992, p. 142 - Cass. soc. 18 mars 1992, SA SP Métal/Bruno, CERIT - Cass. soc. 13 mai 1996, SA Slava/Mme Combet, CERIT - CA Dijon 31 mai 1989, Bonnefond/SA La Bourgogne, CERIT - CA Pau 25 octobre 1994, AGF/Mme Dupuy Saint Martin, CERIT - CA Paris 22° ch. A 3 décembre 1997, RJS 2/98, n° 245, p. 156.

1654 Cass. soc. 31 mars 1998, Jurisp. soc. UIMM 1998, p. 320. Voir cependant une décision en sens contraire, dans le cas particulier d'une offre de reclassement suite à inaptitude : Cass. soc. 18 avril 2000, Brunet/SARL VPS, CERIT.

1655 Certaines décisions rejettent un refus tacite : Cass. soc. 21 juillet 1986, Bull. civ. V, n° 393, p. 301 (demander un délai de réflexion ne vaut pas refus) - Cass. soc. 18 mars 1992, SA SP Métal/Bruno, CERIT - CA Angers 1er décembre 1988, Frenkel/SA Services et Transports, CERIT - CA Dijon 31 mai 1989, Bonnefond/SA La Bourgogne, CERIT (de la demande par le salarié d'un réexamen de sa situation, alors qu'il occupait les nouvelles fonctions, ne peut être déduit un refus) - CA Metz 19 octobre 1993, SA SAERT/Schneider, CERIT (réclamer le retour aux conditions antérieures ne vaut pas refus) - CA Pau 25 octobre 1994, AGF/Mme Dupuy Saint Martin, CERIT.

D'autres décisions déplorent l'absence de refus explicite, non équivoque (CA Nancy 7 mars 1990, Mme El Ourrak/Mme Hurstel Lorraine Entretien, CERIT) ou constatent un refus explicite : Cass. soc. 12 juillet 1989, Bull. civ. V, n° 518, p. 314 : « *le salarié avait, en assignant l'employeur devant le conseil de prud'hommes, manifesté sans équivoque son refus d'accepter la modification* » - Cass. soc. 20 juin 1984, D. Baranoff/SARL Technitube, CERIT - CA Reims 26 juin 1991, SNC Electrolux Ménager/Mme Kubasiak, CERIT - CA Nancy 19 juin 1996, Pele/ Coopérative agricole lorraine, CERIT.

Selon C. PUIGELIER, *La modification du contrat de travail*, Economica 1997, p. 68, le refus peut être tacite, mais les exemples cités (saisine de l'inspecteur du travail ou de la juridiction prud'homale) illustrent un refus plutôt explicite, clair et non équivoque de la modification (Cass. soc. 12 juillet 1989, précité).

1656 Aucune décision n'a à notre connaissance résolu cette question. Mais le parallèle peut être fait avec les stipulations indiquant que le silence du salarié vaut acceptation (*cf. infra* n° 496).

probable que le salarié n'a exprimé sa volonté qu'en raison du lien de subordination et de sa dépendance économique. Il faut contrebalancer cet effet négatif par l'exigence d'une volonté extériorisée sans ambiguïté.

C'est la même idée qui conduit au rejet des fictions juridiques relatives au mode d'extériorisation de la volonté abdicative du salarié.

B - Le rejet des fictions juridiques relatives au mode d'extériorisation de la volonté abdicative du salarié

493. - Le droit du travail a très tôt pris en compte la dangerosité pour le salarié de renoncer à ses droits[1657]. Ainsi a-t-il prohibé certaines renonciations[1658] tant que dure le contrat de travail, et par conséquent le lien de subordination. La crainte de voir le salarié contraint par l'employeur à renoncer à ses droits suscite des réserves légitimes sur la possibilité pour le salarié de former un acte juridique abdicatif. Mais même quand cette possibilité est reconnue au salarié, le rejet de toute fiction quant à l'extériorisation de sa volonté participe également de sa protection.

Il s'agit en effet de protéger le salarié en s'assurant, avant de retenir sa renonciation à certains de ses droits, que telle a bien été son intention. Ici aussi, le moindre doute conduira à rejeter la notion de renonciation, qui doit être exprimée de manière expresse ou claire et non équivoque en vertu, notamment, du principe selon lequel elle ne se présume pas[1659]. Cette solution est générale et est appliquée quelle que soit l'objet de la renonciation : ainsi doit être claire et non équivoque la volonté de renoncer à poursuivre l'exécution du préavis[1660], au bénéfice d'un licenciement (en acceptant la rétractation de l'employeur)[1661], à la prescription[1662] ou la

---

1657 Voir F. HENOT, *La renonciation du salarié,* th. Amiens 1996 - A. JEAMMAUD, *La renonciation du salarié*, Dr. ouvr. 1997, p. 535 – I. VACARIE, *La renonciation du salarié*, Dr. soc. 1990, p. 757 – G.-H. CAMERLYNCK, *La renonciation du salarié*, Dr. soc. 1960, p. 628 – G.-H. CAMERLYNCK, *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit du travail français*, Travaux de l'Association H. Capitant, Dalloz 1963, p. 382.

1658 Voir par exemple l'article L. 122-14-7 C. trav.

1659 Voir F. DREIFFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Préface de P. Tercier, LGDJ 1985, Bibl. de dr. privé, t. 185. *Cf. supra* n° 401. V. par ex. Cass. soc. 7 octobre 1987, Bull. civ. V, n° 542, p. 345 - Cass. soc. 29 octobre 1987, Cah. prud'h. 1988, p. 92 - Cass. soc. 9 février 1989, Bull. civ. V, n° 115, p. 70.

1660 Cass. soc. 16 juillet 1987, Bull. civ. V, n° 493, p. 313.

1661 Cass. soc. 1 octobre 1996, RJS 11/96, n° 1161, p. 751. Voir déjà Cass. soc. 30 septembre 1992, Bull. civ. V, n° 483, p. 303.
Voir sur ce thème B. GAURIAU, *L'annulation conventionnelle du licenciement*, Dr. soc. 1999, p. 785, spéc. p. 789 s.

1662 Cass. soc. 13 février 1969, Bull. civ. V, n° 99, p. 84 - Cass. soc. 24 novembre 1982, Bull. civ. V, n° 638, p. 472 - Cass. soc. 16 décembre 1999, RJS 4/00, n° 475, p. 329.

volonté de se désister d'une instance[1663]. La jurisprudence tend ainsi à « *préserver les possibilités d'action judiciaire du salarié* »[1664]. Parfois, les juges emploient une formulation forte qui, par la généralité des termes employés revient à énoncer une règle définitive. Il en est ainsi lorsqu'ils décident que tel comportement ne peut valoir renonciation à tel ou tel droit ou action[1665].

Mais plus globalement, les renonciations du salarié ne pourront pas être caractérisées à partir d'un mode fictif d'expression de la volonté. Deux exemples, les plus conséquents en jurisprudence, sont particulièrement illustratifs de cette tendance : les renonciations relatives au salaire (1) et les renonciations qui ont pour origine l'acceptation d'une modification du contrat de travail (2).

1 - La renonciation au salaire ou à des éléments ou accessoires du salaire

494. - Cet exemple de renonciation est le seul pour lequel le Code du travail comporte un article consacré à la manifestation de la volonté, l'article L. 143-4[1666], selon lequel « *l'acceptation sans protestation ni réserve d'un bulletin de paie par le travailleur ne peut valoir, de la part de celui-ci, renonciation au paiement de tout ou partie du salaire et des indemnités ou accessoires de salaires qui lui sont dus (...)* »[1667]. Le juge ne peut donc pas déduire des mentions figurant sur le bulletin de paie, ou de leur absence, une quelconque renonciation du salarié à se prévaloir de ses droits. Ainsi, « *ni l'absence de mention d'heures supplémentaires sur les fiches de paie, ni*

[1663] Cass. soc. 9 mars 1989, Bull. civ. V, n° 196, p. 116.

[1664] F. HENOT, *La renonciation du salarié*, th. Amiens 1996, n° 480, p. 286.
V. Cass. soc. 13 juillet 1993, Dr. soc. 1993, p. 881 : « *le simple fait pour un salarié protégé de demander initialement l'indemnisation du préjudice résultant pour lui de son licenciement non autorisé ne caractérise pas sa renonciation à demander ensuite sa réintégration* ». Cass. soc. 5 mars 1986, Bull. civ. V, n° 57, p. 46 : la renonciation par un délégué syndical à l'action pénale n'implique pas renonciation à l'action civile. Voir également Cass. soc. 28 mars 2000, JCP 2000, G, II, 10393, n. D. BOULMIER : constatation d'une volonté claire et non équivoque du salarié de renoncer.

[1665] Cass. soc. 11 décembre 1996, Dr. soc. 1997, p. 198, obs. A. MAZEAUD : « *l'acceptation par le salarié de sa mutation après la sanction dont il avait fait l'objet ne pouvait valoir renonciation à se prévaloir de la nullité de cette sanction* ».
V. également pour le reçu pour solde de tout compte, Cass. soc. 9 décembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 296, obs. C. MARRAUD : « *la signature d'un reçu pour solde de tout compte, rédigé en termes généraux, ne peut valoir renonciation du salarié au droit de contester le bien-fondé de son licenciement* ».

[1666] L'article L. 122-14-7 du Code du travail évoque également la renonciation, mais uniquement sur le plan de sa licéité et non à propos de l'expression de la volonté de renoncer.

[1667] Voir par ex. Cass. soc. 16 février 1999, Dr. soc. 1999, p. 411. obs. C. RADE.

le fait que des accords fussent intervenus sur la réduction d'horaires n'implique nécessairement l'existence d'un accord sur une rémunération forfaitaire »[1668].

Ce texte condamne les interprétations tacites de la volonté du salarié de renoncer. Il ne serait pas logique d'estimer que le salarié qui, n'ayant pas reçu l'intégralité de ce qui lui était dû, ne proteste pas, soit censé avoir exprimé tacitement sa volonté de renoncer à ses droits. En effet, une telle attitude serait bien trop préjudiciable au salarié qui ne proteste pas sans doute par peur de perdre son emploi[1669] et plus généralement en raison de son état de subordination juridique et de l'impérieuse nécessité pour lui de percevoir immédiatement les sommes mises à sa disposition[1670]. D'ailleurs, dans la plupart des espèces, la réclamation du salarié intervient à l'occasion d'un litige sur la rupture du contrat de travail[1671], donc à un moment où il n'a plus rien à perdre vis-à-vis de son ancien employeur[1672].

A nouveau, le rejet de toute fiction juridique est un gage de protection du salarié. Le raisonnement est similaire en matière de modification du contrat de travail.

1668 Cass. soc. 28 octobre 1981, Bull. civ. V, n° 839, p. 623. V. également Cass. soc. 7 octobre 1987, Bull. civ. V, n° 542, p. 345 - Cass. soc. 15 octobre 1987, Bull. civ. V, n° 574, p. 365 - Cass. soc. 29 octobre 1987, Cah. prud'h. 1988, p. 92 - Cass. soc. 8 novembre 1988, Som. dr. trav. 1989, p. 1582 - Cass. soc. 27 octobre 1993, Dr. soc. 1993, p. 964 et Cass. soc. 16 mars 1994, RJS 6/94, n° 702, p. 426 (salarié établissant lui-même ses bulletins de paie). Cette jurisprudence est fidèlement suivie par les juges du fond : voir par exemple CA Rennes 21 décembre 1989, Struillou/Raby, CERIT.
De même, la modification de la qualification du salarié sur le bulletin de paie ne suffit pas à établir un accord de volontés des parties sur cette nouvelle classification : Cass. soc. 6 juillet 1976, Bull. civ. V, n° 415, p. 344.

1669 Ou plus rarement parce qu'il ne s'est pas rendu compte immédiatement des changements, des erreurs sur ses bulletins de paie.

1670 J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 1028, p. 1046 - J. SAVATIER, *Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels*, Dr. soc. 1988, p. 135, spéc. p. 137 - M. DESPAX, *L'acceptation tacite par le salarié de modifications aux conditions de travail initialement convenues avec l'employeur*, in *Mélanges dédiés à G. Marty*, 1978, p. 449, spéc. p. 452, et déjà G.-H. CAMERLYNCK, *L'autonomie du droit du travail - la prescription abrégée de la créance de salaires*, D. 1956, chr. VI, p. 23, spéc. p. 24 : « *en matière de salaires, de délai-congé ou d'indemnité pour rupture abusive, le législateur et la jurisprudence, tenant compte de cette étroite dépendance, ont délibérément rejeté toute perte de ses droits par le salarié qui découlerait soit de son acceptation expresse, soit même de son seul silence, d'une renonciation implicite contre laquelle il conviendrait pour d'évidentes raisons de le protéger* ».
V. par ex. Cass. soc. 9 avril 1970, Bull. civ. V, n° 231, p. 185 : ne pas réclamer « *par crainte d'être congédié* » n'est pas renoncer.

1671 Cass. soc. 29 octobre 1987, Cah. prud'h. 1988, p. 92 - Cass. soc. 5 octobre 1993, CSBP 1993, n° 54, A. 59, p. 265 - Cass. soc. 16 mars 1994, RJS 6/94, n° 702, p. 426.

1672 *Cf. supra*, pour une constatation similaire à propos de l'inexécution par l'employeur de ses obligations, n° 451.

2 - L'acceptation par le salarié de la modification de son contrat de travail

495. - La fiction juridique n'a pas toujours été rejetée en cette matière, puisque la jurisprudence a tout d'abord admis la possibilité d'une acceptation tacite par le salarié de cette modification. En effet, le salarié qui continuait à travailler tout en protestant contre les modifications décidées par l'employeur ne pouvait plus demander le retour aux conditions antérieures, car il était supposé avoir accepté cette modification[1673]. Cette acceptation tacite était alors elle-même entendue selon les solutions posées en droit commun[1674].

Hormis le cas de la modification du contrat de travail pour motif économique, et le mécanisme de présomption institué par la loi du 20 décembre 1993[1675], la jurisprudence a adopté depuis 1987[1676] une solution qui entraîne un contrôle accru de sa volonté. En effet, ne sont admises que des acceptations expresses ou claires et non équivoques[1677]. Ainsi, et c'en est l'exemple le plus connu, la seule poursuite du travail aux nouvelles conditions par le salarié ne vaut pas acceptation par ce dernier de la modification de son contrat de travail[1678]. Il en va de même en cas de protestation du salarié[1679] ou s'il réclame le retour à ses conditions de travail antérieures[1680]. Il a été également décidé que l'acceptation par le salarié de la modification du contrat concernant la durée du travail n'est pas caractérisée par la seule apposition d'une signature sur un relevé d'horaires établi par l'employeur[1681]. De manière plus stricte encore, il a été jugé que ne valait

---

1673 V. par ex. Cass. soc. 10 février 1965, Bull. civ. IV, n° 119, p. 96 - Cass. soc. 18 novembre 1970, Bull. civ. V, n° 630, p. 515 - Cass. soc. 9, 10, 23 avril 1986, Dr. soc. 1986, p. 869. Voir M. DESPAX, *L'acceptation tacite par le salarié de modifications aux conditions de travail initialement convenues avec l'employeur*, in *Mélanges dédiés à G. Marty*, 1978, p. 449.
J. SAVATIER, *La réduction du salaire : inexécution ou modification unilatérale du contrat de travail ?*, Dr. soc. 1986, p. 867 - J. DEPREZ, *Modification du contrat de travail, acceptation tacite des modifications unilatérales apportées à la condition du salarié*, Bull. soc. Fr. Lef. 10/87, p. 401.

1674 P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 29 s., p. 39 s.

1675 *Cf. infra* n° 512 s.

1676 Cass. soc. 8 octobre 1987, Raquin, Bull. civ. V, n° 541, p. 344 ; D. 1988, p. 57, note Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1988, p. 135, note J. SAVATIER.

1677 *Cf. supra* n° 418. Voir C. PUIGELIER, *La modification du contrat de travail*, Economica 1997, p. 59 s.

1678 Cass. soc. 8 octobre 1987, Raquin, Bull. civ. V, n° 541, p. 344 ; D. 1988, p. 57, note Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1988, p. 135, note J. SAVATIER. La solution est réaffirmée avec constance depuis : v. par ex. Cass. soc. 18 mars 1992, RJS 4/92, n° 407, p. 239.

1679 Cass. soc. 18 février 1988, Bull. civ. V, n° 118, p. 78.

1680 Cass. soc. 28 mars 1989, Bull. civ. V, n° 265, p. 155.

1681 Cass. soc. 16 février 1999, Dr. soc. 1999, p. 415, obs. C. RADE.

pas acceptation de la modification du contrat de travail l'absence totale de protestation du salarié quant à la modification du mode de calcul de sa rémunération[1682].

A nouveau, c'est la subordination juridique dans laquelle se trouve le salarié qui peut justifier cette jurisprudence : le salarié n'osera en effet pas toujours réclamer le retour aux conditions antérieures[1683], ou prendre l'initiative de la rupture du contrat de travail. En rejetant toute fiction dans la caractérisation de la volonté du salarié d'accepter la modification de son contrat de travail, les magistrats vont lui permettre, si tel n'est pas le cas, de réclamer à l'employeur un rappel de salaires ou d'indemnités dues en vertu du contrat initial[1684] et surtout de lui imputer la rupture de ce contrat[1685].

496. - Il faut alors remarquer que ce rejet des modes fictifs d'expression de la volonté permet au juge d'encadrer très strictement le mécanisme de la modification du contrat de travail. En effet, le salarié ne sera censé accepter cette modification que s'il manifeste explicitement sa volonté en ce sens, mais par ailleurs, son attitude ambiguë ou son silence, s'ils ne valent pas acceptation et lui permettent donc de réclamer l'exécution du contrat aux conditions antérieures, ne vaudront pas non plus refus puisque celui-ci doit également être très explicite pour ne pas exposer le salarié à un licenciement[1686].

Ce régime très protecteur du salarié se prolonge à propos des clauses figurant soit dans une convention collective, soit dans le contrat de travail, soit encore dans l'offre de l'employeur et selon lesquelles le défaut de réponse par le salarié dans un délai déterminé vaut acceptation de cette proposition. Le régime de la réponse du salarié rappelle alors celui édicté par la loi du 20 décembre 1993[1687], la seule différence étant son origine, conventionnelle ou contractuelle ici. Selon certains auteurs, la règle posée

---

1682 Cass. soc. 9 juin 1988, Bull. civ. V, n° 351, p. 228 - Cass. soc. 17 février 1993, Gaz. Pal. 1993, 1, pan. jur. p. 90.

1683 Sachant par ailleurs que son refus autorise l'employeur à le licencier, *cf. supra* n° 490 s.

1684 Pour un exemple extrême, voir Cass. soc. 10 novembre 1988, Bull. civ. V, n° 590, p. 380 : bien qu'il ait poursuivi son travail pendant près de dix-huit années, les conseillers ont décidé que le salarié n'avait pas ainsi manifesté son acceptation de la modification de sa rémunération.

1685 Cette rupture pouvant alors être jugée sans cause réelle et sérieuse : par ex. Cass. soc. 19 novembre 1997, JCP 1998, II, 10069, note C. PUIGELIER.

1686 *Cf. supra* n° 490 s.

1687 Sous réserve de la signification attachée au défaut de réponse : acceptation (comme dans la loi du 20 décembre 1993) ou refus. *Cf. infra* n° 512 s.

par l'article L. 321-1-2 du Code du travail restreint la portée de la jurisprudence protectrice du salarié établie depuis 1987. Elle doit donc rester l'exception face à ce principe de protection et par conséquent, des dispositions conventionnelles ou contractuelles qui étendraient le champ d'application de cette exception constitueraient une dérogation *in pejus* qui se heurterait à l'ordre public social et devraient ainsi n'avoir aucune efficacité[1688]. Une opinion contraire prévalait avant le revirement de 1987[1689], confortée par la jurisprudence[1690]. Aujourd'hui, et selon nous à juste titre, les décisions rejettent majoritairement le bien-fondé de telles clauses[1691], et s'inscrivent parfaitement dans la tendance générale du droit du travail à exiger une manifestation explicite de volonté de la part du salarié, tendance qui n'est guère remise en cause par quelques exceptions limitées.

Ainsi, le droit du travail s'assure de la réelle intention du salarié de former un acte juridique qui lui est potentiellement défavorable. Ce contrôle permet de limiter les inconvénients de la subordination de sa volonté qui risque de le contraindre à former de tels actes. Et les quelques cas dans lesquels le recours à une fiction de volonté est admis par le droit du travail ne remettent pas en cause ce principe.

[1688] A. JEAMMAUD, *La renonciation du salarié*, Dr. ouvr. 1997, p. 535, spéc. n° 14, p. 543 - H. BLAISE, *La modification substantielle du contrat de travail*, Dr. soc. 1994, p. 189, spéc. p. 190.

[1689] M. DESPAX, *L'acceptation tacite par le salarié de modifications aux conditions de travail initialement convenues avec l'employeur*, in *Mélanges dédiés à G. Marty*, 1978, p. 449, spéc. p. 461.

[1690] Cass. soc. 14 décembre 1960, Bull. civ. IV, n° 1175, p. 912 - Cass. soc. 10 février 1965, Bull. civ. IV, n° 119, p. 96. V. plus nuancée, Cass. soc. 21 juillet 1986, Bull. civ. V, n° 393, p. 301.

[1691] Cass. soc. 23 mai 1995, pourvoi n° 92-45.021, Juridisque Lamy Cassation, Volume II (v. C. PUIGELIER, *La modification du contrat de travail*, Economica 1997, annexes p. 97) - CA Reims 20 septembre 1989, Barbier/SA Petit Bateau Valton, CERIT : « *l'article de la convention collective stipulant en faveur des employés que ceux qui n'auraient pas répondu seraient considérés comme ayant donné leur accord tacite, d'après l'état de la jurisprudence au moment de sa rédaction, est devenu caduc en raison du revirement de la Cour suprême de 1987* ».
Pour un exemple d'un refus très circonstancié de l'efficacité de la clause : CA Paris 22° ch. C, 22 mars 1990, Juris-data n° 021633 : le silence gardé par le salarié au courrier de l'employeur ne vaut pas acceptation tacite dès lors qu'aucun délai impératif ne lui avait été fixé pour faire connaître sa réponse même si les termes de la lettre mentionnaient que le transfert serait considéré comme accepté si les salariés ne formulaient aucune observation.
V. une décision en sens contraire : CA Dijon 11 janvier 1994, Amiot/SA Sedco Forex International inc., CERIT : « *l'acceptation tacite peut s'évincer du comportement du salarié qui, invité à prendre parti* [à trois reprises tout de même] *dans un délai qu'il a laissé passer, poursuit sans réserve le travail aux nouvelles conditions* ».

§2 - Un principe conforté par le caractère marginal du recours aux fictions de volonté

497. - Il peut arriver que les magistrats adoptent un comportement déductif plus avancé, cherchant à interpréter une attitude, un comportement ou un langage dont la signification n'est pas des plus limpides. Cette démarche reste néanmoins exceptionnelle en ce qui concerne la jurisprudence et est cantonnée à des hypothèses dans lesquelles le salarié est dans une situation ne nécessitant pas une protection particulière, ou dans lesquelles le recours à une telle fiction s'avère en définitive plutôt favorable pour lui (A). En réalité, lorsque l'acte est défavorable au salarié, une intervention du législateur est nécessaire pour que soit constatée une réelle exception au principe du rejet de toute fiction (B).

A - Des exceptions jurisprudentielles à nuancer

498. - Il a été constaté une réticence certaine des juges à admettre une manifestation de volonté du salarié lorsqu'elle n'est pas expresse ou au moins claire et non équivoque. Ce principe est néanmoins contredit dans certaines hypothèses, dans lesquelles la manifestation de volonté du salarié sera retenue alors qu'elle n'est que tacite, voire à la limite de l'ambiguïté ou de l'absence totale de signification. Une première hypothèse est celle de la délégation de pouvoirs entre un employeur et un salarié. Mais il sera démontré que cet exemple ne constitue pas une exception très nettement affirmée au principe du rejet de toute extériorisation fictive de la volonté (1). D'autres hypothèses constitueraient au contraire de véritables exceptions à ce principe, mais elles sont relativement rares ou théoriques. En outre, la protection du salarié n'en est pas moins paradoxalement assurée avec une certaine efficacité : il s'agit de l'hypothèse du silence circonstancié (2).

1 - La délégation de pouvoirs[1692]

499. - La délégation est un mécanisme par lequel le chef d'entreprise va confier la direction ou la surveillance d'un service « *à un préposé,*

[1692] F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, Préf. Y. Reinhard, Bibl. dr. entrep. 2000, t. 43 - T. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, éd. Joly 2000 (coll. Pratique des affaires) - C. PUIGELIER, *La délégation de pouvoirs en matière d'accidents du travail*, JCP 1993, éd. E, I, n° 283, p. 457.

désigné par lui et pourvu de la compétence ainsi que de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement aux mesures édictées »[1693]. Lorsque la délégation est établie, l'employeur est exonéré de toute responsabilité pénale fondée sur l'inobservation des règlements en matière d'hygiène et de sécurité du travail[1694].

Constater l'existence d'une délégation présente donc un enjeu considérable pour l'employeur et bien sûr pour le salarié éventuellement délégataire de pouvoirs qui risque d'engager sa responsabilité pénale. Il serait alors assez logique de s'attendre à ce qu'un tel mécanisme soit fortement encadré afin qu'il n'y ait aucun doute quant à son existence. Pourtant, aucun formalisme particulier n'est exigé, et la jurisprudence semble estimer qu'une simple manifestation tacite de volonté suffit pour caractériser la délégation[1695]. Une jurisprudence relativement ancienne exigeait que la délégation soit expresse[1696], ou du moins certaine et dépourvue d'ambiguïté[1697]. Aujourd'hui, ce caractère exprès n'est plus exigé, il est parfois seulement constaté[1698]. Une fiction n'est donc pas interdite en ce domaine.

Par exemple, le transfert de pouvoirs peut se manifester implicitement de l'organisation du travail mise en place par le chef de l'unité de production[1699]. D'ailleurs, de nombreux auteurs estiment également que la délégation peut être simplement tacite ou implicite[1700].

500. - Certes, cette solution apparaît sévère pour les salariés, mais il faut garder à l'esprit que seuls les salariés ayant un certain niveau

---

1693 Cass. crim. 16 juin 1971, Bull. crim., n° 192, p. 479.

1694 Cass. crim. 18 janvier 1973, Bull. crim., n° 25, p. 67. V. aussi Cass. crim. 16 juin 1971, Bull. crim., n° 192, p. 479 - Cass. crim. 17 juin 1997, Bull. crim., n° 237, p. 788 ; RJS 10/97, n° 1101, p. 679.
Sur la responsabilité du chef d'entreprise, v. l'art. L. 263-2 C. trav.

1695 Cass. crim. 2 mars 1999, JSL 17 juin 1999, n° 38-2. Voir C. PUIGELIER, *La délégation de pouvoirs en matière d'accidents du travail*, JCP 1993, éd. E, I, n° 283, p. 457, spéc. n° 6 s.

1696 Cass. crim. 8 mars 1988, pourvoi n° 87-83.882, Juridisque Lamy Cassation, Volume 1.

1697 Cass. crim. 2 juillet 1986, Juri-social 1986, n° 8, p. 45, SJ 238. V. également Cass. crim. 2 octobre 1979, Bull. crim., n° 267, p. 725 : « *l'existence d'une délégation ne saurait être impliquée par la nature du travail* » - Cass. crim. 24 janvier 1978, B. crim., n° 30, p. 73.

1698 Cass. crim. 28 novembre 1996, CSBP 1996, n° 80, B. 103, p. 131.

1699 Cass. crim. 11 janvier 1972, Bull. crim., n° 14, p. 28. V. également Cass. crim. 8 octobre 1985, pourvoi n° 85-91.134, Juridisque Lamy Cassation, Volume 1 - Cass. crim. 30 mars 1981, pourvoi n° 79-93.112, *ibid.* - Cass. crim. 28 mars 1996, pourvoi n° 95-80.024, Juridisque Lamy Cassation, Volume II.

1700 A. MEYRIEUX, Y. MAYNE, *Délégation de pouvoirs : du droit pénal au droit social*, JSL 1999, n° 45, p. 4 - C. PUIGELIER, *La délégation de pouvoirs en matière d'accidents du travail*, JCP 1993, éd. E, I, n° 283, p. 457, spéc. n° 8 et 9 - J. BOISSELIER, *Hygiène et sécurité du travail (responsabilité pénale)*, Rép. Trav., 31 août 1988, spéc. n° 26 ; voir également Lamy Social 2001, n° 1986.

hiérarchique et de responsabilité dans l'entreprise pourront être délégataires de pouvoirs. Exerçant eux-mêmes une autorité sur d'autres salariés, ils se retrouveront dans une position intermédiaire entre l'employeur et leurs subordonnés, ce qui peut expliquer une plus grande sévérité de la jurisprudence qu'envers les autres salariés en général. Ils seront en effet censés avoir les moyens d'engager une discussion franche avec l'employeur, notamment sur les moyens dont ils disposent dans le cadre de cette délégation. Ils sont donc mieux à même de défendre correctement leurs intérêts et une protection spécifique du droit du travail est peut-être moins nécessaire. D'ailleurs, il a même été mentionné que la délégation tacite semble être réservée aux hypothèses dans lesquelles les délégataires sont eux-mêmes dirigeants[1701].

501. - La portée de cette exception doit donc être nuancée. En outre, il faut préciser ce que l'on entend précisément par « *délégation tacite* ». En effet, la délégation est en principe un accord de volonté entre deux parties, mais cette règle se heurte en droit du travail au lien de subordination entre l'employeur et le salarié[1702]. Ainsi, l'acceptation du délégataire, c'est-à-dire le salarié, indispensable pour former tout acte juridique conventionnel, n'est-elle que rarement mentionnée par la jurisprudence[1703] et le qualificatif « *tacite* » n'est pas accolé à l'acceptation de la délégation par le délégataire, mais à la délégation elle-même. C'est alors la délégation, c'est-à-dire le transfert de certains pouvoirs, qui est parfois déduit des circonstances, et plus précisément de l'organisation du travail, des compétences et de l'autorité du délégataire[1704]. Ce serait ainsi la décision de l'employeur de déléguer ses pouvoirs qui serait tacite, alors que l'assentiment du salarié ne serait plus nécessaire puisqu'il s'agirait simplement d'exécuter les obligations nées de son contrat de travail[1705].

[1701] Lamy Social 2001, n° 1986, c) ; Lamy Hygiène et Sécurité, t. 1, n° 224-31, Décembre 2000.

[1702] C. PUIGELIER, *La délégation de pouvoirs en matière d'accidents du travail*, JCP 1993, éd. E, I, n° 283, p. 457, spéc. n° 35 s. V. Cass. crim. 2 mars 1977, Bull. crim., n° 85, p. 202 : « *le préposé demeurait en fait dans un état de subordination étroit exclusif d'une délégation librement acceptée* ».

[1703] Cass. crim. 25 juin 1991, pourvoi n° 90-83.846, Juridisque Lamy Cassation, Volume II : constatation d'une acceptation expresse de la délégation.

[1704] Y. MAYAUD, *Responsables et responsabilités*, Dr. soc. 2000, p. 941, spéc. p. 947.

[1705] Cass. crim. 21 décembre 1982, pourvoi n° 82-91.362, Juridisque Lamy Cassation, Volume I. Voir T. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, éd. Joly 2000 (coll. Pratique des affaires), n° 14, p. 27.

Ainsi, il est très difficile de conférer une réelle signification à l'hypothèse de la délégation[1706] en tant qu'exception au principe du rejet de toute fiction relative à l'extériorisation de la volonté, d'une part parce que la nature de la délégation reste imprécise, d'autre part parce que les salariés concernés nécessitent peut-être une moindre protection.

Au contraire, dans les hypothèses de silence circonstancié, la fiction est évidente, mais elle est alors bénéfique au salarié. C'est parce que le salarié y trouve son intérêt qu'un mode fictif d'extériorisation de la volonté peut être retenu.

2 - Le silence circonstancié

502. - Il s'agit ici d'examiner un mode de manifestation de la volonté qui pourrait être retenu en droit du travail. L'usage du conditionnel se justifie par le fait que la jurisprudence a eu assez peu l'occasion de se prononcer dans de telles hypothèses et par conséquent un certain nombre de solutions seront proposées à la réflexion du lecteur sans qu'à notre connaissance leur application concrète, conforme ou non, ait déjà été mise en oeuvre.

Ce mode d'expression serait donc retenu alors qu'il fait appel à une analyse déductive marquée. Il s'agit d'une illustration typique d'une fiction juridique[1707]. Les juges vont faire preuve d'une moindre exigence vis-à-vis de l'extériorisation de la volonté du salarié. La raison en est simple : les actes en question sont en principes *favorables* aux salariés; ils n'ont pas pour lui de conséquences négatives. Ainsi, l'explication principale pour laquelle la jurisprudence est très stricte envers toute fiction relative à l'extériorisation de la volonté du salarié ne se retrouve plus ici.

503. - Si le principe est que le silence n'a aucune valeur[1708], il subit néanmoins en droit commun trois exceptions lorsque ce silence est

---

[1706] Il faut noter par ailleurs que la délégation n'apparaît en jurisprudence que pour décider qui, de l'employeur ou du salarié éventuellement délégataire, doit être responsable de certaines infractions. Ce n'est donc que par ce biais de la responsabilité que les juges vont avoir à caractériser cette délégation. Or, ce contexte particulier ne permet pas de cerner dans sa globalité cette notion.

[1707] G. WICKER, *Les fictions juridiques - Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 88, p. 89.

[1708] Cass. civ. 25 mai 1870, S. 1870, 1, 341 ; DP 1870, 1, 257. V. P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 158 s., p. 175 s. - F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 118, p. 123 - J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. dr. priv. t. 109, n°

accompagné de certaines circonstances. Ainsi, le silence peut valoir acceptation lorsqu'il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires, lorsque les parties appartiennent à un milieu professionnel dont les usages confèrent à ce silence cette signification, ou lorsque l'offre est faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire[1709].

C'est cette dernière hypothèse qui pourrait être appliquée en droit du travail. Une offre faite dans l'intérêt exclusif de son bénéficiaire signifie que le destinataire n'avait aucune raison de la refuser, car elle lui est extrêmement favorable, et donc son silence peut être considéré comme valant acceptation[1710]. Les exemples sont très rares en droit commun[1711] tout comme en droit du travail. L'arrêt cité par la plupart des auteurs[1712] concernait la fixation au profit du salarié du taux d'intéressement sur le chiffre d'affaires. A la proposition de l'employeur, le salarié répondit en proposant un taux plus élevé. Peu après, le contrat fut résilié et l'employeur prétendit ne rien devoir au titre de l'intéressement puisque les deux parties n'étaient pas tombées d'accord sur ce point. La Cour de cassation estima au contraire qu'un accord était intervenu sur le premier taux proposé par l'employeur, que la salariée « *n'avait aucune raison de refuser dans son principe* », puisque cette proposition avait été faite dans son « *intérêt exclusif* »[1713]. Les circonstances de fait, principalement la discussion entre l'employeur et le salarié, la contre-proposition de ce dernier, conduisent certes à relativiser la portée de cet arrêt en ce que le salarié n'avait pas réellement conservé le silence mais au contraire avait pris part à la négociation. Néanmoins, la Cour de cassation s'est tout de même expressément référée à la notion d'offre dans l'intérêt exclusif.

504. - Il n'est pas illogique que cette notion soit accueillie par un droit du travail soucieux de la protection du salarié : face à une proposition de l'employeur qui lui est favorable, il semble opportun de considérer de

---

313, p. 288. V. également D. EVERAERT, *La valeur du silence en droit des contrats*, Les Petites Affiches 8 mars 1993, n° 29, p. 14.

1709 J.-L. AUBERT, précité, n° 316 s., p. 291 s. (critique) - F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, précité, n° 118, p. 124.

1710 Les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation de cet intérêt exclusif : Cass. req. 29 mars 1938, DP 1939, 1, p. 5 note P. VOIRIN.

1711 Cass. req. 29 mars 1938, précité ; Cass. civ. 1°, 1° décembre 1969, D. 1970, p. 423, note M. PUECH ; JCP 1970, II, 16445, note J.-L. AUBERT ; Rev. trim. dr. civ. 1971, p. 164, obs. G. DURRY. La doctrine a fortement critiqué le recours à la notion d'offre dans l'intérêt exclusif dans cette dernière décision (voir les auteurs précités).

1712 P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 180, p. 198 ; F. HENOT, *La renonciation du salarié*, th. Amiens 1996, n° 503, p. 301.

1713 Cass. soc. 15 décembre 1970, Bull. civ. V, n° 722, p. 590.

manière très large qu'elle a été acceptée par le salarié, même s'il a adopté une attitude totalement passive.

Plus précisément, la notion d'offre dans l'intérêt exclusif pourrait expliquer un certain nombre de solutions posées par la jurisprudence, même s'il n'y est pas fait expressément référence.

505. - Il s'agirait en premier lieu du contentieux relatif à la formation du contrat de travail, et tout d'abord aux promesses d'embauche. Il a été précisé que le mécanisme de formation de ces actes juridiques laissait en définitive assez peu de place à la volonté du salarié, bien que la promesse d'embauche soit réellement une convention[1714]. C'est alors une illustration de la négation du rôle de la volonté individuelle en droit du travail. Mais il avait été remarqué[1715] que, selon un raisonnement différent, il aurait pu être soutenu que l'acceptation du salarié était retenue malgré son silence[1716], car il s'agissait d'une offre dans son intérêt exclusif. En effet, dans une promesse d'embauche, le salarié ne s'engage à rien, il bénéficie seulement d'une option qu'il pourra exercer à son gré s'il désire conclure le contrat de travail[1717]. N'ayant aucune obligation, il n'a aucune raison de refuser de conclure un tel contrat. Mais il faut répéter ici que ce fondement de l'offre dans l'intérêt exclusif n'apparaît pas dans les décisions étudiées et qu'en l'absence de toute référence au mode de manifestation de la volonté, justifier les solutions par un tel fondement serait artificiel. Le droit du travail est plus radical et nie toute référence à la volonté du salarié dans ces hypothèses[1718].

Le raisonnement serait le même en matière d'offre de contrat de travail, le destinataire étant le salarié. Il n'est pas utile d'insister sur l'importance pour un candidat salarié de conclure effectivement un contrat de travail. Une offre d'embauche est par nature une opportunité favorable au salarié. Cependant, toute généralisation serait abusive et il est des cas dans lesquels un salarié pourrait ne pas être intéressé, par exemple s'il est déjà

1714 *Cf. supra* n° 201 s.

1715 *Cf. supra* n° 215 s.

1716 Il n'était pas question ici d'acceptation tacite car il n'y avait pas commencement d'exécution du travail, le litige naissant justement du refus par l'une des parties, souvent l'employeur, de laisser l'autre exécuter le contrat.

1717 Du moins pour les promesses d'embauche qui correspondent réellement aux promesses unilatérales de contrat, *cf. supra* n° 206.

1718 Il s'agit d'un autre exemple, avec les accords atypiques, où le droit du travail nie le rôle de la volonté, et donc ne s'inscrit pas dans la théorie générale de l'acte juridique, alors qu'il pourrait aboutir au même résultat en modifiant le droit commun, *cf supra* n° 133.

engagé par un autre employeur, ou si les stipulations du contrat proposé ne lui conviennent pas[1719]. Déduire de son silence une acceptation de l'offre ne lui serait alors absolument pas favorable. Le raisonnement théorique condamnerait-il donc le recours à la notion d'offre dans l'intérêt exclusif en ce qui concerne la conclusion du contrat de travail ? Certainement pas car il appartient en définitive aux juges du fond, dans le cadre de leur pouvoir souverain d'appréciation, de déterminer au cas par cas si la proposition était réellement faite dans l'intérêt exclusif du salarié[1720]. Si l'on évite toute généralisation, dont d'ailleurs il n'a jamais été question en droit commun en matière d'offre dans l'intérêt exclusif, pour revenir à une analyse *in concreto* des situations, ce fondement pourrait être pertinent.

En fait, l'incertitude provient tout simplement de la pratique judiciaire, puisqu'il n'existe pas à notre connaissance de décisions conférant une quelconque valeur à l'inactivité du salarié face à une offre de contrat de travail, même si certaines décisions sont parvenues à un résultat similaire par le mécanisme de la rétractation abusive de l'offre de contrat de travail[1721]. Rappelons qu'à notre sens, l'acceptation tacite du salarié, matérialisée par l'exécution de sa prestation de travail, est par là-même claire et non équivoque[1722].

506. - En second lieu, et de manière quelque peu similaire, il est peut-être envisageable qu'une offre de modification du contrat de travail dans un sens favorable au salarié, par exemple une promotion, soit elle aussi considérée comme acceptée malgré son silence, en raison du bénéfice qu'il peut en tirer. Sinon, il se pourrait que l'employeur se ravise et justifie le retour aux stipulations antérieures par le défaut d'acceptation claire et non équivoque du salarié. Il n'existe pas non plus, à notre connaissance, de jurisprudence à ce sujet.

En fait, une illustration possible du recours à cette notion en matière de modification du contrat est l'offre par l'employeur d'augmenter la rémunération du salarié. Cette hypothèse est caractéristique d'une offre dans

---

[1719] La preuve la plus éclatante d'une telle hypothèse est apportée par les décisions dans lesquelles c'est l'employeur qui invoque la conclusion du contrat de travail et non le salarié qui n'y voit aucun intérêt. V. par ex. CA Paris 1°ch. B 13 décembre 1984, Sofracima/I. Adjani, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 97, obs. J. MESTRE.

[1720] Et pourquoi ne pas envisager une offre dans l'intérêt exclusif de l'employeur, quand un salarié très qualifié et courtisé se présente à une entreprise ? Ce serait certainement excessif.

[1721] *Cf. supra* n° 287.

[1722] *Cf. supra* n° 420.

l'intérêt exclusif de son destinataire[1723]. Face à une telle proposition, le silence du salarié devrait-il valoir acceptation ? A défaut d'un refus, improbable, du salarié, l'employeur serait engagé par son offre et ne pourrait donc pas refuser de verser le nouveau salaire ni, le cas échéant, réclamer le remboursement de ce qui a déjà été versé[1724].

En définitive, il apparaît que les exceptions posées par la jurisprudence, ou susceptibles de l'être, ont une portée limitée ou sont plutôt favorables au salarié. Lorsque l'acte lui est défavorable, le principe reste bien le rejet des fictions relatives à l'extériorisation de la volonté du salarié, auquel les atteintes les plus franches ne seront finalement dues qu'à l'intervention du législateur, dans le but de préserver l'intérêt de l'entreprise[1725]. Le point d'équilibre se déplace alors de la préservation des intérêts du salarié vers la nécessité d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise.

B - **Les exceptions légales - les présomptions de droit**

507. - Après avoir précisé les rapports entre l'extériorisation de la volonté et le mécanisme des présomptions de droit (1), il faudra recenser les hypothèses admises en droit positif (2).

1 - Rapports entre l'extériorisation de la volonté et le mécanisme des présomptions de droit

508. - Le droit du travail a très fréquemment recours aux présomptions de droit, tout comme les autres branches du droit privé, et notamment dans des hypothèses qui dépassent le cadre de la volonté dans la formation de l'acte juridique, pour concerner celui de la qualification des actes juridiques. Il suffit de mentionner quelques exemples, tels que les présomptions, simples ou irréfragables, instituées lorsque les conditions de validité de certains contrats de travail particuliers ne sont pas remplies.

[1723] Sous réserve là aussi de l'appréciation au cas par cas des juges du fond : ainsi, dans certaines situations extrêmes, une augmentation du salaire peut porter préjudice au salarié, s'il s'avère par exemple qu'elle a été dictée par la volonté de nuire à ses activités syndicales en isolant le salarié de ses collègues. De même, le salarié peut ne pas souhaiter franchir un certain seuil de salaire s'il est amené à perdre des avantages sociaux, fiscaux ou autres hors de proportion avec l'augmentation obtenue.

[1724] Et ce en vertu de la force obligatoire du contrat ainsi modifié.

[1725] *Cf. supra* n° 30.

Ainsi, le contrat de travail à temps partiel qui n'est pas passé par écrit est présumé être à temps complet[1726]. De même, le CDD dont l'une des conditions de validité est violée est réputé être un CDI[1727]. Mais ce qui nous retiendra ici est le cas plus particulier des présomptions de droit relatives à l'extériorisation de la volonté.

509. - Il a déjà été fait allusion à la notion de présomption[1728], mais il s'agissait alors des présomptions de fait, c'est-à-dire des « *manifestation[s] de volonté réelle[s] que l'attitude de son auteur rend probable[s]* »[1729]. La présomption de droit ne laisse quant à elle qu'une place très réduite, voire inexistante, à la volonté[1730], car la loi va fictivement accorder au silence gardé par une partie, par définition complètement ambigu, une certaine valeur. Il a alors été remarqué que ces hypothèses ne « *dépendent nullement de la volonté individuelle* »[1731], puisque l'acte considéré résultera non pas de cette volonté mais de la loi elle-même[1732] (la réalité de la volonté, dont l'expression est des plus ambiguës, y est fort douteuse).

Néanmoins, tous les auteurs ne marquent pas une rupture si nette entre la volonté tacite, les présomptions de fait et les présomptions de droit[1733]. L'enjeu de cette distinction n'apparaît pas déterminant dans notre démonstration car dans tous les cas, une fiction plus ou moins avérée est constatée[1734]. Ce qui est certain, et qui nous retiendra ici, c'est que par ce mécanisme de présomption issue de la norme, une volonté ambiguë, fictive

---

1726 Cass. soc. 14 mai 1987, Dr. soc. 1988, p. 444, note J. SAVATIER, *Le travail à temps partiel, chronique de jurisprudence*, p. 438.

1727 Art. L. 122-3-13 C. trav.

1728 *Cf. supra* n° 377.

1729 J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 400, p. 355.

1730 P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 159 s., p. 175 s.

1731 P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 159, p. 176. V. également F. DREIFFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Préface de P. Tercier, LGDJ 1985, Bibl. de dr. privé, t. 185, n° 52, p. 61.

1732 G. WICKER, *Les fictions juridiques - Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253, n° 75 s., p. 80 s., spéc. n° 79, p. 82 - J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 400, p. 356 - P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, PUF 1977, n° 159, p. 176.

1733 A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 33, p. 42 : « *Entre les hypothèses où la déduction est opérée par le législateur, et celles, plus nombreuses, où elle est l'oeuvre des particuliers, il n'y a aucune différence de nature* ». L'auteur évoque ici le cas de la tacite reconduction.

1734 J. GHESTIN relève un enjeu particulier à distinguer présomption de fait et présomption de droit, celui du pouvoir d'appréciation des juges du fond et du contrôle de la Cour de cassation (J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 401, p. 357). Mais il n'est pas nié dans ce B que les hypothèses étudiées sont des présomptions de droit appelant par conséquent un contrôle de la Cour de cassation.

du salarié sera consacrée. Il faut donc maintenant en exposer les applications en droit du travail.

2 - Les hypothèses de présomptions de droit relatives à la manifestation de la volonté du salarié

510. - Il y a présomption de droit chaque fois que la loi accorde automatiquement au silence, ou à une attitude d'une personne, la valeur d'une manifestation de volonté, par exemple l'acceptation d'une offre ou son refus. La consécration de telles fictions peut s'avérer favorable au salarié lorsqu'elles ont été instituées pour préserver ses droits. Parfois, elles lui sont défavorables lorsque leur objectif est de ne pas différer des décisions et de ne pas entraver le bon fonctionnement de l'entreprise. Une telle entrave pourrait survenir en raison du retard d'un interlocuteur dans sa prise de décision, ou de son absence de décision.

511. - C'est en premier lieu avec l'objectif de préserver les droits du salarié que certains textes du Code du travail évoquent le silence du salarié dans ses relations avec les organisations syndicales représentatives, lorsque celles-ci souhaitent exercer en justice des actions individuelles dont le salarié est en principe titulaire, actions dites de substitution[1735]. Le salarié dispose d'un certain délai pour s'y opposer et s'il reste passif, l'organisation syndicale pourra mettre en oeuvre la procédure. C'est en quelque sorte la volonté du salarié d'autoriser cette action qui est ici présumée par la loi[1736].

Cet objectif se retrouve également dans les relations entre l'employeur et un salarié. De nombreuses hypothèses sont prévues par le Code du travail. Ainsi, une présomption est posée à l'article L. 212-4-3 dernier alinéa, en ce qui concerne l'intégration des heures complémentaires habituelles dans le contrat de travail. Lorsque, pendant une période de douze semaines consécutives, l'horaire moyen réellement effectué par le

---

[1735] V. notamment les articles L. 122-3-16, L. 123-6, L. 124-20, L. 125-3-1, L. 127-6, L. 135-4, L. 321-15, L. 341-6-2, L. 422-1-1 et L. 721-19 C. trav. V. également, entre autres, B. BOSSU, *Le salarié, le délégué du personnel et la vidéo-surveillance*, Dr. soc. 1995, p. 978 – B. BOSSU, *L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés*, Dr. soc. 1998, p. 127.
Voir Cass. soc. 1° février 2000 (2 arrêts), JCP 2000, E, p. 760, n. D. BOULMIER ; JCP 2001, p. 33, n. E. JEULAND.

[1736] Avec parfois la possibilité de mettre un terme à l'instance, voir par exemple les articles L. 122-3-16, L. 124-20, L. 125-3-1 C. trav.
Il faut préciser que cette action en substitution se distingue, selon la Cour de cassation et les auteurs, d'une action en représentation (E. JEULAND, précité). Ce n'est donc pas la volonté du salarié de consentir à un mandat même tacite qui est présumée ici.

salarié a dépassé de deux heures au moins par semaine, ou de l'équivalent mensuel ou annuel de cette durée, l'horaire prévu dans son contrat, celui-ci est modifié sous réserve d'un préavis de sept jours, et sauf opposition du salarié lui-même, en ajoutant à l'horaire antérieurement fixé la différence entre cet horaire et l'horaire moyen réellement effectué. De même, une autre hypothèse de présomption légale est constituée par la tacite reconduction. Selon l'article L. 122-3-10, un CDD qui se poursuit devient un CDI. Il s'agit apparemment d'une présomption légale de volonté des parties quant à la modification de leurs relations contractuelles[1737].

512. - Mais surtout, en second lieu, il est une hypothèse importante où une fiction est retenue alors que l'acte est défavorable au salarié. Cette présomption légale a pour but d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise. Elle met ainsi en exergue la nécessité de privilégier, dans certains cas, l'intérêt de l'entreprise par rapport à l'intérêt des salariés. Elle résulte de l'article L. 321-1-2 al. 3 du Code du travail, selon lequel, « *lorsque l'employeur, pour l'un des motifs énoncés à l'article L. 321-1, envisage une modification substantielle des contrats de travail, il en informe chaque salarié (...). A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée* ». Cette disposition, édictée par la loi du 20 décembre 1993, reprend et amplifie, dans le domaine particulier de la modification du contrat de travail pour motif économique, les solutions posées par la jurisprudence avant 1987[1738]. Les fictions relatives à l'extériorisation de la volonté du salarié en matière de modification du contrat de travail étaient alors parfaitement admises. Aujourd'hui, le salarié qui s'abstient d'exprimer clairement son acceptation de la modification est autorisé à contester la réalité de cette modification, et ce même des années plus tard.

Mais cette situation d'incertitude pour l'employeur, qui ne peut pas être sûr du caractère définitif de la modification proposée lorsque le salarié adopte une attitude équivoque d'où ne ressort pas explicitement sa volonté d'accepter ou de refuser, peut alors conduire à la remise en cause de

---

[1737] Sous cet aspect, la tacite reconduction se rapprocherait plus de la requalification interprétation que de la requalification sanction. Voir, sur cette distinction, C. ROY-LOUSTAUNAU, *Réflexions sur le rôle du juge dans la requalification-sanction du contrat de travail à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990*, JCP 1991, éd. E, I, p. 101 - C. ROY-LOUSTAUNAU, *Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée : requalification-interprétation et requalification-sanction*, Rev. rech. jur. 1992-3, p. 861 – G. AUZERO, *La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée*, Dr. soc. 2001, p. 17.

[1738] *Cf. supra* n° 495 s.

situations apparemment acquises et nuire à l'intérêt de l'entreprise. Cette constatation est frappante dans le cas particulier des modifications du contrat de travail pour motif économique, qui peuvent entraîner des restructurations, des réorganisations complètes de l'entreprise et concerner un grand nombre de salariés[1739]. Nier la réalité de la modification en raison de l'absence de prise de position claire de la part du salarié pourrait alors avoir des conséquences difficiles pour l'avenir de l'entreprise, et donc des emplois. C'est ce raisonnement qui a amené le législateur à intervenir et donc à faire prévaloir l'intérêt global de l'entreprise sur la protection des salariés jusque là efficacement assurée par la jurisprudence.

513. - Ce texte contredit donc les solutions jurisprudentielles postérieures à 1987, mais ne revient pas simplement aux règles énoncées auparavant. En effet, l'article L. 321-1-2 du Code du travail va beaucoup plus loin puisque si la jurisprudence antérieure à 1987 admettait le principe d'une acceptation tacite par le salarié de la modification de son contrat de travail, la loi donne une valeur aussi forte au silence le plus absolu. Or, le silence est en lui-même bien plus ambigu qu'une manifestation tacite de volonté. C'est une présomption irréfragable qui est posée par la loi sans que la recherche d'une quelconque attitude de la part du salarié ne soit nécessaire.

Selon l'article L. 321-1-2 du Code du travail, le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître sa réponse. A défaut de réponse, il sera réputé avoir accepté la modification de son contrat. Ce sera le cas du salarié qui s'abstient de tout comportement pouvant manifester tacitement sa volonté, par exemple s'il est absent de l'entreprise au cours du délai (congés payés, congé maladie notamment). Cet apport marquant a été souligné par tous les commentateurs.

514. - Néanmoins, un autre élément a quant à lui été laissé sous silence par la loi et n'a guère suscité de commentaires[1740]. Il s'agit de la question de savoir comment doit se manifester la prise de position du salarié

1739 J. BROUILLET, *Présomptueuses présomptions*, Gaz. Pal. 1994, Doctr., p. 795 - A. COEURET, *Législation française et communautaire en matière de droit privé*, Rev. trim. dr. civ. 1993, n° 20, p. 428 - J.-M. MIR, *La modification substantielle du contrat de travail pour motif économique*, Rev. Dr. Trav. janvier 1995, p. 5 - F. TAQUET, *Modification substantielle du contrat de travail pour motif économique : premières réflexions sur le nouvel article L. 321-1-2 du Code du travail*, Rev. Dr. Trav. janvier 1994, p. 2 s.

1740 Voir néanmoins H. BLAISE, *La modification substantielle du contrat de travail*, Dr. soc. 1994, p. 189, spéc. p. 190.

au cours de ce délai d'un mois. Une fiction est-elle admise ? En d'autres termes, l'acceptation ou le refus pourront-ils être simplement tacites ou devront-ils être exprès ou clairs et non équivoques ? L'enjeu n'est pas négligeable puisqu'un salarié pourrait avoir intérêt à prétendre que son refus était certes tacite mais efficace et que par conséquent, à défaut d'acceptation de la modification, il a droit au retour aux conditions antérieures et par exemple à un rappel de salaires au jour de la prétendue modification. De même, s'il établit qu'il a accepté cette offre de modification, son éventuel licenciement consécutif à ce que l'employeur a considéré comme un refus sera sans justification.

La loi est muette sur la question, mais la Cour de cassation a rendu un avis sur ce sujet : « *(...) seule une réponse expresse et positive, ou le silence gardé pendant plus d'un mois, vaut acceptation de la modification proposée par l'employeur pour l'application de l'article L. 321-1-2 du Code du travail ; que dès lors une réponse dilatoire ou conditionnelle, telle qu'une demande de prorogation, constitue une réponse négative* »[1741].

Ainsi, on constate une dualité de régimes selon que le salarié souhaite accepter ou refuser la modification de son contrat de travail.

515. - Dans le premier cas, à propos de l'acceptation de l'offre de modification, le terme du délai marque une césure nette : en effet, au cours de ce délai, « *seule une réponse expresse et positive* » vaut acceptation, par exemple le renvoi par le salarié de l'avenant signé. Le principe est donc le rejet absolu, plus net encore que dans les autres hypothèses de modification du contrat de travail, de toute fiction, c'est-à-dire de toute attitude manifestant tacitement l'acceptation et, *a fortiori*, du silence comme signifiant une acceptation. Seulement, après un mois, ces deux types de comportement vaudront, selon la loi, acceptation. En définitive, une attitude passive du salarié n'a aucune valeur jusqu'au terme du délai[1742]. La jurisprudence postérieure à 1987 a donc encore vocation à s'appliquer dans le cadre des modifications du contrat de travail pour motif économique, mais uniquement pendant ce délai d'un mois, sous cette réserve que

---

[1741] Cass. avis 6 juillet 1998, RJS 8-9/98, n° 959, p. 616.

[1742] Même si l'employeur n'a pas respecté l'intégralité du délai d'un mois : CA Nancy 8 janvier 1997, RJS 8-9/97, n° 949, p. 598 : « *l'unique conséquence de la méconnaissance de l'article L. 321-1-2 du Code du travail étant l'impossibilité pour l'employeur d'exciper du refus implicite du salarié avant l'expiration de ce délai de un mois* ». La décision évoque le refus implicite car telle était la prétention de l'employeur, mais la rédaction de l'article L. 321-1-2 devrait conduire également au rejet d'une acceptation implicite du salarié avant l'expiration du délai. V. déjà, sur les conséquences de la méconnaissance du délai, CA Nancy 5 mars 1996, RJS 7/96, n° 770, p. 499.

l'exigence d'une manifestation expresse de volonté est peut-être plus élevée que celle d'une manifestation claire et non équivoque de volonté[1743].

516. - Dans le second cas, à propos du refus de l'offre de modification, la situation est plus délicate à apprécier. En décidant qu'« *une réponse dilatoire ou conditionnelle, telle qu'une demande de prorogation, constitue une réponse négative* »[1744], les magistrats déduisent d'une demande de prorogation du délai la volonté de refuser la modification du contrat, ce qui caractérise la possibilité d'une manifestation tacite de la volonté de refuser[1745]. Cette démarche est très différente de celle présentée à l'occasion des autres hypothèses de refus d'une modification du contrat de travail, qui semblaient privilégier la manifestation expresse ou claire et non équivoque de la volonté de refuser, dans le but de protéger le salarié contre un licenciement dont la première étape justificative est justement ce refus[1746]. Cette barrière protectrice est levée ici, car dès que le salarié adoptera un comportement laissant transparaître son opposition à la modification proposée, l'employeur pourra prendre acte de son refus, et donc le licencier en vertu de l'article L. 321-1 du Code du travail.

517. - Il reste à s'interroger sur la portée de cet avis : il concernait une demande de prorogation du délai, ce qui peut expliquer la sévérité des magistrats vis-à-vis du salarié puisque l'objet même de ce texte est de réduire au minimum le temps d'incertitude pour l'employeur. Un mois pour se prononcer est donc réputé être suffisant, et une demande de prorogation par le salarié automatiquement interprétée comme un refus. Ne doit-on donc pas réserver la portée de cet avis aux seules réponses dilatoires ou conditionnelles, dont la demande de prorogation n'est qu'une illustration (« *telle que* »), qui ont pour effet de prolonger cette incertitude combattue par le législateur ? Il apparaît très difficile de se prononcer. Par exemple, si le salarié se contente d'émettre des protestations, en sera-t-il déduit un refus ou sera-t-il censé avoir accepté après un mois ? L'enjeu est tout de même très important pour le salarié, mais malheureusement l'avis de la Cour de cassation ne donne aucun éclairage sur ce point.

[1743] *Cf. supra* n° 403.

[1744] Cass. avis 6 juillet 1998, RJS 8-9/98, n° 959, p. 616.

[1745] En effet, le salarié pourrait n'avoir eu en aucune façon l'intention de refuser. Cette décision des magistrats repose sur une manifestation très implicite, voire ambiguë, de volonté.

[1746] *Cf. supra* n° 490.

518. - Ainsi, l'action combinée du législateur et des magistrats conduit à une double innovation dans le cadre des modifications (substantielles)[1747] du contrat de travail pour l'un des motifs de l'article L. 321-1 du Code du travail : non seulement l'acceptation peut être tacite, voire silencieuse dès le terme du délai d'un mois, mais le refus, qui ne peut intervenir que pendant ce même délai, peut également être tacite. Une grande place est ainsi laissée, dans cette hypothèse restreinte, aux fictions dans l'extériorisation de la volonté du salarié.

Il n'en reste pas moins que le principe quant à l'extériorisation de la volonté du salarié consiste bien en un rejet très net de ces fictions, du moins quand l'acte juridique peut avoir des conséquences négatives pour le salarié. Lorsque les conséquences sont plutôt positives, le droit du travail est moins réticent à admettre de telles fictions. L'idée de protection du salarié est donc très présente ici. Il s'agit de contrebalancer les conséquences néfastes de sa soumission au pouvoir de l'employeur.

Et c'est toujours cette idée de protection du salarié qui conduit le droit du travail à accepter le recours aux fictions juridiques relatives à l'extériorisation de la volonté de l'employeur. C'est ainsi qu'apparaît l'utilisation opposée de ces notions selon la qualité de l'auteur de la volonté.

Sous-section II - Une moindre attention portée à l'extériorisation de volonté de l'employeur

519. - Les illustrations jurisprudentielles du mode d'extériorisation de la volonté de l'employeur sont relativement rares. Il faut en effet noter que la plupart des litiges ne concernent que la manifestation de la volonté du salarié. Certes, chaque fois que la jurisprudence révèle la nécessité, ou non, d'un accord exprès entre les parties, il s'agit d'une règle qui s'impose autant à l'employeur qu'au salarié. Mais en réalité c'est à nouveau la manifestation de la volonté du salarié qui suscite souvent le litige[1748]. En définitive, le mode de manifestation de la volonté de l'employeur n'apparaît guère en jurisprudence, et ce sans doute pour une raison fondamentale.

[1747] Le terme « *substantielle* », s'il n'est plus utilisé en jurisprudence, figure toujours dans l'article L. 321-1-2 du Code du travail. Voir Cass. soc. 10 juillet 1996, Bull. civ. V, n° 278, p. 196 ; JCP 1997, II, 22768, note Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1996, p. 976, obs. H. BLAISE ; Dr. ouv. 1996, p. 457, note P. MOUSSY. V. P. WAQUET, *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, RJS 12/96, p. 791 - P. WAQUET, *La modification du contrat de travail : à propos d'un tournant dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, CSBP 1993, n° 47, p. 57.

[1748] V. par ex. Cass. soc. 23 janvier 1997, D. 1998, p. 170, note C. PUIGELIER - Cass. soc. 21 mars 1996, RJS 5/96, n° 522, p. 334.

Titulaire du pouvoir de direction, il paraît évident que l'employeur est le plus souvent à l'origine de la formation d'un acte juridique puisque c'est lui qui décide en grande partie de la naissance et de l'évolution de la relation contractuelle. Or, lorsque l'employeur est à l'origine, à l'initiative de la formation d'un acte juridique, sa volonté doit être, par nécessité, relativement apparente et claire.

Ainsi, en matière de modification du contrat, la proposition de l'employeur de modifier le contrat de travail du salarié, qui doit être précise et ferme[1749], est sans doute par là-même explicite : si l'employeur souhaite cette modification, il fera preuve de diligence pour qu'elle soit clairement proposée afin de se prémunir contre tout éventuel litige.

De même, le licenciement, acte juridique unilatéral émanant de l'employeur, par son formalisme caractérisé notamment par l'énoncé écrit de sa cause réelle et sérieuse dans la lettre de notification, sera exprimé expressément. Cette constatation subsiste même en cas de licenciement verbal, puisque l'intérêt pour l'employeur est là aussi de bien faire comprendre au salarié que le contrat de travail est rompu. Certes, certains cas sont plus litigieux, dans lesquels la volonté de l'employeur va susciter quelques interrogations, par exemple en matière de requalification de certaines situations en licenciements. Mais il a été remarqué que se posait alors un problème relatif au rôle même de la volonté de l'employeur, et non à sa simple manifestation[1750]. Ces développements valent également pour toutes les sanctions que l'employeur peut prendre.

Les illustrations sont donc rares dans lesquelles l'extériorisation de la volonté de l'employeur posera problème.

520. - Le droit positif ne semble pas hostile aux fictions en ce domaine. Il en ressort que l'employeur, qui dispose de prérogatives juridiques sur le salarié, est à même d'extérioriser sa volonté selon le mode de son choix, sans qu'une manifestation simplement tacite ne suscite un excès de méfiance de la part des magistrats. A titre d'exemple, a été jugée valable la clause conventionnelle, selon laquelle le silence gardé par l'employeur face à une demande du salarié valait acceptation[1751].

[1749] *Cf. supra* n° 237 et n° 259. Quant au caractère non équivoque de l'offre, contestable en soi, sans doute constitue-t-il un frein au comportement déductif dans l'analyse de la qualification d'offre.

[1750] *Cf. supra* Partie I - Titre II - Chapitre I, n° 138 s.

[1751] Art. 7 de la convention collective des journalistes, voir CA Paris 18° ch. D, 18 novembre 1985, Mme Dokan/SA Presse Alliance, CERIT.

Le régime de l'extériorisation de la volonté de l'employeur apparaît donc sans exigence particulière quant à une manifestation expresse ou claire et non équivoque, avec au contraire la large possibilité de retenir une manifestation tacite de volonté, voire ambiguë. Le contraste avec la situation du salarié est alors flagrant.

En réalité, le droit du travail semble guidé par la nécessité d'assurer au salarié un statut protecteur. Pour ce faire, il n'hésitera pas à recourir aux fictions juridiques relatives à l'extériorisation de la volonté de l'employeur. Le but est de faire produire effet à un acte juridique lorsqu'il est susceptible de favoriser les intérêts du salarié. Tel sera le cas à propos de l'engagement unilatéral de l'employeur (§1).

Certes, ces solutions ne sont pas complètement généralisables et il est un cas où de telles fictions sont rejetées car l'acte juridique, en l'occurrence la renonciation par l'employeur à l'un de ses droits, présente une dangerosité assez nette pour cet employeur. C'est alors la préservation de l'intérêt de l'employeur qui semble primer. Mais il ressort de la jurisprudence ce rejet de toute fiction peut se retourner contre l'employeur et bénéficier *in fine* au salarié (§2).

§1 - Fictions relatives à l'extériorisation de la volonté et engagement unilatéral de l'employeur

521. - L'engagement unilatéral de l'employeur suscite de nombreuses difficultés en droit du travail lorsque l'on analyse précisément la volonté dans sa formation. Il a déjà été démontré que dans certains cas, la qualification d'engagement unilatéral revenait à nier le rôle d'un accord de volontés[1752]. Lorsque cette qualification est parfaitement justifiée, se pose ensuite le problème de l'extériorisation de la volonté de l'employeur. De prime abord, il semblerait que les magistrats aient vérifié que cette volonté était bien claire et non équivoque ou explicite[1753], appuyés en cela par la doctrine[1754]. Néanmoins, cette affirmation apparaît plutôt contestable aujourd'hui. Par exemple, dans une décision récente, la Cour de cassation a admis l'existence d'une couverture de prévoyance complémentaire au profit

---

[1752] *Cf. supra* Partie I - Titre I, n° 44 s.

[1753] Cass. soc. 21 janvier 1987, Dr. soc. 1987, p. 641 - Cass. soc. 26 juin 1991, RJS 11/91, n° 1223, p. 649.

[1754] J. DEPREZ, *Naissance de la norme dans l'entreprise : interprétation de la volonté de l'employeur et constatation de l'usage*, Dr. soc. 1987, p. 637 - P.-H. ANTONMATTEI, *Le statut collectif des salariés : jurisprudence récente*, Dr. soc. 1997, p. 35, spéc. n° 2.

d'un bénéficiaire en l'absence d'engagement explicite de l'employeur. Au contraire, cet engagement semblait directement déduit du comportement de l'organisme assureur[1755].

Ainsi, la volonté de l'employeur peut être retenue alors que sa manifestation est plutôt ambiguë, fictive. De telles règles marquent l'opposition de situation entre l'employeur et le salarié, d'autant plus en matière d'engagement unilatéral qui devrait, selon le droit commun, être caractérisé uniquement à partir d'une volonté explicite[1756]. La raison en est que faciliter la reconnaissance d'un engagement unilatéral permet généralement d'octroyer des droits supplémentaires ou plus avantageux au salarié. En effet, en vertu du principe de faveur qui règle l'articulation des normes, les dispositions prises par l'employeur ne seront opposables aux salariés que si elles leur sont plus favorables[1757].

Nous nous appuierons plus particulièrement sur deux séries d'exemples, les plus évocateurs dans le droit positif, qui consacrent l'utilisation de fictions juridiques en cette matière.

D'une part, d'un point de vue général, certains engagements unilatéraux sont analysés comme la résultante d'un comportement parfois peu explicite de l'employeur : il s'agit des usages d'entreprise (A). D'autre part, dans un cas particulier d'engagement unilatéral, l'application d'une convention collective en dehors de son domaine normal d'application, il s'avère finalement que la manifestation de volonté de l'employeur importe peu (B).

A - Les usages d'entreprise

522. - La question de l'extériorisation de la volonté s'est posée depuis longtemps en matière d'usages. Ceux-ci étaient effectivement analysés comme des accords tacites, résultant d'une offre tacite de l'employeur acceptée elle-même tacitement par les salariés[1758]. Les volontés n'avaient

---

[1755] Cass. soc. 19 janvier 1999, Dr. soc. 1999, p. 315, obs. P. LANGLOIS.

[1756] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 502, p. 369 : « *volonté certaine et réfléchie* ».

[1757] *Cf. supra* n° 93.

[1758] M. VERICEL, *Sur le pouvoir normateur de l'employeur*, Dr. soc. 1991, p. 120, spéc. p. 124 - P. LANGLOIS, *Les usages*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 285, spéc. p. 290 - J. SAVATIER, *La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise*, Dr. soc. 1986, p. 890 - J. DEPREZ, *La part faite à l'idée de négociation dans la théorie juridique des usages d'entreprise*, Dr. soc. 1988, p. 57 - N. ALIPRANTIS, *La*

pas alors à être exprimées de façon explicite. Puis, des critiques se sont élevées, à la fois sur le mode d'expression de la volonté qui apparaissait quelque peu fictif, et surtout sur la nature conventionnelle de l'usage[1759]. C'est principalement la non incorporation de celui-ci dans le contrat de travail[1760] qui fut décisive dans le rejet de l'idée d'un accord entre l'employeur et les salariés. Aujourd'hui, d'éminents auteurs se réfèrent à l'engagement unilatéral pour expliquer la notion d'usage[1761], même si la Cour de cassation persiste parfois à les distinguer[1762].

Si l'on suit donc ces auteurs, les usages constituent des engagements unilatéraux progressifs, nés de la pratique[1763], résultant de la répétition d'actes unilatéraux décidés par l'employeur.

Or, dans ces hypothèses d'engagements unilatéraux, la volonté de l'employeur est déduite des circonstances sans avoir été toujours expressément exprimée. Il est en effet de la nature même de l'usage de se révéler dans la durée, sans être consacré explicitement par l'employeur. Le paiement d'une prime au terme de quelques périodes est censé révéler la volonté de l'employeur d'instituer un usage l'engageant jusqu'à une éventuelle dénonciation. Certes, des critères ont été élaborés, permettant de s'assurer d'un minimum de volonté de l'employeur, notamment le critère de la répétition. Il est en effet plus probable que si l'employeur réitère sa volonté à intervalles réguliers, il entend également être lié dans le futur. Mais ce critère de la répétition est efficace à condition qu'il soit

---

place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, Préf. H. Sinay, LGDJ 1980, Bibl. dr. soc. t. 22, p. 258.

1759 J. SAVATIER, *Accord et usage d'entreprise*, RJS 4/95, p. 231, spéc. P. 232.

1760 Cass. soc. 3 décembre 1996, Bull. civ. V, n° 412, p. 296 - Cass. soc. 10 février 1998, Bull. civ. V, n° 83, p. 60. Voir cependant Cass. soc. 5 octobre 1999, JCP 2000, E, p. 421, n. F. DUQUESNE ; Dr. soc. 2000, p. 112, obs. J.-P. LABORDE., qui contourne quelque peu cette non incorporation initiale.

1761 E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur,* Dr. soc. 1994, p. 227 - R. DE QUENAUDON, *Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 265 - G. COUTURIER, note sous Cass. soc. 5 juin 1996, Dr. soc. 1996, p. 973 : « *la référence à l'engagement unilatéral* (...) *n'est plus seulement maintenant une alternative possible à la référence à l'usage : elle est en passe de supplanter cette référence traditionnelle* ». Voir, plus nuancés, P. TRISSON-COLLARD, *La contribution du droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral*, Les Petites Affiches n° 49 du 9 mars 2000, p. 4 - P.-H. ANTONMATTEI, *Le statut collectif des salariés : jurisprudence récente*, Dr. soc. 1997, p. 35, spéc. n° 4, p. 36.

1762 Cass. soc. 28 janvier 1998, Bull. civ. V, n° 50, p. 37 - Cass. soc. 20 octobre 1998, D. 1999, p. 525, n. F. JAULT-SESEKE, M. MOREAU. Dans ces arrêts, la Cour de cassation cite différentes sources de droit du travail, notamment l'usage d'entreprise et l'engagement unilatéral de l'employeur.

1763 E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur,* Dr. soc. 1994, p. 227, spéc. p. 233 - M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Préface de J. Mestre, PUAM 1995, n° 176 s., p. 130 s. : « *La variable temps intervient alors comme un révélateur de cette volonté de s'engager* ».

scrupuleusement vérifié et que quelques applications ne suffisent pas à l'établir[1764].

Il est en tout état de cause indéniable que la volonté de l'employeur sera retenue alors qu'elle ne s'est pas extériorisée de manière expresse. Elle repose au contraire sur un mode fictif d'extériorisation de la volonté. Mais cette solution est justifiée par l'intérêt que présente pour le salarié cette qualification d'usage : ses dispositions ne lui sont opposables que si elles lui sont plus favorables que les normes existantes.

Il en va de même à propos de l'application par l'employeur d'une convention collective à laquelle l'entreprise n'était pas soumise.

B - L'application par l'employeur d'une convention collective à laquelle l'entreprise n'est pas soumise

523. - Nous nous intéresserons ici spécifiquement à l'extériorisation de la volonté de l'employeur d'appliquer une convention collective alors que l'entreprise n'y est en principe pas soumise. Les salariés pourront à l'avenir demander à l'employeur le respect de cet engagement et l'application des dispositions plus favorables de cette convention. Cette hypothèse est alors particulièrement illustrative de la tendance actuelle du droit du travail à n'être pas aussi exigeant vis-à-vis de la volonté de l'employeur, puisqu'elle pourra être fictive, c'est-à-dire tacite, voire totalement ambiguë.

D'une part, cette volonté peut s'être exprimée tacitement, et résulter de l'attitude de l'employeur qui aura appliqué volontairement les dispositions d'une norme conventionnelle en principe non contraignante pour lui[1765].

D'autre part, et surtout, l'évolution récente revient à présumer la volonté de l'employeur à partir d'une simple mention de cette convention

---

[1764] P.-H. ANTONMATTEI, *Le statut collectif des salariés : jurisprudence récente*, Dr. soc. 1997, p. 35, spéc. n° 4, p. 36 - P. LANGLOIS, *Les usages*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 285, spéc. p. 290.

[1765] Cass. soc. 27 janvier 1982, Bull. civ. V, n° 49, p. 34 - Cass. soc. 12 janvier 1989, D. 1989, p. 514, n. C. PUIGELIER - Cass. soc. 28 octobre 1998, JSL 1999, n° 27, p. 21 - Cass. soc. 18 janvier 2000, RJS 3/00, n° 305, p. 202.
Voir Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n° 213, p. 215 - M. DESPAX, *L'application des conventions collectives en dehors de leur domaine d'application normal*, Dr. soc. 1965, p. 384.
La qualification d'usage a pu alors être invoquée : Cass. soc. 10 mai 1994, Dr. soc. 1994, p. 718, obs. G. BELIER - Cass. soc. 27 mars 1996, Dr. soc. 1996, p. 642, obs. J. SAVATIER.

collective sur le bulletin de paie[1766]. La situation est alors analysée comme un engagement unilatéral de l'employeur, alors que l'extériorisation de sa volonté apparaît pour le moins fictive[1767]. Auparavant, la Cour de cassation adoptait une position équilibrée : elle avait censuré les juges du fond, au visa de l'article 1134 du Code civil, pour avoir considéré que la mention d'une convention collective sur les bulletins de salaire n'entraînait pas pour autant application de cette convention, sans rechercher s'il n'y avait pas intention de l'employeur d'appliquer cette convention collective, au moins pour les dispositions relatives au salaire[1768]. La volonté de l'employeur était alors prise en considération. En 1998, c'est une véritable présomption de droit qui a ainsi été instituée et qui apparaît en outre irréfragable, puisque, selon les termes des magistrats, « *cette mention vaut reconnaissance de l'application de la convention à l'entreprise* »[1769]. Il ne s'agit plus alors de fonder cette déduction sur la volonté réelle de l'employeur, mais sur cette seule mention, ce qui caractérise la fiction. Ce caractère irréfragable a néanmoins été par la suite nuancé par les juges du fond[1770] et surtout il apparaît contraire à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui a admis la possibilité pour l'employeur de démontrer que cette mention est fausse en elle-même, ou démentie par les faits[1771]. Depuis, la Cour de cassation n'a pas saisi l'occasion qui se présentait de clarifier la situation[1772]. Sa position n'apparaît cependant pas figée et pourrait à l'avenir, selon certains auteurs, mieux prendre en considération l'intérêt de l'entreprise et donc la volonté de l'employeur[1773].

1766 Cass. soc. 18 juillet 2000, Dr. soc. 2000, p. 922, obs. J.-Y. FROUIN - Cass. soc. 10 janvier 2001, RJS 3/01, n° 320, p. 232.

1767 Voir, analysant cette situation comme un engagement unilatéral de l'employeur, J.-Y. FROUIN, obs. sous Cass. soc. 18 juillet 2000, Dr. soc. 2000, p. 922.

1768 Cass. soc. 10 avril 1991, Coudray/SARL Art et bâtir, CERIT.

1769 Cass. soc. 18 novembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 101, obs. J. SAVATIER, p. 190, obs. A. MAZEAUD ; JCP 1999, II, 10088, n. J.-P. LHERNOULD ; D. 1999, Somm. 178, comm. T. AUBERT-MONPEYSSEN.

1770 CA Lyon 27 janvier 1999, JCP 1999, E, p. 1738, n. J.-P. LHERNOULD - CA Versailles 24 février 2000, RJS 6/00, n° 690, p. 470.

1771 CJCE 4 décembre 1997, aff. C-253/96 à C-258/96, Kampelmann et a., Rec. CJCE, I, p. 6907 ; Dr. ouvr. 1998, p. 235, n. M. BONNECHERE. La décision fait application de la Directive n° 91-533 du 14 octobre 1991 relative à l'information du salarié sur les éléments essentiels de la relation de travail.

1772 Cass. soc. 18 juillet 2000, Dr. soc. 2000, p. 922, obs. J.-Y. FROUIN, et p. 1024, obs. J.-P. LHERNOULD ; RJS 11/00, p. 712, concl. J. DUPLAT.

1773 Voir J.-P. LHERNOULD, obs. sous Cass. soc. 18 juillet 2000, Dr. soc. 2000, p. 1024, et J. DUPLAT, conclusions précitées qui évoque une troisième voie entre présomption simple et présomption irréfragable.

Dans ces hypothèses, l'acte juridique pouvant être favorable aux salariés, et ne pouvant en tout état de cause pas leur nuire, ils ont tout intérêt à ce que sa reconnaissance soit facilitée. En recourant aux fictions de volonté, le droit du travail permet la satisfaction de cet intérêt. Cette construction d'un statut favorable aux salariés explique également, pour partie, le rejet des fictions en matière de renonciation par l'employeur à ses droits. Un tel rejet peut en effet, paradoxalement, bénéficier aux salariés.

§2 - Le rejet de toute fiction et la renonciation de l'employeur

524. - Certaines hypothèses sont illustratives de ce que le rejet de toute fiction relative au mode d'extériorisation de la volonté permet au droit du travail de protéger efficacement les intérêts du salarié. La renonciation ne se présumant pas[1774], la conséquence logique est le rejet de toute fiction, et donc l'exigence d'une manifestation expresse, ou tout au moins claire et non équivoque, de la volonté de son auteur. Cette solution est admise tant en droit commun qu'en droit du travail, en ce qui concerne les renonciations du salarié. La gravité de cet acte conduit les magistrats à appliquer également ce régime aux renonciations de l'employeur.

Ainsi est-il exigé par la jurisprudence que la volonté de l'employeur soit claire et non équivoque, par exemple dans le cas de la renonciation à une clause de non-concurrence[1775], à un préavis dû par un salarié démissionnaire[1776], à une prescription acquise[1777] ou dans le cas de l'acceptation de la rétractation par le salarié de sa démission[1778]. En sens contraire il a été jugé que le fait pour l'employeur de rédiger une attestation destinée à l'ASSEDIC certifiant que le salarié a été licencié vaut renonciation à se prévaloir de la démission de ce salarié[1779]. Le salarié ne pourra donc pas invoquer la renonciation de l'employeur à exercer un droit

---

1774 *Cf. supra* n° 401.

1775 Cass. soc. 30 mai 1990, RJS 7/90, n° 571, p. 395 - Cass. soc. 17 décembre 1991, Bull. civ. V, n° 588, p. 361 - Cass. soc. 25 octobre 1995, RJS 1/96, n° 22, p. 20.

1776 Cass. soc. 10 décembre 1985, Bull. civ. V, n° 595, p. 434 - Cass. soc. 3 décembre 1987, Bull. civ. V, n° 700, p. 444 - Cass. soc. 27 mai 1992, Bull. civ. V, n° 350, p. 218 ; RJS 7/92, n° 849, p. 473 ; Bull. civ. V, n° 350, p. 218 - Cass. soc. 10 novembre 1993, RJS 12/93, n° 1199, p. 713 - CA Toulouse 18 octobre 1991, Mierzwinski/SA Magasins Bleus, CERIT - CA Nancy 6 juin 1994, Gauthier/ SA TMV et a., CERIT : « *le silence d'un employeur pendant un mois après une démission sans respect du préavis ne peut être considéré comme une renonciation faite à l'indemnité de préavis* ».

1777 Cass. soc. 16 février 1999, RJS 4/00, n° 475, p. 329.

1778 Cass. soc. 25 octobre 1994, RJS 12/94, n° 1358, p. 826.

1779 Cass. soc. 21 février 1990, Jurisp. soc. UIMM 1990, p. 179 ; CSBP 1990, n° 20, p. 149, S. 88 : la volonté de l'employeur est néanmoins ici très explicite.

subjectif sans prouver que celle-ci s'est exprimée de manière significative[1780].

525. - Cependant, cette exigence d'une volonté claire et non équivoque peut se retourner contre l'employeur. Il en va ainsi en ce qui concerne la renonciation à une clause de non concurrence, domaine dans lequel le contentieux apparaît particulièrement fourni.

En effet, certains litiges naissent du fait que l'employeur prétend avoir renoncé à se prévaloir de la clause de non concurrence à l'égard du salarié, afin d'être dispensé du versement de l'indemnité généralement prévue dans le contrat de travail en contrepartie de cette obligation de ne pas faire à la charge du salarié. Les magistrats relèvent alors qu'une telle renonciation ne peut résulter que d'actes manifestant de façon claire et non équivoque sa volonté, et à défaut, l'employeur est redevable de cette indemnité[1781]. Il est donc intéressant pour le salarié que les juges exigent de l'employeur une manifestation claire de sa volonté, et rejettent toute idée de fiction à ce sujet.

* * *

526. - Afin de contrebalancer l'effet négatif que produit le lien de subordination sur la volonté du salarié, le droit du travail a développé le recours aux fictions relatives au mode d'extériorisation de la volonté de l'employeur. A l'inverse, il les a drastiquement limités en ce qui concerne le salarié. L'utilisation opposée de la notion de fiction juridique, qui participe du régime général de la volonté, apparaît particulièrement vive ici. Certes, des exceptions sont possibles dans les deux sens, mais elles permettent essentiellement d'assurer la protection des intérêts du salarié. Le point d'équilibre entre cet intérêt et l'intérêt de l'entreprise se situe, de façon très nette, beaucoup plus proche du premier que du second.

[1780] Cass. soc. 25 octobre 1995, RJS 1/96, n° 22, p. 20 : la mention « *libre de tout engagement* » figurant dans le certificat de travail ne suffit pas à caractériser la volonté claire et non équivoque de renoncer. Les juges exigent quasiment une volonté expresse. Voir déjà Cass. soc. 26 février 1970, Bull. civ. V, n° 149, p. 116.

[1781] Voir par exemple Cass. soc. 30 mai 1990, RJS 7/90, n° 571, p. 395 : en l'espèce, l'employeur avait indiqué dans la lettre de licenciement : « *votre préavis (...) verra son terme au 15 août 1983 pour nous libérer réciproquement de tout engagement* » - CA Paris 18° ch. A 9 mars 1998, D. 1999, Somm. 105, comm. Y. SERRA.

Une autre notion, participant du régime de la volonté dans la formation de l'acte juridique, est aussi employée de manière différenciée par le droit du travail. Il s'agit du devoir de se renseigner.

Section II - Le devoir de se renseigner

527. - Le devoir de se renseigner peut être opposé à une personne qui se plaint d'être insuffisamment informée. Cette notion n'est pas modifiée par le droit du travail, mais son utilisation va être instrumentalisée en fonction de la personne à laquelle elle est opposée. En effet, le salarié, soumis à l'employeur, et disposant parfois de peu de moyens financiers, peut être contraint d'émettre une volonté insuffisamment éclairée. Le droit du travail corrige cet inconvénient en ne permettant pas à l'employeur d'exiger facilement du salarié un devoir de se renseigner. Au contraire, l'employeur ayant, dans le cadre de son pouvoir de direction, et par sa puissance économique supérieure à celle du salarié, plus facilement accès à l'information, le droit du travail lui oppose plus souvent son devoir de se renseigner.

528. - Cette notion connaît un essor relativement récent en droit commun[1782], portée par l'idée qu'une personne ne peut se plaindre d'avoir émis une volonté non ou mal éclairée si elle-même n'a pas réalisé un minimum de diligence dans la recherche d'informations. Ainsi, le créancier d'une obligation d'information ne pourra pas invoquer l'inexécution de cette obligation par son débiteur, ni la victime d'une manœuvre dolosive la tromperie d'une autre personne, ou l'*errans* l'erreur spontanée qu'il aurait pu commettre, en raison de la négligence à défendre leurs intérêts dont ils ont fait preuve. Le devoir de se renseigner leur sera opposé, constituant un obstacle à toute action de leur part.

Les auteurs s'accordent pour évoquer le devoir de se renseigner plutôt que l'obligation de se renseigner ou de s'informer, car il n'y a pas en réalité de lien de droit entre un créancier et un débiteur, mais seulement un devoir vis-à-vis de soi-même[1783]. La jurisprudence semble moins rigoureuse quant à cette distinction.

[1782] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 257 s., p. 199 s. - P. JOURDAIN, *Le devoir de « se » renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)*, D. 1983, chron. p. 139 - P. LE TOURNEAU, *De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, D. 1987, chron. p. 101 - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, in *L'information en droit privé, travaux de la conférence d'agrégation*, sous la direction de Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE, préface de Y. LOUSSOUARN, LGDJ 1978, Bibl. de dr. privé, t. 152, p. 305 - J. MESTRE, *Des limites de l'obligation de renseignement*, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 339.

[1783] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 257, p. 200. Sur la distinction entre

529. - Le devoir de se renseigner peut recouvrir des situations fort différentes. De nombreuses décisions font référence en droit du travail au devoir (ou à l'obligation) de se renseigner pesant sur l'employeur, dans des hypothèses qui n'entrent pas dans le cadre de cette étude. Parfois en effet, les juges vont constater que cette absence de diligence constitue une faute vis-à-vis du salarié. Ainsi, lorsque celui-ci suspend l'exécution du contrat de travail, quelle qu'en soit la raison, l'employeur a pour obligation de s'informer sur sa durée ou ses motifs[1784]. S'il décidait de licencier le salarié sans se renseigner, il serait considéré comme agissant avec une précipitation fautive[1785]. De même, la mise en oeuvre du pouvoir disciplinaire de l'employeur lui impose un minimum de diligence quant à la recherche des circonstances litigieuses et dans le cas contraire, le salarié serait fondé à demander une indemnisation[1786].

Seul sera évoqué ici le devoir de s'informer en tant qu'obstacle à l'action d'une personne dont la volonté n'a pas été suffisamment éclairée.

530. - En droit commun, le défaut d'accomplissement du devoir de se renseigner est sanctionné, quel que soit le fondement de l'action intentée par celui qui prétend que sa volonté n'a pas été suffisamment éclairée[1787], et quelle que soit la qualité de celui qui s'en prévaut.

En premier lieu, l'erreur invoquée sera considérée comme inexcusable[1788]. L'*errans* ne pourra dès lors pas obtenir la nullité de l'acte juridique litigieux. L'essentiel du contentieux concerne d'ailleurs cette hypothèse de l'erreur inexcusable.

---

ces deux notions, P. ROUBIER, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, Arch. phil. dr., *Le rôle de la volonté dans le droit*, Sirey 1957, p. 1, spéc. p. 45 s.

1784 Cass. soc. 27 février 1992, Cie franco-suisse de façonnage/Mme Munck, CERIT - Cass. soc. 10 décembre 1992, Sté Rabadan/M. Palancioglu, CERIT - CA Nancy 26 mars 1990, Institution JB Thierry/Mme Chilles, CERIT - CA Toulouse 19 mai 1995, SARL Le Fournil Carmausin et a./ Mme Thomas, CERIT.

1785 CA Nancy 26 mars 1990, Institution JB Thierry/Mme Chilles, CERIT.
A. ETIENNOT, *Information et justification de la maladie du salarié*, Les chroniques de jurisprudence sociale du CERIT, mars 1999, p. 8.

1786 CA Chambéry 7 avril 1987, SA Saddier/Mme Chemak, CERIT - CA Douai 27 juin 1997, Transports Delfly/Carlier, CERIT. Dans le cas où cette diligence est accomplie : CA Poitiers 13 novembre 1991, Mme Maréchal/SA Eurexpa, CERIT.

1787 P. JOURDAIN, *Le devoir de « se » renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)*, D. 1983, chron. p. 139.

1788 J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3e éd. 1993, n° 521, p. 483 - F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 215, p. 209 - J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 206, p. 141.

En second lieu, la personne qui se prétend trompée ne pourra pas non plus agir en nullité ou en dommages et intérêts sur le fondement du dol[1789], ou simplement en dommages et intérêts sur le fondement de la violation d'une obligation de loyauté ou d'information. Une décision est cependant venue atténuer cette règle[1790], en estimant qu'une réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée. En droit commun, la victime d'une réticence dolosive ne peut se voir opposer le non respect d'un devoir de se renseigner.

L'enjeu de caractériser un devoir de se renseigner est donc extrêmement important. Or, le droit du travail utilise de manière opposée ce devoir selon qu'il s'agit de l'employeur ou du salarié. Certes, tant le salarié que l'employeur peuvent se voir opposer un éventuel devoir de se renseigner : il s'agit d'une disposition commune s'appliquant aux deux parties au contrat de travail. Mais son utilisation est tout de même fortement différenciée. En effet, alors que l'employeur doit fréquemment en subir les conséquences (§1), le salarié bénéficie d'une plus grande indulgence, car ce n'est qu'exceptionnellement qu'il se verra reprocher le non respect d'un tel devoir (§2).

§1 - Un obstacle important à l'action de l'employeur

531. - Ce devoir est appliqué de manière très sévère par la jurisprudence lorsqu'il s'agit d'apprécier l'intégrité de la volonté de l'employeur (A). Néanmoins, cette sévérité est justifiée par les moyens dont dispose l'employeur pour se renseigner efficacement (B).

A - Une application sévère

532. - Il faut en effet remarquer d'emblée que lorsque l'employeur parviendra à prouver qu'il a été victime d'une erreur, spontanée ou provoquée, il risque fort de voir sa demande rejetée au motif que son erreur est inexcusable, ou plus largement, qu'il aurait dû se renseigner pour éviter, justement, de commettre une telle erreur. L'arrêt le plus significatif à cet égard fut rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 3 juillet

---

[1789] Le dol doit porter « *sur un fait qui, s'il avait été connu de celui qui l'a ignoré, l'aurait empêché de contracter, et que ce même contractant était excusable de ne pas connaître* » : Cass. soc. 4 avril 1962, Bull. civ. IV, n° 357, p. 276.

[1790] Cass. civ. 3° 21 février 2001, D. 2001, p. 906.

1990[1791] : un salarié avait été embauché en qualité de directeur dans une société admise au règlement judiciaire, et quelques mois plus tard, l'employeur rompit le contrat de travail après avoir découvert que le salarié avait dirigé auparavant une société qui fut mise en liquidation de biens. Le salarié réclama des indemnités de rupture, ce à quoi répondit l'employeur par une action en nullité du contrat de travail. L'arrêt de la cour d'appel, qui accueillit cette demande reconventionnelle sur le fondement d'une erreur sur la personne déterminante du consentement de l'employeur, est cassé au motif que « *l'erreur n'est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable : que l'arrêt relève que* [l'employeur] *et son syndic avaient été informés par le candidat lui-même qu'il avait été président-directeur général d'une société dont le nom était donné dans le* curriculum vitae *appuyant cette candidature, qu'ils ne s'étaient pas renseignés plus complètement sur le candidat directeur et n'avaient pas procédé à des investigations plus poussées qui leur auraient permis de découvrir que* [le salarié] *venait de déposer le bilan de cette société aussitôt mise en liquidation de biens* ».

533. - La Cour de cassation se réfère expressément au caractère nécessairement excusable de l'erreur, pour en constater l'absence en l'espèce. Cet arrêt est extrêmement significatif et sa solution très nette : il appartient à l'employeur de tout mettre en oeuvre pour se renseigner et il ne pourra invoquer une erreur que dans les situations marginales dans lesquelles sa recherche d'information aurait été impossible. Néanmoins, aussi nette l'affirmation de la Cour de cassation soit-elle, elle ne permet précisément pas de définir en deçà de quelle limite dans les investigations à opérer l'erreur sera inexcusable. Les magistrats donnent quelques indications, qui restent malheureusement insuffisantes.

534. - D'une part, le salarié n'avait pas menti ni éludé son expérience dans son *curriculum vitae*, il a simplement présenté le côté positif de cet épisode professionnel, comportement sans doute fort courant chez les candidats à un emploi. La solution aurait-elle alors été différente en cas de tromperie caractérisée du salarié ? Même si le salarié avait alors adopté un

---

[1791] Cass. soc. 3 juillet 1990, D. 1991, jurispr. p. 507, n. J. MOULY et les observations critiques de J. MESTRE, Rev. trim. dr. civ. 1991, p. 316.
V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 181, p. 144, qui estime qu'il ne s'agissait pas en réalité d'un problème lié au caractère inexcusable de l'erreur, mais à l'existence même de l'erreur, notamment son élément déterminant.

comportement certainement déloyal, il semble cependant qu'une telle situation aurait certainement conduit les magistrats à la même indulgence envers le salarié. C'est d'ailleurs ce qu'ils ont décidé quelques mois plus tard, dans un arrêt de cassation, estimant « *qu'une faute grave ne saurait être retenue à l'encontre d'un salarié licencié pour avoir usurpé la qualification d'aide-préparateur, dès lors que son employeur a lui-même commis une faute en ne vérifiant pas la qualification de celui-ci lors de son embauche* »[1792]. Il est ainsi difficile de déduire de cette première partie de la réponse de la Cour de cassation dans la décision du 3 juillet 1990 une indication claire quant à la portée de la solution dégagée. La suite est néanmoins plus éclairante.

535. - D'autre part, l'employeur, malgré les renseignements fournis, n'avait pas poussé beaucoup plus loin ses investigations. Les juges reprochent ouvertement à l'employeur sa passivité, or une erreur est inexcusable lorsque l'*errans* n'a pas tenté de protéger un minimum ses propres intérêts en cherchant des informations[1793]. Si ce minimum de diligence n'est toujours pas défini, la Cour précise par la suite que les recherches défaillantes lui auraient permis de découvrir le passé du salarié à la tête de cette société. Il s'agit d'une indication claire relative à la finalité de la recherche, ce qui ne pose pas de problème, et surtout à son caractère fructueux : il est reproché à l'employeur de n'avoir pas effectué ces investigations, non seulement parce qu'il devait faire preuve d'un minimum de curiosité, de méfiance et de défense de ses intérêts, mais avant tout parce que l'erreur commise aurait certainement été évitée si ces recherches avaient été entreprises.

C'est ce critère de la possibilité de découverte de l'information qui définit par conséquent la frontière entre une erreur excusable et une erreur inexcusable[1794]. Concrètement, c'est bien évidemment l'accès à l'information qui sera déterminant[1795]. On en retrouve l'illustration à la fois devant la

---

[1792] Cass. soc. 30 mars 1991, RJS 7/91, n° 809, p. 425 ; Gaz. Pal. 1991, 2, pan. p. 280. V. également J. MOULY, note sous Cass. soc. 25 avril 1990, D. 1991, jurispr. p. 507, spéc. n° 12.

[1793] CA Douai 30 septembre 1993, RJS 1/94, n° 109, p. 82 : « *il appartient à l'employeur de s'inquiéter de la possession par le salarié d'un diplôme requis par la convention collective au moment de l'embauche* » - CA Dijon 30 avril 1996, IESB/Bouloudani, CERIT (formulation similaire).

[1794] V. une formule apparue auparavant : l'employeur ne pourra demander la nullité du contrat que s'il s'est entouré de tous les renseignements utiles après une recherche raisonnable (CA Poitiers 4 mars 1986, Bull. soc. F. Lef. 11/86, p. 481, inf. 1270)..

[1795] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 260, p. 202.

chambre sociale de la Cour de cassation[1796] et devant la chambre criminelle. Il a ainsi été décidé que « *la liste des conseillers prud'hommes élus pouvant être consultée en préfecture et étant publiée au recueil des actes administratifs du département, (...) l'employeur, auquel il appartenait, afin d'assurer le respect des prescriptions de l'article L. 412-18 de procéder à toutes les vérifications nécessaires relatives à la situation du salarié qu'il entendait licencier, ne pouvait invoquer son abstention fautive pour échapper aux conséquences de la violation de ce texte* »[1797]. Il en va de même devant les juges du fond : ainsi a-t-il été jugé que « *l'employeur qui avait la possibilité de se renseigner sur les droits des parties à conclure un contrat de retour à l'emploi avec les avantages en résultant pour l'une et l'autre (...) ne peut donc valablement soutenir avoir été victime d'une erreur ou d'un dol* »[1798]. Apprécié *in concreto*[1799], cet accès à l'information sera plus facilement établi si l'employeur dispose d'importants moyens, intellectuels ou matériels. Il a été par exemple décidé que l'employeur « *avait encore tout loisir pour demander des renseignements complémentaires avant le début du contrat* » et qu'« *il lui appartenait en tout état de cause, s'agissant d'une personne suffisamment avertie de ses droits (vétérinaire), de ne pas s'engager à la légère* »[1800]. Est également prise en compte la facilité avec laquelle l'information peut être découverte[1801].

536. - La règle posée semble claire, sinon dans ses détails d'application, du moins dans son principe. La conséquence en est

---

1796 Cass. soc. 30 mars 1991, RJS 7/91, n° 809, p. 425 ; Gaz. Pal. 1991, 2, pan. p. 280.

1797 Cass. crim. 30 novembre 1999, JSL 2000, n° 54, p. 18, n. M.-C. HALLER. Voir déjà CA Bourges 6 novembre 1992, Ballanger/Lamy, CERIT, malgré une dissimulation volontaire par le salarié de sa qualité de conseiller prud'homme.

1798 CA Dijon 8 novembre 1995, Football Club Montceau Bourgogne/Morra, CERIT, et sur cassation, Cass. soc. 7 avril 1998, Bull. civ. V, n° 205, p. 152 (l'arrêt est cassé uniquement sur l'évaluation de l'indemnisation).

1799 M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 260, p. 202 - N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ 1965, bibl. dr. priv. t. 57, n° 256, p. 209.

1800 CA Douai 26 mars 1993, Leloir/Mle Bremilts, CERIT – CA Nancy 13 décembre 1999, Heripret/IREO, CERIT.

1801 CA Pau 6 mars 1992, Lafourcade/Cantarero, CERIT - CA Nîmes 21 janvier 1998, SARL Carnoux Sécurité/Touré, CERIT (à propos de la non possession par le salarié d'un permis de conduire) - CA Dijon 30 avril 1996, Institut éducatif St Benoit/Mme Bouloudani, CERIT (« *il appartient à l'employeur de s'assurer, au moment de l'embauche, que la salariée est titulaire des diplômes exigés par la convention collective dont elle se prévaut (...) l'employeur ne justifie pas avoir réclamé la production de ces diplômes* »).

évidemment que l'employeur aura les plus grandes difficultés à prouver[1802] qu'il a réellement commis une erreur excusable, que celle-ci soit spontanée ou provoquée, et ce même si l'employeur n'est pas infaillible et peut commettre des erreurs en toute bonne foi. Cette application sévère du devoir de se renseigner à l'employeur n'apparaît néanmoins pas choquante.

B - Une sévérité justifiée

537. - La raison principale qui préside à cette application sévère du devoir de se renseigner à la charge de l'employeur est en réalité la même que celle qui explique la reconnaissance d'une obligation d'information[1803], c'est-à-dire le déséquilibre entre les parties du fait de leur inégal accès à l'information. L'employeur est censé disposer des moyens matériels et intellectuels pour s'informer. C'est ainsi que lors de l'embauche, il peut soumettre le salarié à toute une batterie de tests, pour vérifier ses affirmations à propos de sa qualification et de son expérience, et que lors de l'exécution du contrat de travail, son pouvoir hiérarchique lui permet d'enquêter et de vérifier certaines informations. De même bénéficie-t-il de conseils de tiers, comme le médecin du travail. Il est à nouveau possible de constater ici une similitude entre la situation de l'employeur et celle du professionnel en droit commun et en droit de la consommation, qui a également le devoir scrupuleusement vérifié, par la jurisprudence, de se renseigner[1804].

538. - Néanmoins, tous ces aspects ne concernent que la vie professionnelle du salarié[1805]. Et s'il ne paraît pas injuste d'être exigeant vis-à-vis de l'employeur dans ce domaine, la situation est plus délicate pour ses aspects privés sur lesquels l'employeur n'a pas, par ailleurs, en principe le *droit* de se renseigner[1806]. On ne peut alors pas réellement constater un inégal accès à l'information dans ce domaine au bénéfice de l'employeur,

---

1802 C'est effectivement sur lui que va reposer la charge de cette preuve, tout comme le professionnel en a la charge vis-à-vis du profane : P. JOURDAIN, *Le devoir de « se » renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)*, D. 1983, chron. p. 139, spéc. p. 142 : « *l'erreur du professionnel sera présumée inexcusable* ».

1803 *Cf. supra* n° 320.

1804 P. JOURDAIN, *Le devoir de « se » renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)*, D. 1983, chron. p. 139, spéc. p. 142 - P. LE TOURNEAU, *Les professionnels ont-ils du coeur ?*, D. 1990, chron. p. 21, spéc. p. 25 - F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 215, p. 209.

1805 V. Cass. soc. 3 juillet 1990, D. 1991, jurispr. p. 507, n. J. MOULY ; Rev. trim. dr. civ. 1991, p. 316, obs. J. MESTRE.

1806 *Cf. infra* n° 547 s.

mais au contraire à son détriment. Il peut sembler injuste de lui reprocher de n'avoir pas cherché à se renseigner ni découvert cette information sur des aspects de la vie du salarié que seul ce dernier connaît. Par exemple, le salarié qui a fait l'objet d'une condamnation pénale avant son embauche n'est pas obligé de le révéler à son recruteur[1807]. L'employeur ne pourrait donc lui reprocher une quelconque réticence dolosive. Mais il ne pourrait sans doute pas non plus invoquer une erreur car celle-ci ne serait pas excusable[1808]. Or, il semble difficile pour l'employeur de parvenir à se procurer une telle information.

Un véritable risque pèse ainsi sur l'employeur : même s'il ne peut s'informer, ce que la protection de la vie personnelle du salarié justifie parfaitement, son erreur sera quand même considérée comme inexcusable. En réalité, cette sévérité est nécessaire pour éviter que l'employeur ne contourne l'interdiction qui lui est faite de se renseigner ou d'exiger une information loyale de la part du salarié en invoquant son erreur.

Néanmoins, si le souci de protéger la vie personnelle du salarié légitime ce dernier raisonnement, il faut rappeler qu'en dehors de ces hypothèses, le critère de la possibilité de l'information devra être apprécié avec justesse, de manière à ce que toute action de l'employeur ne soit pas rejetée quasiment automatiquement, comme c'est la tendance actuelle du droit du travail[1809].

Le contraste est en tout état de cause saisissant avec la situation du salarié.

[1807] Cass. soc. 25 avril 1990, D. 1991, jurispr. p. 507, n. J. MOULY.

[1808] J. MOULY, note sous Cass. soc. 25 avril 1990, D. 1991, jurispr. p. 507, spéc. n° 12. V. également Cass. soc. 1° avril 1954, JCP 1954, II, 8384, n. J. LACOSTE : « *la réticence suppose le silence gardé par une partie sur une circonstance ou un fait que son cocontractant est excusable de ne pas connaître* ». Si la réticence n'est pas reconnue, il y a de fortes chances pour que l'erreur soit par là-même inexcusable.

[1809] Voir cependant Cass. soc. 24 mars 1998, Bull. civ. V, n° 171, p. 125 ; Dr. soc. 1998, p. 614, obs. J. SAVATIER (et M. COUFFIN-KAHN, *La place des convictions religieuses du salarié lors de l'exécution de son contrat de travail*, Dr. ouvr. 1999, p. 228). Il ne s'agissait pas d'un problème lié explicitement au devoir de se renseigner, mais on peut en tirer quelques enseignements : un salarié musulman proteste contre son affectation au rayon boucherie, et demande alors des indemnités pour rupture abusive. Les magistrats estiment cependant qu'on ne peut reprocher à l'employeur son ignorance de la pratique religieuse du salarié. Il s'agit donc d'une limite à l'extension indirecte du devoir de se renseigner à la charge de l'employeur.

§2 - Une application indulgente pour le salarié

539. - Si le devoir de se renseigner est fondé sur l'inégal accès des parties à l'information, il n'est guère étonnant que le salarié bénéficie d'une situation plus favorable que l'employeur, puisqu'il ne dispose pas des mêmes moyens matériels sinon intellectuels que ce dernier. Cette différence est flagrante lors de l'embauche car, s'il fournit à l'employeur un dossier complet sur sa personnalité (tests), ses capacités professionnelles (*curriculum vitae*, exercice de mise en situation), le salarié n'est guère en mesure de se renseigner sur cet employeur, et cette situation perdure tout au long de la relation de travail. Opposer au salarié un devoir de se renseigner n'apparaîtrait dès lors guère réaliste dans ces hypothèses.

Aussi en pratique, les litiges mêlant une erreur du salarié et son éventuel devoir de se renseigner se rencontrent presqu'exclusivement sur le terrain de l'erreur de droit. Tel sera le cas par exemple du salarié qui conclut une rupture amiable de son contrat de travail et qui constate avec surprise que son indemnité de rupture est imposable[1810], ou du salarié qui accepte une convention de conversion et qui prétend ne pas avoir été informé de toutes ses conséquences[1811].

540. - La rareté du contentieux lié au devoir de se renseigner du salarié est significative du caractère limité d'un tel devoir qui sera peu efficacement opposé au salarié. Certes, quelques décisions anciennes de la Cour de cassation[1812], et d'autres plus récentes des juges du fond, s'y réfèrent pour rejeter la demande du salarié qui voulait voir reconnaître son erreur, notamment en remarquant que le salarié disposait du temps nécessaire à cette recherche[1813] ou que les informations n'étaient pas difficiles à obtenir,

---

[1810] Cass. soc. 19 décembre 1990, Bull. civ. V, n° 681, p. 411 ; RJS 2/91, n° 161, p. 92 ; JCP, E, 1991, I, 53, n° 8, obs. A. CHEVILLARD.

[1811] CA Poitiers 13 décembre 1989, Mme Limousin/Assoc. de patronage des éts. pour sourds, aveugles et sourds-aveugles du Centre-Ouest de la France, CERIT.

[1812] V. par ex. Cass. soc. 4 avril 1962, Bull. civ. IV, n° 357, p. 276 : le salarié invoque une réticence dolosive au moment de la conclusion d'une transaction. La Cour constate « *qu'il n'était pas excusable de ne pas connaître* [l'information en question] ».

[1813] CA Poitiers 13 décembre 1989, Mme Limousin/Assoc. de patronage des éts. pour sourds, aveugles et sourds-aveugles du Centre-Ouest de la France, CERIT : « *le salarié, ayant attendu trois semaines avant de signer la convention, avait le temps suffisant pour en rechercher et apprécier les conséquences* ».
CA Douai 31 janvier 1996, SA Sté d'électrocontrôle d'énergie Mathieu/Watel, CERIT : « *le salarié a bénéficié d'un délai avant signature lui permettant de recueillir tout renseignement complémentaire* ».
V. également CA Nancy 6 mai 1997, Tami/Mle Français, CERIT.

les juges vérifiant cette possibilité de l'accès à l'information par une analyse *in concreto* des espèces[1814].

541. - On pourrait alors penser *a priori* que le droit du travail ne tire pas toutes les conséquences de la subordination et de la dépendance économique du salarié en ce qui concerne le devoir de se renseigner, puisque le contraste avec la situation de l'employeur n'est pas flagrant. En réalité, cette opposition existe vraiment en droit du travail, et résulte d'un arrêt de principe rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 19 décembre 1990[1815] : à l'occasion de la rupture conventionnelle du contrat de travail, l'employeur avait assuré aux salariés que la prime versée à cette occasion n'était pas imposable. Après un redressement fiscal, les salariés ont agi contre l'employeur et il a été jugé que les salariés, ayant pris leur décision en tenant compte de ces informations, « *qu'ils n'avaient pas à contrôler* », devaient recevoir réparation pour le préjudice subi.

Cette affirmation, selon laquelle les salariés n'avaient pas à contrôler l'information[1816] donnée par l'employeur apparemment en toute bonne foi[1817], et n'avaient donc pas à faire preuve de la même diligence que celle attendue de l'employeur, marque la différence entre la situation de celui-ci et celle des salariés vis-à-vis du devoir de se renseigner. Soumis à l'employeur, les salariés n'ont pas forcément les moyens d'accéder à l'information. Par ailleurs, en contrepartie de son pouvoir de direction, l'employeur doit assumer sa position hiérarchique en voyant limiter ses possibilités de recours contre les salariés.

1814 CA Bourges 7 février 1992, SA Centre Routier Abel Papin/Lesetre, CERIT : « *le salarié membre du comité d'entreprise, même suppléant pendant deux ans, se devait d'être au courant de la législation qui lui était applicable et qu'aucun représentant du personnel digne de ce nom ne peut prétendre ignorer* ».
V. également CA Paris 21° ch. B, 21 novembre 1985, Apperry/Unifrance Film, CERIT : « *le salarié, professionnel averti et cadre de haut niveau, a eu toute latitude pour se renseigner sur l'étendue de ses droits* ».
Une autre décision note que les conséquences de la signature de la convention de conversion, sur lesquelles le salarié prétend n'avoir pas été informé, « *résultent des dispositions légales* » : CA Poitiers 13 décembre 1989, Mme Limousin/Assoc. de patronage des éts. pour sourds, aveugles et sourds-aveugles du Centre-Ouest de la France, CERIT.
V. également CA Besançon 26 septembre 1995, Viene/SA Constructions Electriques de Beaufort, CERIT.

1815 Cass. soc. 19 décembre 1990, Bull. civ. V, n° 681, p. 411 ; RJS 2/91, n° 161, p. 92; JCP, E, 1991, I, 53, n° 8, obs. A. CHEVILLARD.

1816 Cette expression fut reprise par CA Paris 31 octobre 1991, RJS 1/92, n° 107, p. 78.

1817 La Cour souligne d'ailleurs l'erreur de l'employeur (par opposition à son éventuelle tromperie).

542. - Néanmoins, malgré sa netteté, il serait excessif de déduire de cet arrêt la condamnation de tout devoir de se renseigner à la charge du salarié[1818]. Le contentieux réglé par les juges du fond atteste de sa reconnaissance. Peut-être y a-t-il en outre, dans cette décision, une indication selon laquelle, contrairement à la situation de l'employeur qui peut se voir reprocher son manque de diligence quel que soit le fondement de son action, ce devoir de se renseigner s'impose au salarié lorsqu'il invoque une erreur spontanée[1819], alors qu'il serait considérablement allégé en cas d'intervention de l'employeur. En effet, la nécessité de protéger le salarié est plus grande lorsque l'employeur intervient, car il est à craindre qu'il n'utilise son pouvoir de direction pour imposer rapidement une prise de décision au salarié.

Et effectivement, dans l'espèce examinée, la Cour de cassation relève que « *la cour d'appel a pu décider qu'en assurant sans réserve aux salariés démissionnaires (...) que la prime de départ n'était pas imposable, présentant ainsi comme certaine une solution qui ne l'était pas, l'employeur avait commis une faute* ». La condamnation du comportement de l'employeur ressort explicitement des termes de l'attendu. Trop sûr de lui, l'employeur ne pouvait ensuite reprocher aux salariés de ne pas s'être méfiés.

Il serait donc possible de considérer que le salarié accorde une certaine confiance à l'employeur, ce qui justifierait son inertie. Il a ainsi été jugé qu' « *il ne saurait être reproché au salarié de ne pas s'être renseigné lui-même auprès de l'administration avant la transaction, alors que, recevant une lettre de licenciement énonçant avec précision toutes les*

[1818] Voir cependant Cass. soc. 15 décembre 1999, JCP 2001, p. 507, n. C. WILLMANN. Selon cet auteur, cet arrêt consacre un devoir de se renseigner à la charge du salarié. Une telle déduction nous paraît cependant peu convaincante dans la mesure où cette décision statue sur une faute postérieure du salarié. En l'espèce, l'employeur n'avait pas exécuté son obligation d'information (*cf. supra* n° 325) quant au caractère imposable d'une indemnité de départ volontaire. Les magistrats reconnaissent donc la responsabilité de l'employeur, mais estiment que le salarié a lui-même une part de responsabilité dans la survenance de son préjudice en raison de son refus d'agir en annulation de l'imposition devant la juridiction administrative. L'employeur est donc exonéré partiellement.
La faute du salarié est bien de ne pas avoir tenté de réagir à son imposition, et non pas de ne pas s'être renseigné sur cette imposition. On peut donc supposer que s'il avait réagi en attaquant la décison administrative, les magistrats n'auraient pas retenu la faute, alors que rien ne changeait quant au fait qu'il ne se soit pas renseigné.
Décéler dans cet arrêt une référence au devoir de se renseigner nous paraît par conséquent peu pertinent.

[1819] C'est le cas de la plupart des décisions d'appel examinées.

étapes de la procédure prévue par la loi, il pouvait légitimement compter sur la bonne foi de l'employeur »[1820].

Mais sans doute est-ce plus réaliste d'estimer que l'intervention de l'employeur se fait à ses risques et périls, l'empêchant par la suite d'invoquer, pour l'opposer au salarié, un quelconque devoir de se renseigner, surtout si cette intervention est *a posteriori* jugée fautive[1821].

* * *

543. - L'utilisation opposée du devoir de se renseigner, selon la qualité de l'auteur de la volonté, est très nette. Imposé avec vigueur à l'employeur, il permet d'encadrer son pouvoir de direction : puisque l'employeur a les moyens nécessaires à une information utile, il est fautif de ne pas les utiliser. Appliqué de manière beaucoup plus limitée au salarié, il facilite ses actions contre l'employeur, et ne crée pas d'obstacle supplémentaire à ce que sa volonté subordonnée soit utilement contestée en justice.

Conclusion du Chapitre I

544. – Le droit du travail a directement agi sur l'utilisation même de ces deux concepts, les fictions relatives au mode d'extériorisation de la volonté et le devoir de se renseigner. Ils n'ont pas été transformés par le droit du travail. Celui-ci les a mis en œuvre de manière opposée, selon que l'auteur de la volonté est l'employeur ou le salarié. Le souci principal est certainement de préserver les intérêts de ce dernier notamment lorsqu'il est amené à former un acte juridique dont les conséquences lui seraient préjudiciables. Le fait qu'à la base, ces deux notions soient applicables à l'un comme à l'autre rend extrêmement significative cette utilisation opposée destinée à corriger les effets du lien de subordination du salarié. En se référant à la qualité d'employeur ou de salarié pour décider de l'emploi de certaines notions participant du régime de la volonté, le droit du travail marque son autonomie par rapport au droit commun.

1820 CA Paris 1° ch. A, 4 mai 1987, D. 1987, IR, p. 138.

1821 V. d'ailleurs CA Nancy 15 mai 1991, RJS 10/91, n° 1172, p. 611 : les magistrats constatent que l'employeur n'avait pas pris d'engagement formel quant au caractère imposable ou non des indemnités de rupture, et déboutent le salarié de sa demande. Apparemment, ici, l'absence de faute de l'employeur a eu une influence directe sur le devoir du salarié de se renseigner.

Cette autonomie ressortira encore plus nettement lorsque des notions seront *exclusivement* appliquées, soit au salarié, soit à l'employeur.

Chapitre II - Une utilisation exclusive

545. - La qualité d'employeur ou de salarié présente une influence directe sur l'utilisation ou le rejet exclusifs de certains concepts issus du droit commun et qui n'ont pas été absorbés par le droit du travail. Des éléments clé du régime de la volonté dans la formation de l'acte juridique sont ainsi exclusivement appliqués à l'employeur. A l'inverse, d'autres ne sont pas appliqués à l'encontre du salarié, cette dispense étant là aussi exclusive, c'est-à-dire spécifique à sa qualité de salarié.

Cette mise en œuvre exclusive de notions issues du droit commun a pour objectif évident de construire un statut protecteur du salarié. Subordonnée, sa volonté risque de ne pas être parfaitement libre ni éclairée, car il ne disposera pas des moyens juridiques ou financiers lui permettant de recueillir toujours les informations pertinentes. Au contraire, l'employeur, disposant du pouvoir de direction et souvent de moyens économiques plus importants que ceux du salarié, a la pleine possibilité d'émettre sa volonté en toute liberté et en toute connaissance de cause. Il est alors à craindre que l'utilisation de ces moyens ne se fasse au détriment du salarié.

Le droit du travail est alors intervenu pour imposer à l'employeur un alourdissement exclusif de ses obligations (Section I). La recherche de certaines informations lui est interdite, tandis qu'il se voit parfois contraint de former un acte juridique. En sens inverse, le salarié bénéficie d'un allégement exclusif de son obligation de loyauté (Section II).

Section I - L'alourdissement exclusif des obligations de l'employeur

546. - L'employeur se voit imposer des obligations spécifiques que n'a pas à subir le salarié. Elles concernent principalement l'intégrité de sa volonté, c'est-à-dire ses caractères éclairé et libre, et elles ont pour conséquence une moindre protection de cette volonté. En encadrant le pouvoir de direction de l'employeur, elles permettent de protéger les intérêts des salariés.

La première hypothèse est proche d'une obligation de ne pas faire, car l'employeur subit une interdiction de se renseigner (§1). Il s'agit de limiter les possibilités pour l'employeur de s'informer dans des domaines qui touchent de près la vie personnelle du salarié et ses droits fondamentaux. Il serait trop préjudiciable au salarié de laisser l'employeur utiliser librement en ce sens les moyens juridiques (et financiers) dont il dispose. La seconde hypothèse constitue une véritable obligation de faire, celle de former un acte juridique (§2). Il s'agit alors de contraindre l'employeur à enrichir le statut protecteur du salarié, car celui-ci seul ne pourrait pas, sauf exception, obtenir de tels résultats par la négociation en raison de sa situation d'infériorité.

§1 - L'interdiction de la recherche d'information

547. - L'employeur est soumis à une obligation de ne pas faire : il ne doit pas rechercher certaines informations. La qualification d'obligation de ne pas faire pourrait être contestable ici, car une obligation se définit comme le lien de droit qui unit deux personnes, le créancier et le débiteur[1822]. Or, si l'employeur doit respecter cette interdiction, on ne peut affirmer que le salarié en soit véritablement le créancier. La problématique posée est similaire à celle rencontrée à propos du devoir de se renseigner, expression qui est plus correcte que l'obligation de se renseigner. On pourrait alors évoquer ici un devoir de ne pas se renseigner.

L'existence d'un telle obligation (ou d'un tel devoir) à la charge du seul employeur démontre l'opposition flagrante de situation avec le salarié.

548. - Certes, le salarié connaît également des limites ou des interdictions en ce qui concerne la recherche d'information qu'il peut être

---

[1822] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6° éd. 1996, *v° obligation.*

amené à opérer, mais elles ne sont pas spécifiques à sa qualité de salarié et participent plus globalement du régime de la faute. Ainsi a-t-il pu être jugé fautif le fait pour un salarié d'avoir installé un micro-espion dans le bureau du directeur et de l'avoir relié à un système d'enregistrement installé dans le local syndical[1823]. En dehors de cette hypothèse, le droit du travail n'a pas édicté de dispositions spéciales limitant la possibilité pour le salarié d'effectuer des recherches, alors que le législateur et la jurisprudence, appuyés par la doctrine, sont intervenus de manière significative pour poser de telles interdictions à l'encontre de l'employeur.

549. - L'employeur a bien sûr tout intérêt à connaître le plus précisément possible son salarié. Le recrutement, en particulier lorsque le salarié est d'un certain niveau de responsabilités, est un processus long et coûteux qui fait naître chez l'employeur la peur de se tromper, erreur dont les conséquences peuvent être extrêmement préjudiciables pour l'entreprise[1824]. Par ailleurs, sur un plan strictement juridique, il faut garder à l'esprit que la liberté pour l'employeur de choisir ses collaborateurs s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle[1825].

A cette logique s'oppose celle qui consiste à n'admettre de jugement de la part de l'employeur que sur les aptitudes professionnelles du salarié sans aucune discrimination et à ne pas y mêler de considération sur sa vie personnelle. En effet, « *le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail, mais non sa personne* »[1826]. Le conflit d'intérêts[1827] a été très rapidement réglé dans un sens favorable au salarié puisque la doctrine comme la jurisprudence ont estimé que la possibilité pour l'employeur de s'informer sur le salarié était en principe limitée au strict cadre professionnel.

[1823] Les magistrats ont retenu la qualification de faute lourde : Cass. soc. 3 février 1993, Bull. civ. V, n° 34, p. 25 ; RJS 3/93, n° 292, p. 176.

[1824] Y. SERRA, *Les obstacles conventionnels au recrutement*, in *Les aspects juridiques du recrutement*, Litec 1994, p. 63 : l'auteur rapporte le coût du seul recrutement d'un jeune cadre chez Michelin, soit cent à cent cinquante mille francs.
O. DE TISSOT, *La protection de la vie privée du salarié*, Dr. soc. 1995, p. 222, spéc. p. 223 : « *avant 1993, les employeurs justifiaient ces investigations par la nécessité de ne pas se tromper dans un choix coûteux à long terme* ».

[1825] Cons. const., D.C. n° 244-88 du 20 juillet 1988, Dr. soc. 1988, p. 760, chron. X. PRETOT, *L'inconstitutionnalité du droit à réintégration du salarié protégé licencié pour faute lourde*, p. 755 ; D. 1989, p. 269, n. F. LUCHAIRE ; JCP 1989, éd. E, II, 15530, n. M. PAILLET. Voir, pour une application de ce principe de liberté d'embauche, CA Montpellier 17 octobre 2000, RJS 4/01, n° 403, p. 301.

[1826] J. RIVERO, *Les libertés publiques dans l'entreprise*, Dr. soc. 1982, p. 421, spéc. p. 423 - T. REVET, *L'objet du contrat de travail*, Dr. soc. 1992, p. 859.

[1827] Sur cet antagonisme, voir aussi B. TEYSSIE, *Personnes, entreprises et relations de travail*, Dr. soc. 1988, p. 374.

550. - La difficulté consistait alors à délimiter avec précision ce qui participait de la vie professionnelle du salarié et ce qui ne concernait que sa vie personnelle. Très tôt, la doctrine s'est interrogée sur cette distinction avec comme enjeu la possibilité pour l'employeur de mettre en oeuvre son pouvoir disciplinaire. C'est ainsi qu'à été proposé le concept de vie extra-professionnelle[1828] qui n'a cependant pas été retenu par la Cour de cassation[1829]. Il avait d'ailleurs l'inconvénient de ne définir la personne qu'à travers son travail[1830]. Par la suite, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est référée à l'article 9 du Code civil et donc à la notion de vie privée[1831].

Cependant, les auteurs critiquèrent cette jurisprudence, estimant que cette notion était trop restreinte pour rendre réellement compte des activités, opinions et comportements sur lesquels l'employeur n'avait en principe aucun droit de regard[1832]. C'est pourquoi il a été proposé le concept de *vie personnelle*[1833] qui fut consacré par la jurisprudence[1834] et qui recouvre schématiquement la vie privée proprement dite du salarié, l'exercice de ses libertés civiles et l'exercice de ses droits de citoyen[1835].

551. - Mais en réalité, l'enjeu de la détermination de ces différents concepts, s'il est significatif en ce qui concerne la possibilité de mettre en oeuvre le pouvoir disciplinaire de l'employeur, l'est nettement moins à propos de la recherche d'information par l'employeur. En effet, dans ce dernier cas, des textes spécifiques du Code du travail vont définir la limite en deçà de laquelle le comportement de l'employeur est toléré.

[1828] M. DESPAX, *La vie professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail*, JCP 1963, I, 1776.

[1829] M.-C. ESCANDE-VARNIOL, note sous Cass. soc. 16 décembre 1997, JCP 1998, II, 10101.

[1830] M.-C. ESCANDE-VARNIOL, précitée - P. WAQUET, *Vie personnelle et vie professionnelle du salarié*, CSBP 1994, n° 64, p. 289.

[1831] V. par ex. Cass. soc. 22 janvier 1992, Dr. soc. 1992, p. 334 ; J. SAVATIER, *La protection de la vie privée des salariés*, Dr. soc. 1992, p. 329.

[1832] P. WAQUET, *Vie personnelle et vie professionnelle du salarié*, CSBP 1994, n° 64, p. 289.

[1833] P. WAQUET, *Vie personnelle et vie professionnelle du salarié*, CSBP 1994, n° 64, p. 289 - J.-M. VERDIER, *Interaction entre vie personnelle et vie professionnelle à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise*, Gaz. Pal. 1996, Doctr. p. 1419.

[1834] Cass. soc. 16 décembre 1997, JCP 1998, II, 10101, n. M.-C. ESCANDE-VARNIOL. V. J.-Y. FROUIN, *La protection des droits de la personne et des libertés du salarié*, CSBP 1998, n° 99, p. 123.

[1835] P. WAQUET, *Vie personnelle et vie professionnelle du salarié*, CSBP 1994, n° 64, p. 289 – P. WAQUET, *La vie personnelle du salarié*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI° siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz 2001, p. 513.

Parmi ces textes, celui qui a la portée la plus générale est l'article L. 120-2 qui résulte de la loi du 31 décembre 1992 et selon lequel « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Il pose le principe de proportionnalité de la restriction apportée aux droits des personnes et aux libertés individuelles avec le but recherché, et il énonce également la nécessité d'un lien avec la tâche à accomplir. Cette double idée de finalité et de lien constitue dès lors la mesure des limites que l'employeur ne doit pas franchir sans qu'il ne soit indispensable de définir au préalable la notion de vie personnelle. Le raisonnement porte directement sur ces délimitations et le recours au concept de vie personnelle permet simplement de délimiter certains principes, mais sans que sa définition précise ne soit au centre de nos développements[1836].

Ainsi, par contraste avec la situation du salarié, l'employeur ne peut procéder à certaines recherches. Cette prohibition est très lourde pour l'employeur car elle consiste à la fois en une interdiction de rechercher des informations dans certains domaines en pleine extension (A), et également, lorsque la recherche d'information est autorisée, en une limitation des moyens de collecte de cette information (B).

A - L'extension du domaine de l'interdiction pour l'employeur de rechercher une information

552. - L'employeur a les moyens pour se renseigner sur de très nombreux points concernant le salarié. Celui-ci n'est pas à même de pouvoir résister efficacement à ces investigations. Or, le droit du travail n'admet de jugement de la part de l'employeur que sur les seules compétences professionnelles du salarié. Une recherche d'information qui déborde ce seul cadre apparaît hautement suspecte et nécessite par conséquent une intervention. C'est ainsi que certaines recherches d'information sont directement prohibées (1). Mais identifier au coup par coup les recherches d'information prohibées risque de ne pas permettre une protection efficace du salarié. C'est pourquoi la jurisprudence a développé

[1836] C'est une démarche analogue qui était adoptée lorsqu'il était affirmé qu'un motif tiré de la vie privée du salarié ne pouvait, en principe, justifier un licenciement (Cass. soc. 22 janvier 1992, Dr. soc. 1992, p. 334 ; J. SAVATIER, *La protection de la vie privée des salariés*, Dr. soc. 1992, p. 329).

un raisonnement prohibant indirectement toute recherche d'informations dès lors qu'elle est susceptible de mener à une discrimination (2).

1 - L'interdiction de recherche sanctionnée spécifiquement

553. - En ce qui concerne les interdictions d'origine conventionnelle, l'hypothèse la plus typique est celle de la clause de confidentialité. Le salarié qui a accès à certaines informations privilégiées, sensibles, peut s'engager envers son employeur à ne pas en divulguer le contenu à toute personne et en particulier à ses employeurs successifs[1837]. S'il méconnaît cette obligation, il engagera sa responsabilité envers le précédent employeur créancier de cette obligation. Surtout, l'employeur actuel n'a pas à rechercher ces informations s'il sait le salarié lié par une clause de confidentialité, car il engagerait alors sa responsabilité délictuelle envers le précédent employeur, en vertu du principe d'opposabilité du contrat[1838]. En dehors même de toute clause, les seules règles de la concurrence déloyale devraient permettre de sanctionner un tel comportement[1839].

554. - A cette hypothèse d'interdiction de toute recherche d'information d'origine conventionnelle, il faut surtout ajouter le cas dans lequel la loi interdit elle-même la recherche d'information par l'employeur. Il s'agit de l'état de grossesse de la salariée ou de la femme candidate à un emploi. Selon l'article L. 122-25 du Code du travail, « *l'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, résilier son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou, sous réserve des dispositions de l'article L. 122-25-1, prononcer une mutation d'emploi. Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée* ». La prohibition vise ainsi la recherche par l'employeur lui-même, par exemple au travers d'un questionnaire d'embauche, et la recherche d'informations par l'intermédiaire d'autres personnes. Il faut d'ailleurs noter le cas particulier du médecin du travail qui est tenu au secret

---

1837 P. ARDANT, *Les libertés du citoyen dans l'entreprise - Introduction au débat*, Dr. soc. 1982, p. 428, spéc. p. 430 - J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail,* Dr. soc. 1991, p. 376, spéc. p. 380.

1838 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999, n° 469, p. 451.

1839 V. Cass. com. 19 octobre 1983, Bull. civ. IV, n° 271, p. 234, à propos d'une clause de non concurrence mais transposable ici. V. Y. SERRA, *Les obstacles conventionnels au recrutement*, in *Les aspects juridiques du recrutement*, Litec 1994, p. 63, spéc. p. 77.

médical et ne peut donc révéler à l'employeur des données concernant la maternité, et plus généralement l'état de santé, de la salariée[1840].

S'il violait cette interdiction, l'employeur pourrait se voir condamner à verser des dommages et intérêts à l'intéressée[1841] ainsi que l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe[1842].

Outre la prohibition directe de toute recherche d'information, le droit du travail, pour assurer une protection plus efficace au salarié, a développé des hypothèses dans lesquelles la recherche d'informations est indirectement prohibée par la loi.

2 - L'interdiction de toute recherche sanctionnée comme un élément de preuve d'une discrimination

555. - Il est effectivement des cas dans lesquels la recherche de certaines informations par l'employeur n'est pas interdite en tant que telle, mais en réalité elle est tout de même indirectement sanctionnée car elle constitue un élément de preuve d'une discrimination. Or, le droit du travail combat les discriminations[1843], s'appuyant sur des normes nationales[1844] ou internationales[1845].

1840 V. Circ. DRT du 2 mai 1985, BOTR 85/23-24, p. 79 : « *il y a lieu de rappeler que le médecin du travail est astreint au respect du secret professionnel sur l'existence d'un état de grossesse aussi longtemps que l'employeur n'en a pas été avisé par la salariée elle-même et que, au-delà, ce secret persistera pour toutes les anomalies ou complications qui peuvent être liées à cet état* ».
De manière plus générale, voir J. SAVATIER, *Le médecin du travail et le sort du salarié*, Dr. soc. 1987, p. 604.

1841 Art. L. 122-30 C. trav.

1842 Art. R. 152-3 C. trav.

1843 J.-M. LATTES, *Le principe de non discrimination en droit du travail*, th. Toulouse I, 1989. Voir récemment I. DAUGAREILH, *La lutte contre les discriminations raciales : nouveau combat...nouvelles perspectives ?*, RD san. soc. 1999, p. 697 - J.-M. BELORGEY, *Lutter contre les discriminations*, rapport au ministre de l'emploi mars 1999, Liais. soc. n° 51/99, Doc ; Regards sur l'actualité, n° 256, décembre 1999, Doc. franç. p. 34.
Voir, plus spécifiquement, sur la distinction entre égalité et non discrimination : A. LYON-CAEN, *L'égalité et la loi en droit du travail*, Dr. soc. 1990, p. 68, spéc. n° 15 s., p. 73 s. et A. LYON-CAEN, I. VACARIE, *Droits fondamentaux et droit du travail*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI° siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz 2001, p. 421, spéc. p. 436 s.

1844 Voir en particulier le Préambule de la Constitution et les articles L. 122-45 et L. 123-1 C. trav.

1845 Voir M. MINE, *Le droit communautaire dans la pratique du droit social, brefs propos sur les apports du droit communautaire en matière de discrimination*, Dr. ouv. 2000, p. 97 - D. LOCHAK, *Réflexions sur la notion de discrimination*, Dr. soc. 1987, p. 778, spéc. p. 781, note 5 : « *Certaines conventions ont un très grand caractère de généralité, tant en ce qui concerne les distinctions interdites que les domaines concernés par cette interdiction : ainsi, la Déclaration universelle de 1948, le Pacte sur les droits civils et politiques, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (art. 14) proclament un principe général de non discrimination, en énumérant de façon à la fois très détaillée et non limitative les distinctions illégitimes, et en*

Certes, la question de la charge de la preuve a aujourd'hui évolué en faveur du salarié. Celui-ci doit toujours prouver la disparité de situation dans laquelle il se trouve par rapport à d'autres salariés, mais c'est à l'employeur de justifier objectivement de la situation du salarié qui se dit ainsi victime d'une discrimination[1846]. Néanmoins, l'objet de nos développements est de caractériser l'interdiction indirecte faite à l'employeur de rechercher une information. Or, une telle interdiction indirecte subsiste toujours. En effet, si l'employeur recherche malgré tout cette information, il éveillera une certaine suspicion. Il aura par conséquent d'autant plus de difficultés à prouver que la différence de situation, au détriment du salarié plaignant, repose sur des éléments objectifs. Le fait d'avoir recherché cette information, et donc implicitement de l'avoir prise en compte, fragilisera sa démonstration.

Il est ainsi utile d'expliquer la technique mise en œuvre par la jurisprudence en cette matière, car elle peut toujours servir aujourd'hui à la reconnaissance par le juge d'une discrimination.

Ce raisonnement a été explicitement adopté à propos des activités syndicales du salarié (a) et doit être étendu à toutes les hypothèses pouvant

---

prévoyant que ce principe doit trouver application pour l'ensemble des droits et libertés que ces conventions reconnaissent et qui font eux-mêmes l'objet d'une longue énumération. D'autres conventions ont un champ d'application moins étendu, soit qu'elles énoncent un principe de non-discrimination général pour les catégories visées mais spécifique quant au domaine couvert (la convention n° 111 de l'OIT concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession), soit à l'inverse qu'elles visent à protéger spécialement une catégorie de personnes mais dans tous les domaines (convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale). Enfin, certains textes ont une portée plus réduite encore, excluant la discrimination dans un domaine précis et à l'encontre d'un groupe spécifique : tel l'article 119 du Traité de Rome posant le principe de l'égalité salariale entre hommes et femmes ».

Voir également la Charte des droits fondamentaux adoptée le 7 décembre 2000 à Nice (G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux*, Dr. soc. 2001, p. 69).

Plus particulièrement, a été adoptée une directive communautaire en date du 29 juin 2000 visant à interdire les discriminations fondées sur l'origine raciale ou ethnique (Dir. 2000/43/CE, JOCE n° L. 180, 19 juillet 2000). Ce texte contient notamment un aménagement de la charge de la preuve de la discrimination, au bénéfice du salarié, comme auparavant la Directive du 15 décembre 1997 (97/80/CE, art. 4§1) sur l'égalité entre homme et femme. Le législateur français s'est inspiré de ces dispositions probatoires pour ajouter un alinéa à l'article L. 122-45, dans le cadre du projet de loi sur la modernisation sociale (voir également la proposition de loi de J. Le Garrec, JO Deb. Ass. Nat. 13 octobre 2000, p. 6762, JCP 2000, E, p. 1681), alors que la Cour de cassation vient d'adopter une position similaire, tant au niveau de la chambre sociale (Cass. soc. 15 décembre 1998, D. 1999, IR 30 - Cass. soc. 28 mars 2000, D. 2000, Somm 375, comm. J.-M. LATTES ; JCP 2001, E, p. 233, n. T. AUBERT-MONPEYSSEN - Cass. soc. 4 juillet 2000, Dr. soc. 2000, p. 919, obs. J. MOULY - Cass. soc. 10 octobre 2000, RJS 12/00, n° 1253, p. 810 – Cass. soc. 19 décembre 2000, Dr. soc. 2001, p. 314, obs. C. RADE – Cass. soc. 13 février 2001, Dr. soc. 2001, P. 566, obs. C. RADE, voir M.-T. LANQUETIN, *Un tournant en matière de preuve des discriminations*, Dr. soc. 2000, p. 589), qu'à celui, sous certaines réserves, de la chambre criminelle (Cass. crim. 14 juin 2000, Dr. soc. 2000, p. 1035, obs. J. MOULY - P. MORVAN, *Le droit pénal des institutions représentatives du personnel*, Dr. soc. 2000, p. 987, spéc. n° 47, p. 1005).

1846 *Cf. supra* note précédente.

susciter une discrimination, en raison de la nécessité d'assurer une certaine égalité entre les salariés, du moins dans les cas où l'information recherchée ne présente pas un lien pertinent avec l'emploi ou la tâche à accomplir (b). En effet, en permettant à l'employeur de rechercher ces différentes informations, le risque existe de le voir adopter une position discriminatoire.

a - Les activités syndicales du salarié

556. - Il est en effet interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions dans un certain nombre de domaines tels que l'embauchage ou le congédiement[1847]. Il est alors indiqué que toute mesure prise par l'employeur contrairement à ces dispositions « *est considérée comme abusive et donne lieu à des dommages et intérêts* »[1848]. Une sanction pénale est également prévue[1849]. Ici, seule la prise en compte de l'appartenance à un syndicat ou de l'exercice d'une activité syndicale est prohibée. Selon la lettre du texte, l'employeur pourrait rechercher ce type d'information puisque la seule interdiction clairement exprimée concerne l'utilisation de ces renseignements lors d'une prise de décision et non leur simple recherche. Si celle-ci n'est donc pas strictement prohibée, elle serait par conséquent autorisée, à charge pour le salarié (avant l'évolution récente du droit positif) de prouver le lien entre cette information et la décision litigieuse de l'employeur. Il est évident que cette distinction n'est guère réalisable en pratique et n'interdirait pas en réalité la prise en compte par l'employeur de l'activité syndicale du salarié, puisque cette prise en compte se heurterait « *à des difficultés de preuve souvent insurmontables* »[1850].

557. - C'est pourquoi la jurisprudence va présumer l'utilisation par l'employeur de l'information relative à l'appartenance à un syndicat ou à l'exercice d'une activité syndicale, lorsque celui-ci a recherché de telles informations. En effet, une telle question, « *ne pouvant être tenue pour superflue et présumée inutile, impliquait par elle-même cette prise en*

[1847] Art. L. 412-2 al. 1 C. trav. V. également l'article L. 122-45 C. trav.
[1848] Art. L. 412-2 al. 3 C. trav.
[1849] Art. L. 481-3 C. trav.
[1850] J. SAVATIER, note sous Cass. soc. 13 mai 1969, D. 1969, p. 528.

considération »[1851]. En conséquence, puisque la recherche d'informations présume son utilisation prohibée, la solution la plus efficace est de prohiber également ce type d'investigation : lors de l'embauche « *l'employeur ne peut donc pas poser une question sur l'affiliation syndicale* »[1852], sous peine de voir caractériser une discrimination.

Ce raisonnement permet d'aboutir très rapidement à la qualification de discrimination, et s'avère très efficace en complément de l'aménagement de la charge de la preuve opéré récemment. C'est pourquoi il est toujours d'actualité.

b - L'extension du raisonnement aux recherches d'information non pertinentes avec l'emploi ou la tâche à accomplir

558. - La jurisprudence relative à l'interdiction de se renseigner sur les activités syndicales du salarié, en raison de la nécessaire prise en considération de cette information qui en découlerait, est transposable à d'autres situations dans lesquelles la prise en compte de certaines informations est également prohibée. Ainsi en est-il des différents facteurs de discrimination prévus à l'article L. 122-45 du Code du travail : dès lors que leur prise en compte est interdite, toute recherche d'informations à ce sujet devrait également être interdite. Par exemple, une question relative à l'appartenance du salarié à une ethnie ou à une race, à ses opinions politiques ou à ses mœurs devrait être prohibée comme conduisant nécessairement à sa prise en compte[1853].

559. - D'ailleurs, l'arrêt du 13 mai 1969 précise les conditions dans lesquelles la recherche d'informations va faire présumer sa prise en considération par l'employeur dans sa prise de décision : la question « *ne pouvant être tenue pour superflue et présumée inutile, impliquait par elle-même cette prise en considération* ». La formule est très générale et s'apparente à une véritable présomption irréfragable. Il semblerait logique que cette solution puisse être étendue à tous les cas où une question relative

---

[1851] Cass. soc. 13 mai 1969, JCP 1970, II, 16208, n. J.-M. VERDIER ; D. 1969, p. 528, n. J. SAVATIER. Le questionnaire d'embauche comportait la mention suivante : « *avez-vous une affiliation syndicale ?* ».

[1852] Cass. soc. 13 mai 1969, JCP 1970, II, 16208, n. J.-M. VERDIER ; D. 1969, p. 528, n. J. SAVATIER. La solution est sans doute généralisable à tous les actes juridiques et ne peut donc être restreinte à la seule conclusion du contrat de travail.

[1853] F. BOURGEOIS, *Emploi et discrimination raciale, l'étendue du mal en Europe*, Economie et Humanisme, n° 353, juillet 2000.

à un facteur éventuel de discrimination serait posée[1854]. On sait en effet que la grande difficulté rencontrée était précisément la preuve de cette discrimination. Aujourd'hui, la charge de la preuve est aménagée au bénéfice du salarié. Mais ici, l'institution d'une présomption s'avère encore plus favorable au salarié, conférant toute son utilité à ce raisonnement. Or, si cette preuve est facilitée par ce type de raisonnement inductif, l'efficacité de ces textes, et notamment de l'article L. 122-45, sera considérablement renforcée. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée le ministre de l'emploi et de la solidarité à propos de l'état de santé du salarié[1855]. Il déduit directement de l'article L. 122-45 l'impossibilité dans tous les cas pour l'employeur de « *rechercher des informations d'ordre médical dans le cadre d'une procédure d'embauche* ».

560. - Les auteurs sont aujourd'hui unanimes en ce sens. Il a été par exemple affirmé que « *toute question portant sur la vie privée ou sur l'état de santé du salarié, en particulier sur son éventuelle séropositivité, est* (...) *illicite* »[1856] ou qu'il « *est tout à fait exclu que l'employeur puisse interroger le candidat à l'emploi sur une éventuelle séropositivité* »[1857]. Et le tribunal correctionnel de Paris a admis l'existence d'une discrimination dans le seul fait pour un employeur de poser des questions différentes relatives au sexe et à la situation de famille aux hommes et aux femmes dans le questionnaire d'embauche[1858].

Dès 1969, un auteur avait proposé d'étendre ce raisonnement, estimant qu'il allait « *de soi que les raisons d'interdire toute question relative à l'appartenance syndicale valent aussi pour celles que pourrait comporter un questionnaire d'embauche dans d'autres domaines qui n'ont*

1854 V. B. SAUMADE, *L'obligation de renseignements en droit du travail*, th. Montpellier 1982, pour un raisonnement similaire à propos de la race et de la nationalité du salarié, n° 54, p. 22, et à propos de ses opinions politiques, n° 84, p. 39.

1855 Rép. min. quest. 15018 du 1° juin 1998, JO, déb. Ass. nat., 7 décembre 1998, p. 6709.

1856 D. CHARLES, M. MINE, *SIDA et discrimination dans l'emploi*, Dr. ouv. 1997, p. 365, spéc. p. 367 - D. JOSEPH, *L'état de santé , élément de la vie privée du salarié ? SIDA - secret médical - emploi,* Dr. ouv. 1990, p. 378 - B. TEYSSIE, *Droit du travail, 1-Relations individuelles de travail*, Litec, 2° éd. 1992, n° 448, p. 240.

1857 D. JOSEPH, *L'état de santé, élément de la vie privée du salarié ? SIDA - secret médical - emploi,* Dr. ouv. 1990, p. 378.

1858 Trib. correct. Paris 3° ch., 13 mars 1991, Gaz. Pal. 1992, Somm. 2, p. 489 ; Dr. ouv. 1993, p. 35. En effet, la discrimination peut également constituer un délit selon l'article 225-1 du nouveau Code pénal. Néanmoins, la stricte interprétation de la loi pénale et la nécessaire caractérisation de l'intention coupable ne permettraient pas de déduire de la seule recherche d'informations les éléments constitutifs de l'infraction. V. B. TEYSSIE, *Personnes, entreprises et relations de travail*, Dr. soc. 1988, p. 374, spéc. n° 13, p. 377.

pas de lien direct et nécessaire avec l'activité professionnelle du candidat à l'emploi »[1859].

Une telle extension du raisonnement a précisément été rendue possible par l'article L. 121-6 C. trav. Ce critère du lien direct et nécessaire a en effet été repris dans la loi du 31 décembre 1992, à propos des informations que l'employeur peut demander au salarié ou au candidat à l'emploi. *A contrario*, si les questions ne présentent pas le degré de finalité et de pertinence requis par le texte, non seulement le salarié peut ne pas y répondre de bonne foi[1860] mais il se peut que cette question soit à elle seule révélatrice d'une discrimination de la part de l'employeur.

561. - Seule la recherche d'information pertinente au sens de l'article L. 121-6 est donc admise. Ainsi, la prise en considération de certaines informations tirées de la vie personnelle du salarié est parfois autorisée[1861], par exemple les convictions religieuses dans les entreprises de tendance, la nationalité pour certains emplois, ou le sexe lorsque ce critère est déterminant pour le recruteur, tel qu'en matière de contrat d'interprétation artistique ou d'activité sportive[1862] ou lorsque certains postes étaient uniquement réservés aux hommes et interdits aux femmes. Ainsi un travail de nuit ne pouvait être confié à une femme selon l'article L. 213-1 du Code du travail. Cette disposition a été jugée contraire au droit communautaire[1863]. Plus généralement, la discrimination ne sera pas constatée lorsque la prise en compte de certaines informations est nécessaire à la bonne exécution du contrat de travail. Par conséquent, il est logique d'en déduire la possibilité de rechercher ce type d'information.

562. - Dans les autres cas, il ne s'agit pas alors véritablement d'une interdiction expresse de toute recherche d'information qui serait sanctionnée spécifiquement, comme dans le cas de l'état de grossesse de la salariée, mais d'un élément facilitant l'administration de la preuve de la

---

1859 J.-M. VERDIER, note sous Cass. soc. 13 mai 1969, JCP 1970, II, 16208. L'auteur dépassait néanmoins la seule constatation d'une discrimination pour s'intéresser plus globalement à la possibilité pour le salarié de mentir ou de ne pas répondre.

1860 *Cf. infra* n° 590 s.

1861 Sur toutes ces hypothèses, *cf. infra* n° 600 s.

1862 Cette exception est d'ailleurs expressément prévue par l'article 2 (2) de la Directive CE 76/207 du 9 février 1976, relative à l'égalité de traitement entre homme et femme. Voir K. BERTHOU, *Sur les discriminations positives (CJCE 28 mars 2000, Badeck)*, Dr. soc. 2000, p. 901, spéc. p. 907.

1863 CJCE 25 juillet 1991, D. 1991, p. 443, n. J.-G. HUGLO ; Dr. soc. 1992, p. 174, n. M.-A. MOREAU - CJCE 13 mars 1997, RJS 4/97, n° 493, p. 319.

discrimination prohibée, et qui, combinée avec l'aménagement récent de la charge de la preuve de cette discrimination, permet de protéger efficacement le salarié.

Par ailleurs, la caractérisation de la limitation de l'accès pour l'employeur à certaines informations réside, outre dans le principe de l'interdiction de toute recherche, que celle-ci soit sanctionnée en tant que telle ou qu'elle permette la constatation d'un autre comportement illicite, tout autant dans la limitation des moyens que l'employeur pourrait utiliser pour rechercher ces informations.

B - Une limitation des moyens pour l'employeur de collecter l'information

563. - Il a été précisé les conditions de fond interdisant à l'employeur de rechercher une information. Lorsque les informations recherchées ne font pas partie de cette sphère de prohibition, l'employeur devrait retrouver la possibilité d'être suffisamment informé pour émettre une volonté éclairée. Or, d'autres obstacles vont surgir, limitant cette fois-ci les moyens qu'il pourra mettre en oeuvre pour s'informer. Il s'agit alors de le dissuader d'avoir recours à des techniques d'information contestables[1864].

Un principe de portée générale va en effet restreindre les possibilités pour l'employeur de collecter l'information en raison de la crainte de ce que cette recherche d'information se fasse au détriment des libertés individuelles du salarié. C'est l'article L. 120-2 du Code du travail, qui en généralisant le principe de proportionnalité et de finalité qui auparavant ne figurait qu'à l'article L. 122-35 relatif au règlement intérieur, constitue la pierre angulaire de ce raisonnement. Est ainsi posée une règle qui va constituer une directive fondamentale pour le juge lorsqu'il sera amené à apprécier les méthodes employées par l'employeur pour rechercher certaines informations. Ce texte va s'articuler avec l'article L. 121-7 alinéa 2 qui n'autorise que les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des salariés qui présenteront un minimum de pertinence au regard de la finalité poursuivie. Ces deux dispositions issues de la loi du 31 décembre 1992, et directement inspirées du rapport de M. G. LYON-CAEN sur les libertés publiques et

---

1864 J.-E. RAY, *Comité d'entreprise, transparence et dissuasion, étude critique de l'article L. 432-2-1 (loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »)*, Dr. soc. 1993, p. 215, spéc. p. 216.

l'emploi[1865], assureront un strict contrôle de la régularité des moyens de collecte d'informations (2). Mais au préalable, afin d'assurer un minimum de transparence, la loi a prévu une information obligatoire[1866] à la charge de l'employeur (1).

1 - L'information à la charge de l'employeur

564. - De multiples obligations d'information sont à la charge de l'employeur (a), mais leur sanction est d'une efficacité inégale (b).

a - Les différentes obligations d'information à la charge de l'employeur

565. - La loi du 31 décembre 1992 a imposé à l'employeur une obligation d'information tant au niveau individuel qu'au niveau collectif.

En premier lieu, selon l'article L. 121-7 du Code du travail, « *le candidat à un emploi est expressément informé préalablement à leur mise en oeuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard. Le salarié est informé de la même manière des méthodes et techniques d'évaluation professionnelles mises en oeuvre à son égard. Les résultats obtenus doivent rester confidentiels* ».

C'est ainsi par exemple qu'un recruteur souhaitant procéder à une analyse graphologique doit en informer le candidat à un emploi. Contrairement à ce que les débats parlementaires avaient pu laisser croire, cette information n'a pas à être transmise par écrit[1867] et peut l'être oralement. Mais la preuve par l'employeur du respect de son obligation sera alors difficile à apporter[1868].

En second lieu, l'employeur doit également procéder à une information des institutions représentatives du personnel et plus précisément le comité d'entreprise (article L. 432-2 du Code du travail). Celui-ci est non seulement informé des méthodes et techniques d'aide au

---

1865 G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Documentation française, 1992.

1866 Sur l'obligation d'information, *cf. supra* n° 325.

1867 J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »*, Dr. soc. 1993, p. 103, spéc. p. 112. V. également Circ. DRT n° 93-10 du 15 mars 1993, BOTR 93/10 ; Dr. trav. avril 1993, Doc.

1868 M. AUBRY, JO Ass. nat., 3° séance du 18 décembre 1992, p. 7570 : « *je préfère que l'employeur ait à faire la preuve, par tous moyens possibles, qu'il a porté l'information à la connaissance du candidat ou du salarié* ».

recrutement des candidats à un emploi, mais également sur les traitements automatisés de gestion du personnel. En outre, il est informé et consulté au préalable « *sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés* »[1869].

566. - A ces informations à l'intérieur de l'entreprise, l'employeur doit également, en application de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, déclarer auprès de la CNIL (Commission Nationale Informatique et Libertés) le traitement informatique de données nominatives concernant le salarié ou le candidat à un emploi[1870].

La sanction de ces différentes obligations d'information se révèle cependant d'une efficacité relative.

b - La sanction

567. - C'est au niveau du candidat à un emploi ou du salarié, et à propos des méthodes et techniques prévues à l'article L. 121-7, que l'obligation à la charge de l'employeur n'apparaîtra pas très efficace en termes de sanction. En effet, s'il a recours par exemple à la graphologie sans en avoir averti le candidat ou le salarié, il paraît peu probable qu'il l'avertisse *a posteriori* en lui indiquant que ce test n'a pas eu de résultats favorables. Il est plus logique que dans ces situations, le salarié n'ait aucune connaissance des moyens et techniques réellement utilisés. Et dans le cas où il en serait informé, il lui faudra prouver son préjudice lié à la perte de chance d'être embauché, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil puisqu'aucun contrat n'est formé[1871]. La sanction de l'obligation d'information est en pratique soit illusoire, soit très difficile à mettre en oeuvre.

1869 J.-E. RAY, *Comité d'entreprise, transparence et dissuasion, étude critique de l'article L. 432-2-1 (loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »*, Dr. soc. 1993, p. 215.

1870 V. P.-H. ANTONMATTEI, Juris-Cl. Travail traité, *Contrat individuel de travail, conclusion*, Fasc. 2-22, novembre 1994, spéc. n° 31 s. - A. MOLE, *Au-delà de la loi informatique et libertés*, Dr. soc. 1992, p. 603. V. également J. FRAYSSINET, *Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 596 - G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Documentation française, 1992, n° 88 s., p. 75 s.

1871 J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »*, Dr. soc. 1993, p. 103, spéc. p. 113.

568. - Néanmoins, l'article L. 121-8, énonçant qu'« *aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à un emploi* », s'avère beaucoup plus efficace, en particulier lorsque le salarié veut empêcher la prise en compte par l'employeur d'informations collectées sans qu'il en ait été informé. L'enjeu est très important puisque la conséquence de ce défaut d'information est l'illicéité du mode de preuve ainsi constitué et donc le refus de prendre en compte cette preuve en cas de litige. Ce raisonnement a déjà été mis en application en matière de vidéo surveillance[1872] ainsi qu'en matière de comptes-rendus de filatures établis par un détective privé[1873], et plus récemment encore à propos d'une enquête téléphonique[1874] ou d'un contrôle par huissier[1875]. D'une manière générale, les enregistrements à l'insu du salarié ne constituent pas un mode preuve licite[1876].

Fondée sur l'obligation de loyauté[1877], cette obligation d'information du salarié par l'employeur s'impose quel que soit la technique utilisée, par

---

1872 Cass. soc. 20 décembre 1991, Dr. soc. 1992, p. 28, rapport P. WAQUET ; D. 1992, p. 73, concl. Y. CHAUVY ; Rev. trim. dr. civ., p. 365, obs. J. HAUSER et p. 418, obs. P.-Y. GAUTIER : « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu constitue un mode de preuve illicite* » - Cass. soc. 31 janvier 2001, RJS 4/01, n° 405, p. 302.
V. B. BOSSU, *Le salarié, le délégué du personnel et la vidéo surveillance*, Dr. soc. 1995, p. 978, spéc. p. 981 - M. GREVY, *Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ?*, Dr. soc. 1995, p. 329 - P. WAQUET, *Le pouvoir de direction et les libertés des salariés*, Dr. soc. 2000, p. 1051, spéc. p. 1056.

1873 Cass. soc. 22 mai 1995, Bull. civ. V, n° 164, p. 119 ; Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 862, obs. J. HAUSER et Rev. trim. dr. civ. 1996, p. 197, obs. P.-Y. GAUTIER - Cass. soc. 4 février 1998, Bull. civ. V, n° 64, p. 47.
La chambre criminelle est néanmoins plus réticente à déclarer illicite ces différents modes de preuve : Cass. crim. 23 juillet 1992, D. 1993, Somm. p. 206, comm. J. PRADEL - Cass. crim. 6 avril 1994, Gaz. Pal. 1994, 2, jurisp. p. 489. Pour une analyse critique de cette position, v. A. CHIREZ, P. BOUGHANMI-PAPI, *Vidéosurveillance, Droit à l'image et vie privée des salariés*, Bull. soc. Fr. Lef. 11/94, p. 569.

1874 CA Paris 28 septembre 1995, RJS 1/96, n° 4, p. 10.

1875 CA Nancy 12 février 2001, SA Cages/Bonroy, CERIT.

1876 Cass. soc. 10 décembre 1997, Bull. civ. V, n° 442, p. 316 ; Dr. soc. 1998, p. 130, chron. B. BOSSU (*L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés*, Dr. soc. 1998, p. 127) et p. 202, note G. COUTURIER. Cette décision a été rendue au visa de l'article L. 120-2 C. trav.
Voir S. DARMAISIN, *L'ordinateur, l'employeur et le salarié*, Dr. soc. 2000, p. 580, spéc. n° 30 s., p. 586 s. et Cass. soc. 14 mars 2000, RJS 4/00, n° 386, p. 281 ; JCP 2001, p. 325, n. C. PUIGELIER (*a contrario*, si les salariés ont été dûment avertis, les écoutes réalisées constituent un mode de preuve valable).

1877 D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica 1994, p. 125, spéc. p. 140.

exemple les autocommutateurs téléphoniques, les badges magnétiques voire interactifs[1878]. Il faut bien noter qu'une simple information est exigée de l'employeur, et non pas la recherche de l'accord du salarié[1879].

Enfin, des sanctions plus spécifiques peuvent être prévues, notamment le délit d'entrave lorsqu'une obligation d'information du comité d'entreprise n'a pas été correctement exécutée[1880], et toujours sur le plan des relations collectives de travail, les délégués du personnel peuvent saisir l'employeur en cas d'atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles dans l'entreprise[1881].

2 - L'irrégularité de certains moyens de collecte de l'information

569. - Il ressort des termes de la loi du 31 décembre 1992 que la méthode de collecte de l'information sur le salarié ou le candidat à l'emploi doit être à la fois pertinente (a) et licite (b).

a - La pertinence des moyens de collecte de l'information

570. - Cette exigence résulte directement de l'article L. 121-7 alinéa 2 du Code du travail qui dispose que « *les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des salariés et des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie* ». Par conséquent, quand bien même le salarié ou le candidat à un emploi a été correctement informé des différentes méthodes et techniques mises en oeuvre, encore faut-il que celles-ci ne soient pas sans rapport avec la finalité poursuivie, qui est en principe le recrutement au poste proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles.

« *Si la loi n'institue pas un principe de validité scientifique des méthodes employées, il impose un degré raisonnable de fiabilité. Ainsi, le recours à des techniques présentant une marge d'erreur importante ne serait pas conforme* »[1882] au texte. Dans son rapport, M. G. LYON-CAEN

1878 J.-E. RAY, *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination*, Dr. soc. 1992, p. 525, spéc. p. 531 s.

1879 J.-E. RAY, précité, spéc. p. 536 : l'auteur doute de l'efficacité qu'il y aurait à exiger le consentement du salarié, se demandant s'il aurait vraiment le choix.

1880 Art. L. 483-1 C. trav.

1881 Art. L. 422-1-1 C. trav.

1882 Circ. DRT n° 93-10 du 15 mars 1993, BOTR 93/10, Dr. trav. avril 1993, Doc.

était au contraire favorable à un tel principe de validité scientifique[1883]. Comment ne pas penser à la graphologie, la numérologie, l'astrologie, la gestuologie, la phrénologie ou la morphopsychologie, et la liste est sans doute loin d'être exhaustive ?

Il appartiendra aux juges d'apprécier cette pertinence peut-être au moyen des travaux de l'AFNOR, comme l'y invite la circulaire du 15 mars 1993. A notre connaissance, la jurisprudence n'a pas encore eu à se prononcer sur l'application de l'article L. 121-7 al. 2, certainement en raison des difficultés pratiques de preuve et d'efficacité de la sanction : en dehors de toute précision apportée par le texte, il faut sans doute se référer à nouveau à l'article 1382 du Code civil et prouver la perte de chance d'être recruté, ce qui n'est guère attractif pour le candidat à l'emploi[1884].

b - La licéité des moyens de collecte de l'information

571. - Cette exigence résulte quant à elle de l'article L. 120-2 du Code du travail, dont on a précisé qu'il constitue un principe de portée très générale et qui concerne en particulier les moyens de collecte de l'information. Lorsqu'ils apportent au droit des personnes et aux libertés individuelles certaines restrictions, ils doivent être justifiés par la nature de la tâche à accomplir et proportionnés au but recherché. Quelques exemples déjà abondamment commentés illustreront cette règle impérative.

En premier lieu, la vidéosurveillance des salariés, qui attente à leur droit à l'image ainsi qu'à leur dignité et à leur liberté[1885], doit être réservée à certaines situations spécifiques telles que celles relatives à des impératifs de sécurité, à la constatation de vols répétés dans l'entreprise, ou à la mise en place d'une protection spéciale résultant d'une obligation de « *secret-défense* »[1886].

En second lieu, les fouilles corporelles et les fouilles des vestiaires ou casiers personnels situés dans l'entreprise ou même du véhicule du

---

1883 G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Documentation française, 1992, n° 118, p. 106.

1884 V., doutant qu'un candidat non embauché entame une procédure judiciaire : G. ADAM, *Critique d'une étude critique de Jean-Emmanuel RAY*, Dr. soc. 1993, p. 333, spéc. p. 334. V. également J.-E. RAY, *L'opération de recrutement*, in *Les aspects juridiques du recrutement*, Litec 1994, p. 115, spéc. p. 128.

1885 B. BOSSU, *Le salarié, le délégué du personnel et la vidéo surveillance*, Dr. soc. 1995, p. 978, spéc. p. 982.

1886 Circ. DRT n° 93-10 du 15 mars 1993, BOTR 93/10 ; Dr. trav. avril 1993, Doc.

salarié portent également atteinte à sa vie privée et son intimité[1887], et ne pourraient être justifiées que si, par exemple, la sécurité de l'entreprise ou des salariés était en cause. De même, la soumission du salarié à un contrôle alcootest est licite lorsqu'il s'agit de préserver la sécurité dans l'entreprise et elle est au contraire disproportionnée quand elle a pour unique but de faire constater une faute du salarié[1888].

Enfin, il a été plus récemment jugé que la production d'un enregistrement téléphonique du salarié était illicite car il avait été utilisé à des fins déloyales, « *sans rapport avec son objet exclusif, qui est de permettre la vérification, en cas de litige, des termes d'une transaction téléphonique passée entre un donneur d'ordre et l'organisme financier* (...) *qui sont les seuls fondements justifiant l'utilisation d'un support magnétique dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé* »[1889]. On retrouve ici le « *but recherché* » visé par l'article L. 120-2 du Code du travail.

572. - Le développement des technologies rend impossible toute classification a priori des méthodes de collecte de l'information selon leur pertinence ou leur licéité. Il appartiendra à la jurisprudence d'accomplir son oeuvre, même si parfois les autorités interviennent rapidement : ainsi en a-t-il été du problème délicat soulevé lorsque l'employeur entend soumettre le salarié ou le candidat à un emploi à des tests génétiques. L'article 16-10 du Code civil précise à ce sujet que « *l'étude génétique des caractéristiques d'une personne ne peut être entreprise qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique* »[1890]. Par sa portée générale, ce texte interdit de considérer comme pertinente une recherche génétique sur le salarié. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcé le ministre de l'emploi et de la solidarité[1891].

1887 V. à propos de telles situations, avant la loi du 31 décembre 1992 : Cass. soc. 19 décembre 1973, Bull. civ. V, n° 677, p. 625 : le personnel féminin est fondé à refuser une fouille corporelle effectuée par un homme, décision rendue au visa des articles 6 et 9 du Code civil.
Cass. soc. 9 avril 1987, Bull. civ. V, n° 205, p. 132 : contrôle du véhicule du salarié stationné sur la voie publique. Le refus du salarié ne constitue pas une faute grave.
V. J. SAVATIER, *La liberté dans le travail*, Dr. soc. 1990, p. 49, spéc. p. 57 - J. RIVERO, *Les libertés publiques dans l'entreprise*, Dr. soc. 1982, p. 421, spéc. p. 423.

1888 Cons. Et. 1° février 1980, Dr. soc. 1980, p. 310.

1889 CA Paris 2 novembre 1995, RJS 1/96, n° 4, p. 10.

1890 L'article 226-26 du nouveau Code pénal punit d'un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'étude de ses caractéristiques génétiques.

1891 Rép. min. à QE n° 5643, JO Sénat Q, 3 septembre 1998, p. 2837 : « *ces tests, comme tout type de test de dépistage systématique, ne sauraient en aucun cas être utilisés pour prendre des*

Ainsi, l'interdiction pour l'employeur de rechercher une information et la limitation des moyens mis à sa disposition pour collecter l'information participent de la mise en place d'un statut protecteur du salarié destiné à empêcher l'employeur de s'immiscer dans la vie personnelle du salarié et de prévenir toute mesure discriminatoire.

Une autre obligation exclusivement mise à la charge de l'employeur le fait prendre part directement à l'élaboration de ce statut. Il est en effet contraint à former certains actes juridiques qui ont pour effet de limiter son pouvoir de direction, et d'enrichir les droits des salariés.

§2 - L'obligation de former un acte juridique

573. - Contrairement au salarié, l'employeur peut se voir imposer par le droit du travail la formation d'un acte juridique. Par exemple, selon l'article L. 122-33, l'établissement d'un règlement intérieur est obligatoire dès lors que l'entreprise, au sens large, emploie au moins vingt salariés. Le droit du travail contraint dès lors l'employeur à former un acte juridique qui permettra de préciser le statut du salarié. Ainsi, le règlement intérieur encadrera le pouvoir disciplinaire de l'employeur par la fixation de règles relatives à la discipline.

En instituant cette obligation de former un acte juridique, le droit du travail ne nie pas le rôle de la volonté de l'employeur, puisqu'elle est requise[1892]. Mais sa décision ne résulte pas de son libre arbitre car elle est contrainte par la norme. Cette situation particulière devra être exposée (A) avant d'en étudier les principales illustrations (B).

A - Présentation du mécanisme

574. - L'obligation pour l'employeur de former un acte juridique s'inscrit dans le cadre des atteintes à la liberté contractuelle (1). Néanmoins, il faut être plus précis encore et distinguer les cas dans lesquels c'est bien la liberté de la volonté dans la formation de l'acte juridique qui est en jeu, ce qui nous intéresse ici, de ceux dans lesquels il est question de l'efficacité de la volonté par rapport au contenu de l'acte juridique (2).

---

décisions d'aptitudes médicales au poste de travail ou pour établir un fichier génétique des salariés ».

[1892] *Cf. supra* n° 37 s. sur la négation du rôle de la volonté.

1 - Une atteinte à la liberté contractuelle

575. - Le principe de la liberté contractuelle est la conséquence logique de la nécessité de la volonté dans la formation d'un acte juridique et du principe de l'autonomie de cette volonté[1893]. Il signifie principalement que chacun est libre de ne pas contracter et que la conclusion d'un contrat ne peut donc être imposée à une personne contre son gré.

Cette liberté n'est explicitée par les auteurs qu'en matière de convention, néanmoins il paraît incontestable qu'elle puisse être étendue à tous les actes juridiques, y compris unilatéraux. On devrait ainsi plutôt évoquer la liberté de former un acte juridique. En droit du travail, la particularité résulte de ce que seul l'employeur subit une telle restriction.

576. - Ces atteintes se traduisent par l'obligation faite à l'employeur de former un acte unilatéral ou conventionnel, quand bien même il n'en aurait jamais eu l'intention. Il s'agit donc d'une contrainte portant sur la volonté de l'employeur : sa volonté n'est en conséquence plus libre. Un auteur a déjà exposé cette situation en droit administratif, en distinguant les actes exercice d'un *pouvoir de vouloir* et les actes exécution d'une *obligation de vouloir*[1894]. Cette distinction apparaît pertinente en droit du travail[1895], puisque l'employeur dispose de réels pouvoirs, le pouvoir de diriger l'entreprise et le pouvoir disciplinaire vis-à-vis du salarié. Il dispose donc du pouvoir de décider la formation de certains actes juridiques, ce qui constitue un pouvoir de vouloir. Mais, et c'en est sans doute la contrepartie, il est parfois contraint de former d'autres actes juridiques, participant d'un statut protecteur du salarié; c'est l'obligation de vouloir, très souvent d'origine légale, que nous allons étudier ici.

Néanmoins ce défaut de liberté affecte à la fois le contenu de l'acte juridique, c'est-à-dire l'objet des obligations nées de cet acte, et la formation même de l'acte juridique. Or, seul ce dernier point nous intéresse ici.

[1893] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 123 s., p. 83 s.
Cf. supra n° 4.

[1894] P. PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, Préf. G. Pequignot, LGDJ 1976, Bibl. dr. Publ., t. 124.

[1895] *Cf. supra* n° 28 à propos de l'influence du droit public sur le droit du travail et le caractère relatif de l'autonomie de ce dernier.

2 - Une atteinte à la liberté de la volonté dans la formation de l'acte juridique

577. - La liberté contractuelle présente un champ d'application qui dépasse la seule liberté de la volonté dans la formation de l'acte juridique. En effet, selon le principe de l'autonomie de la volonté, un contractant doit pouvoir décider librement de conclure un contrat avec la personne et selon les stipulations de son choix.

Bien sûr, cette liberté de déterminer le contenu du contrat n'a jamais été absolue, même dans le Code civil de 1804[1896], et encore moins en droit du travail qui régit, très fréquemment au moyen d'une législation d'ordre public, le contenu du contrat de travail et des autres actes juridiques de la relation de travail, sans oublier l'incidence des dispositions des conventions et accords collectifs. Nous sommes là au cœur de la confrontation entre les théories institutionnelle et contractuelle du rapport d'emploi.

Mais il ne s'agit pas alors de la liberté de consentir à la formation d'un acte juridique, mais de la liberté de déterminer le contenu de cet acte juridique[1897]. Par exemple, le salaire ne peut être fixé totalement librement, puisque les articles L. 141-1 et suivants du Code du travail prévoient un minimum obligatoire[1898]. Le principe juridique mis en cause est ainsi la libre détermination de l'objet des obligations nées du contrat, c'est-à-dire en réalité la portée ou l'efficacité de la volonté[1899]. Il en va de même en ce qui concerne le choix du cocontractant. Ainsi, le salarié qui bénéficie d'une priorité de réembauchage, par exemple à la suite d'un licenciement économique[1900] ou d'un congé postnatal[1901], ou le salarié à temps partiel qui souhaite occuper ou reprendre un emploi à temps complet (ou inversement) et qui bénéficie également d'une priorité pour l'attribution d'un tel emploi[1902] s'imposera à l'employeur lorsque celui-ci décidera d'un recrutement répondant à ces conditions. Mais l'employeur est toujours libre de ne pas consentir à la formation de cet acte juridique. L'atteinte à sa liberté de choix ne porte en réalité que sur la personne de son cocontractant, c'est-à-dire sur

---

1896 Art. 6 C. civ. : « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs* ».

1897 Voir à ce sujet J. PELISSIER, *La liberté du travail*, Dr. soc. 1990, p. 19, spéc. p. 20-23 - M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 129.

1898 Les conventions et accords collectifs pouvant aussi prévoir un minimum.

1899 *Cf. supra* n° 10 s.

1900 V. par ex. l'article L. 321-14 C. trav. Voir dernièrement, D. CORRIGNAN-CARSIN, *Licenciement économique et priorité de réembauchage*, RJS 12/00, p. 783.

1901 Art. L. 122-28 C. trav.

1902 Art. L. 212-4-5 C. trav.

le contenu, l'objet de l'acte juridique, et non sur la volonté dans sa formation. Une priorité d'embauche signifie bien qu'en cas d'embauche, tel salarié est prioritaire, mais l'employeur reste maître de la décision d'embaucher[1903].

Il en va de même à propos de l'obligation d'embauche des travailleurs handicapés, des mutilés de guerre et assimilés[1904]. C'est à nouveau la personne du salarié que l'employeur ne pourra pas librement choisir, mais il n'est pas contraint à former un acte juridique, puisqu'il peut choisir de payer une indemnité.

578. - Or, dans le cadre de notre étude ne seront évoquées que les seules atteintes à la liberté de décider, de consentir à la formation d'un acte juridique, peu important son contenu[1905]. Elles sont extrêmement rares en droit commun : les auteurs citent souvent d'une part l'article 661 C. civ. sur l'acquisition forcée de mitoyenneté, et d'autre part la souscription obligatoire d'une assurance de responsabilité[1906]. En outre, la distinction entre le droit du travail et le droit commun provient également de ce que la victime de cette contrainte légale est une personne identifiée, l'employeur, et exclusivement celle-ci. Ce n'est pas le type de relation ou d'acte juridique qui commande la contrainte légale, mais la qualité d'employeur.

B - Illustrations

579. - La diversité des exemples dans lesquels l'employeur est contraint de former un acte juridique rend improbable la réalisation d'une typologie précise et exhaustive. Il faut néanmoins tenter d'exposer les cas les plus illustratifs, en distinguant selon que sont concernées les relations collectives (1) ou les relations individuelles de travail (2).

1903 Certains auteurs notent cependant que le champ d'application des obligations d'embauche ou de réembauche s'élargit en jurisprudence : si l'employeur reste maître de la décision d'embaucher, cette liberté devient en principe illusoire si toute embauche doit être concernée par cette obligation (Cass. soc. 26 janvier 1994, Dr. soc. 1994, p. 277 : l'obligation d'embauche vise aussi les CDD et non pas seulement les CDI). Voir par exemple J. SAVATIER, *La disponibilité d'un emploi en vue d'une réintégration, d'un reclassement ou d'une priorité d'embauche*, Dr. soc. 1999, p. 146, spéc. p. 149, et Cass. soc. 1° mars 2000, Dr. soc. 2000, p. 559, obs. J. SAVATIER.

1904 Art. L. 323-1 C. trav.

1905 Voir également n° 10 s.

1906 J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1 *L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000, n° 125 s., p. 84 s.

1 - Dans les relations collectives de travail

580. - La contrainte pesant sur l'employeur peut porter directement sur la formation d'un acte juridique, ou sur le déclenchement du processus de formation de cet acte.

Dans le premier cas, on peut citer le règlement intérieur[1907], et les différents plans que doit former l'employeur[1908], par exemple le plan social[1909], le plan de sécurité qui peut être imposé à l'employeur par les magistrats[1910], le plan général de coordination en matière de sécurité et de protection de la santé[1911].

Le second cas vise bien évidemment la négociation annuelle obligatoire[1912]. L'employeur doit engager des négociations avec les institutions représentatives du personnel[1913], sous peine de l'incrimination de délit d'entrave[1914]. Il doit donc enclencher le processus de formation de l'acte juridique, étant entendu que cette obligation de négocier n'emporte pas obligation de former un acte juridique : la négociation peut ne pas aboutir[1915]. Le champ d'application de cette obligation recouvre également des négociations plus ponctuelles, telle que celle qui doit être entreprise en vue de conclure un accord de participation[1916].

2 - Dans les relations individuelles de travail

581. - L'employeur est parfois contraint de former un acte juridique avec un salarié individuellement. Cette obligation peut avoir pour objet la

---

1907 S. JEAN, *L'acte unilatéral de l'employeur*, th. Paris I, 1999, p. 25.

1908 S. NEUVILLE, *Le plan en droit privé*, Préface C. Saint Alary Houin, LGDJ 1998, Bibl. dr. priv., t. 296.

1909 Art. L. 321-4-1 C. trav.

1910 Art. L. 263-3-1 C. trav.

1911 Art. L. 235-6 C. trav. Ce plan général est établi à partir de plans particuliers établis par chacune des entreprises intervenant sur le chantier (art. L. 235-7 C. trav.).

1912 Art. L. 132-27 C. trav. Voir R. SOUBIE, *L'obligation de négocier et sa sanction*, Dr. soc. 1983, p. 55 - P. LANGLOIS, *La définition du cadre de la négociation collective annuelle obligatoire*, Dr. soc. 1990, p. 603 - J. SAVATIER, *L'obligation de négociation annuelle dans l'entreprise, quelle sanction ?*, Dr. soc. 1990, p. 154 – P.-H. ANTONMATTEI, *Négociation annuelle obligatoire, actualité jurisprudentielle*, Dr. soc. 2001, p. 252.

1913 Voir l'article L. 132-12 sur l'obligation de négocier au niveau des accords de branche.

1914 Art. L. 153-2 C. trav.

1915 J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000, n° 849, p. 838 - B. TEYSSIE, *Droit du travail, 2-Relations collectives de travail*, Litec, 2° éd. 1993, n° 545, p. 386.

1916 M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK*, t. 7, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989, n° 139, p. 238. Voir TGI Paris 20 février 1995, D. 1999, Somm. 41, comm. C. NICOD (injonction de faire).

conclusion d'un contrat de travail. Ainsi, l'employeur doit recruter un médecin du travail dès lors que le temps minimal que le médecin du travail doit consacrer à l'exercice de ses missions est au moins égal à 169 heures par mois[1917]. Il en va de même en ce qui concerne les infirmiers ou secouristes[1918]. Dans ces hypothèses, l'employeur n'a pas le choix, il est contraint à consentir à la conclusion d'un contrat de travail.

Un autre exemple a récemment disparu : il s'agissait de l'obligation de réembauche dont bénéficiait l'ex-salarié appelé au service national[1919]. Son contrat de travail était en effet alors rompu et à l'issue de sa période sous les drapeaux, il était « *réintégré dans l'entreprise* »[1920]. Il s'agissait d'une véritable réintégration puisque le contrat avait auparavant été rompu[1921], donc d'un acte juridique nécessitant la volonté des deux parties. Cependant, l'employeur n'avait pas réellement le choix car il était contraint de former cet acte juridique. Le salarié bénéficiait en effet d'une obligation d'embauche beaucoup plus contraignante qu'une simple priorité d'embauche[1922]. La rédaction même du texte traduisait cette exigence en employant la forme passive du présent de l'indicatif.

Cette atteinte à la liberté de la volonté de l'employeur appartient cependant au passé, en raison de la suspension de la conscription[1923] . Par ailleurs, la loi du 28 octobre 1997 prévoit dorénavant que le contrat de travail d'un salarié appelé au service national est suspendu et non plus rompu[1924]. Par conséquent sa *réintégration* ne consistera plus en la formation d'un acte juridique et l'employeur n'ayant plus à émettre de volonté, aucune contrainte ne pèsera sur celle-ci.

Il faut remarquer à cet égard que la réintégration d'un salarié après une rupture de son contrat de travail ne constitue pas un exemple d'une obligation de vouloir imposée à l'employeur. Cette réintégration se produit en principe lorsque le licenciement est déclaré nul, quelle qu'en soit la

---

1917 Art. R. 241-2 C. trav.

1918 Art. R. 241-35 s. C. trav.

1919 G. THOMAS, *Le service militaire et le contrat de travail*, RPDS 1974, p. 79 s. : l'auteur mentionne les principales conventions collectives dans lesquelles l'appel au service national ne constituait qu'une cause de suspension du contrat de travail.

1920 Art. L. 122-18, avant sa modification par la loi du 28 octobre 1997.

1921 G. THOMAS, *Le service militaire et le contrat de travail*, RPDS 1974, p. 79.

1922 Cette priorité d'embauche apparaissant néanmoins en cas d'échec de la réintégration : art. L. 122-19 ancien.

1923 En principe, la conscription sera suspendue au plus tard le 31 décembre 2002.

1924 Sur cette distinction, voir J.-M. BERAUD, *La suspension du contrat de travail*, Sirey 1980, p. 67 s.

raison[1925]. Or, le licenciement nul étant censé n'avoir jamais existé, la « *réintégration* » n'est en réalité que la simple continuation du contrat de travail[1926]. Aucun acte juridique n'est donc formé, et par conséquent aucune atteinte n'est portée à la liberté de la volonté de l'employeur puisqu'aucune volonté n'est requise[1927].

582. - L'objet de l'obligation pesant sur l'employeur peut également consister en la modification du contrat de travail. Il en est ainsi lorsqu'il doit reclasser le salarié en lui proposant d'autres emplois : « *dans le cadre de son obligation de reclassement dans l'entreprise, l'employeur doit, en cas de suppressions ou de transformations d'emplois, proposer aux salariés concernés des emplois disponibles de même catégorie, ou à défaut, de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification substantielle des contrats de travail* »[1928].

Il est par conséquent fort possible que l'employeur, pour remplir cette obligation de reclassement, soit obligé de modifier le contrat de travail d'un salarié. Toujours dans le cadre de la modification du contrat de travail, l'employeur ne peut refuser de réduire d'au moins un cinquième le temps de travail d'un salarié après l'expiration d'un congé de maternité ou d'adoption, à certaines conditions[1929].

583. - Enfin, dans le cadre de la rupture du contrat de travail, on peut citer la contrainte exercée sur la volonté de l'employeur en raison du droit à la conversion du salarié : en vertu de l'article L. 321-5 C. trav., l'employeur doit proposer une convention de conversion à chaque salarié concerné par un projet de licenciement pour motif économique[1930].

1925 Violation par exemple des articles L. 521-1 et L. 122-45 C. trav. V. G. COUTURIER, *Les nullités du licenciement*, Dr. soc. 1977, p. 215 - B. GAURIAU, *La nullité du licenciement*, thèse Paris I 1992.

1926 Sur la critique de l'emploi du terme « *réintégration* », voir G. COUTURIER, *Les nullités du licenciement*, Dr. soc. 1977, p. 215, spéc. p. 217, note 25.

1927 Il faut noter que lorsque le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié (art. L. 122-14-4 C. trav.), qui doit alors être acceptée par les deux parties, et l'employeur ne subit aucune contrainte puisqu'il peut parfaitement refuser.

1928 Cass. soc. 8 avril 1992, RJS 5/92, n° 598, p. 339. Voir également, pour l'obligation de reclassement suite à inaptitude : Cass. soc. 24 octobre 1995, Bull. civ. V, n° 283, p. 204. Cette obligation est fortement développée par la jurisprudence : F. GEA, *Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement*, RJS 7-8/00, p. 511 - A. TEISSIER, *L'obligation de reclassement dans le groupe*, JCP 2000, E, p. 1606.

1929 Art. L. 122-28-1 C. trav.

1930 Cass. soc. 6 juillet 1999, D. 1999, jur. p. 667, n. P.-Y. VERKINDT.

584. - La volonté de l'employeur est toujours requise dans ces différentes hypothèses, mais sa liberté fait défaut puisqu'elle est contrainte en vertu de la loi. Cette situation est particulière à l'employeur. Bien sûr, il faut noter que la volonté peut être contrainte en vertu d'un autre acte juridique. C'est ainsi le cas de l'accord de principe qui oblige à débuter des négociations. Dans ce cas, tant le salarié que l'employeur voient leur volonté contrainte[1931]. Mais lorsque cette contrainte émane d'une norme ou de la jurisprudence, seul l'employeur en a la charge.

En l'obligeant à former un acte juridique, le droit du travail contraint l'employeur à enrichir directement le statut protecteur du salarié. En effet, celui-ci, en raison du lien de subordination, de sa dépendance économique, n'aurait sans doute pas pu obtenir de tels engagements de l'employeur par la simple négociation individuelle, voire collective.

* * *

585. - Le droit du travail n'hésite pas à porter atteinte à la liberté et au caractère éclairé de la volonté de l'employeur lorsqu'il est nécessaire de contenir et d'encadrer son pouvoir de direction. Cet objectif justifie également un allégement exclusif de l'obligation de loyauté du salarié.

1931 Voir Cass. soc. 19 décembre 1989, Dr. soc. 1990, p. 149, rapp. P. WAQUET, *L'obligation de négocier : portée d'un accord de principe sur la réduction du temps de travail.* Voir également P. WAQUET, *Le pouvoir de direction et les libertés des salariés*, Dr. soc. 2000, p. 1051, spéc. p. 1053 sur les clauses de révision.

Section II - L'allégement[1932] exclusif de l'obligation de loyauté du salarié

586. - L'obligation de loyauté désigne, « *soit la sincérité contractuelle (dans la formation du contrat), soit la bonne foi contractuelle (dans l'exécution du contrat)* »[1933]. Seul le premier aspect nous intéressera ici[1934]. Il faut constater d'emblée que cette obligation s'applique bien évidemment en droit du travail[1935]. « *Contrat* intuitu personae *par excellence, le contrat de travail exige de la part de chaque partenaire une loyauté quotidienne* »[1936]. Plus précisément, la loyauté va constituer une exigence de formation du rapport contractuel[1937], particulièrement en ce qui concerne la nécessité de principe pour chaque cocontractant de délivrer des informations exactes et complètes lors de la formation d'un acte juridique[1938]. Cette exigence de loyauté, qui n'a pas à être prévue par un texte[1939], impose que tout contractant, l'employeur comme le salarié, doive se comporter loyalement envers son cocontractant.

587. - Or, dans certaines hypothèses, le salarié n'est pas obligé d'adopter un comportement loyal vis-à-vis de l'employeur. Il est dispensé de respecter cette obligation, qui va littéralement disparaître à son encontre.

1932 Pour un emploi de ce terme, v. G. POULAIN, *Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur*, Dr. soc. 1981, p. 754, spéc. p. 757 (« *II. L'allégement de la situation juridique du travailleur* ») - P. LE TOURNEAU, *De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, D. 1987, chron. p. 101.

1933 G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6e éd. 1996, *v° loyauté.*

1934 Sur le second, voir plus particulièrement Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Préface G. Couturier, LGDJ 1989, Bibl. dr. priv., t. 208 - A. TEISSIER, *La loyauté dans les relations individuelles de travail*, Th. Paris II 1997.

1935 V. outre les auteurs précités, notamment D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica 1994, p. 125 - P.-Y. GAUTIER, *Les interactions du droit civil et du droit du travail*, in *Les sources du droit du travail*, sous la direction de B. Teyssié, PUF 1998, p. 129, spéc. n° 150 s., p. 132 s.
Sur la violence, voir *supra* n° 461 s.

1936 J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail,* Dr. soc. 1991, p. 376. V. aussi G. POULAIN, *Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur*, Dr. soc. 1981, p. 754, spéc. n° 12 s., p. 756 s.

1937 D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica 1994, p. 125, spéc. n° 4, p. 127.

1938 Le dol est précisément la sanction d'une déloyauté, v. P.-Y. GAUTIER, *Les interactions du droit civil et du droit du travail*, in *Les sources du droit du travail*, sous la direction de B. Teyssié, PUF 1998, p. 129, spéc. n° 155 s., p. 135 s.
V., évoquant l'obligation de loyauté du contractant dans le cas où il a fourni des renseignements inexacts au moment de l'embauche : Cass. soc. 30 mars 1999, RJS 5/99, n° 626, p. 395.

1939 D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica 1994, p. 125, spéc. n° 4, p. 127.

Plus précisément, il peut ne pas être de bonne foi lorsqu'il lui transmet des informations, ce qui en pratique se traduit par l'omission de révéler certains faits ou par la fourniture de renseignements inexacts. Le salarié va donc, dans ces hypothèses, être totalement dispensé de toute obligation de loyauté.

588. - A l'inverse, l'employeur ne bénéficie pas, quant à lui, d'un tel allégement de son obligation de loyauté. Bien sûr, le salarié ne pourrait lui reprocher par exemple son silence sur des éléments intéressant la stratégie de l'entreprise ou ses secrets de fabrication. Mais cette impunité de l'employeur ne relève pas d'un allégement de son obligation de loyauté, car la loyauté dans la formation de l'acte juridique ne consiste pas à tout se dire mais à se révéler tout ce qui est efficace à la réalisation de l'objet de l'acte juridique. Si la stratégie de l'entreprise doit être portée à la connaissance du salarié parce que celui-ci y est directement intéressé pour l'exécution de ses fonctions, alors l'employeur est fautif de ne pas lui révéler[1940]. Mais jamais l'employeur ne voit disparaître son obligation de loyauté.

Au contraire, le salarié profite d'un réel allégement de son obligation de loyauté du salarié, puisque l'employeur ne peut lui reprocher un éventuel mensonge alors même que l'information lui semblait nécessaire à la bonne exécution du contrat de travail[1941].

589. - Permettant en cela d'assurer une protection efficace du salarié, la jurisprudence et le législateur ont allégé l'obligation de loyauté à la charge du salarié, et de lui seul. En effet, la prise en compte de la personnalité du salarié est très importante pour l'employeur, tant cet aspect personnel[1942] est primordial dans la relation de travail, aussi est-ce facile d'imaginer que les tentatives d'investigations poussées de la part de l'employeur seront beaucoup plus fréquentes que de la part du salarié. Il s'agit alors pour le droit du travail d'empêcher l'employeur de mettre à profit son pouvoir de direction pour s'immiscer dans la vie personnelle du salarié et pour éventuellement prendre des décisions discriminatoires. Cette nécessité de protéger le salarié conduit par conséquent à porter atteinte au caractère éclairé de la volonté de l'employeur[1943], même si cette atteinte

---

[1940] Et plus précisément, l'éventuelle mauvaise exécution par le salarié de sa tâche pourrait ne pas justifier son licenciement.

[1941] Le cas le plus net et le plus illustratif est à cet égard la maternité de la salariée.

[1942] G.-H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, 2° éd. Dalloz 1982, n° 45, p. 54.

[1943] M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 129, spéc. p. 131 : « *dès lors* (...) *qu'on a à faire à des éléments sur lesquels le salarié n'a pas à fournir*

n'est évidemment pas absolue mais est bornée par l'intérêt de l'entreprise. Cependant, le point de conciliation entre l'intérêt de l'entreprise et la protection du salarié semble se situer en faveur de celui-ci.

Ces développements contribuent à expliquer pourquoi le droit du travail ne prévoit aucun allégement de l'obligation de loyauté de l'employeur, son besoin d'une protection spécifique n'étant pas ici constaté. Et la crainte de voir l'employeur adopter une position discriminatoire en fonction des informations fournies par le salarié n'a pu qu'entraîner une intervention significative de la jurisprudence et du législateur, approuvée par la doctrine.

Après avoir précisé le domaine très large dans lequel l'obligation de loyauté du salarié va disparaître, et donc dans lequel un comportement « *déloyal* » du salarié ne sera pas fautif (§1), il faudra présenter les comportements concrets qui sont ainsi autorisés grâce à cet allégement de l'obligation de loyauté du salarié (§2).

§1 - Le vaste champ d'application de l'allégement de l'obligation de loyauté du salarié

590. - Le principe qui gouverne la volonté en droit commun, issu de la théorie de l'autonomie de la volonté, veut que celle-ci soit, entre autres qualités, la plus éclairée possible. L'auteur d'un acte juridique ne doit s'engager qu'en toute connaissance de cause. Ce principe est déjà atténué dans un souci de sécurité contractuelle par les nombreuses conditions de mise en oeuvre des vices de la volonté que sont l'erreur ou le dol. Mais le droit du travail va beaucoup plus loin encore puisqu'une information tue ou déformée par le salarié et qui avait déterminé la volonté de l'employeur, ne constitue pas un comportement déloyal en raison de l'objet de cette

---

d'informations, l'employeur ne peut être admis, ni à invoquer qu'il s'est trompé ou a été trompé sur une qualité qui n'est pas légalement déterminante de son consentement, ni que le salarié est en faute de ne pas lui avoir livré ce renseignement ».

Une erreur n'est pas en principe le résultat d'un comportement déloyal extérieur car elle est le plus souvent spontanée. Même si, dans les hypothèses que nous allons définir, il est indéniable que l'employeur ne serait pas autorisé à invoquer son erreur, nous ne développerons pas ce point en raison de l'absence de contentieux significatif à ce sujet, notamment en raison de l'impossibilité pour l'employeur de mettre en oeuvre son pouvoir disciplinaire et de l'extrême réticence de la jurisprudence à admettre la nullité d'un acte juridique pour erreur de l'employeur. *Cf. supra* n° 531 s. sur le devoir de se renseigner.

information. C'est précisément cet objet, ce domaine de l'information, justifiant un tel traitement d'exception, qu'il faut maintenant définir.

591. - Il est en effet primordial de délimiter les cas dans lesquels l'employeur peut reprocher au salarié de lui avoir fourni des informations incomplètes ou inexactes et ceux dans lesquels un tel reproche est vain. La frontière entre ces deux hypothèses est délicate à tracer, car elle fait notamment appel à des concepts aux contours parfois mal cernés. La loi, la jurisprudence et les auteurs sont cependant intervenus pour donner certaines indications, et la pièce maîtresse du droit positif résulte de la loi du 31 décembre 1992, comportant dans son Titre V des « *dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles* », et instituant notamment l'article L. 121-6 du Code du travail. Ces dispositions ont été adoptées à la suite du rapport de M. G. LYON-CAEN sur « *les libertés publiques et l'emploi* »[1944], qui préconisait l'interdiction de toute subjectivité dans le recrutement du salarié.

592. - Il s'agit à nouveau de marquer le point de conciliation entre les intérêts antagonistes de l'employeur et du salarié. Comme il avait déjà été précisé à propos de la prohibition de la recherche d'information[1945], l'employeur souhaitera disposer du maximum de renseignements fiables sur le candidat à un emploi ou le salarié, et son intérêt est donc que celui-ci soit astreint à une obligation de loyauté la plus large possible. Les arguments financiers, relatifs aux moyens humains et matériels consacrés à un recrutement, et juridiques, relatifs à la liberté pour l'employeur de choisir ses collaborateurs[1946], vont ici encore céder le pas devant la nécessité de protéger le salarié contre une incursion trop profonde de l'employeur dans sa vie personnelle.

593. - Mais ce n'est pas parce qu'un élément participe de la vie personnelle du salarié que l'employeur ne peut jamais exiger un comportement loyal de sa part.

Dans un premier temps, la jurisprudence avait en effet établi un critère plus souple qui avait le mérite de ne pas affecter telle ou telle donnée

---

1944 G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française 1992.
1945 *Cf. supra* n° 546.
1946 Cons. const., D.C. n° 244-88 du 20 juillet 1988, Dr. soc. 1988, p. 760, chron. X. PRETOT, *L'inconstitutionnalité du droit à réintégration du salarié protégé licencié pour faute lourde*, p. 755 ; D. 1989, p. 269, n. F. LUCHAIRE ; JCP 1989, éd. E, II, 15530, n. M. PAILLET.

soit dans la vie personnelle, soit dans la vie professionnelle : par exemple, en 1973, la chambre sociale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre la décision d'une cour d'appel selon laquelle le licenciement d'un salarié fraiseur, qui avait caché son état de prêtre ouvrier, était abusif. La Cour relève que l'employeur ne pouvait « *exiger des renseignements sans rapport direct avec l'emploi sollicité* », et que les renseignements demandés lors de l'embauchage « *avaient pour but de permettre à l'employeur d'apprécier les qualités du salarié en tant qu'ouvrier pour l'emploi sollicité par lui et ne sauraient concerner des domaines sans lien direct et nécessaire avec cette activité professionnelle* »[1947].

Ce critère jurisprudentiel du lien direct et nécessaire avait déjà été proposé par la doctrine[1948] avec celui, synonyme, du rapport direct avec l'emploi offert, et la jurisprudence les a développés à quelques reprises[1949].

Dans un second temps, cette construction progressive d'un critère permettant de poser des limites aux questions de l'employeur, afin d'écarter celles qui ne présenteraient pas les garanties requises pour la protection du salarié, a apparemment été encore approfondie par une décision de la Cour de cassation du 25 avril 1990[1950] : les conseillers ont approuvé les juges du fond d'avoir relevé que le salarié « *n'avait pas l'obligation de faire mention d'antécédents judiciaires* ». Cette affirmation n'était assortie d'aucune restriction, comme si ce domaine était tout entier soustrait à la curiosité légitime de l'employeur, alors qu'avec le critère du lien direct et nécessaire, le silence du salarié n'aurait pas été justifié pour un emploi, par exemple, de manipulateur de fonds[1951].

Cette conception extrêmement large du domaine de l'allégement de l'obligation de loyauté du salarié, si elle a réellement été souhaitée par les magistrats, ce qui reste à prouver, a été freinée par le législateur qui s'est directement inspiré du critère élaboré en 1973 pour élaborer la loi du 31

1947 Cass. soc. 17 octobre 1973, JCP 74, II, 17698, n. Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1974, p. 290, n. J. SAVATIER.

1948 V. notamment J.-M. VERDIER, note sous Cass. soc. 13 mai 1969, JCP 1970, II, 16208 ; M. PETIT, *Les questionnaires d'embauche*, RPDS 1973, n° 335, p. 69.

1949 V. ainsi Cass. soc. 16 avril 1969, Bull. civ. V, n° 229, p. 190 ; Dr. soc. 1969, p. 510, n. J. SAVATIER : « *les renseignements demandés au salarié sur l'appartenance du personnel à des partis politiques extrêmes sont sans rapport avec l'exécution du travail* ».
Cass. soc. 17 mars 1971, Bull. civ. V, n° 216, p. 181 : le fait que la salariée était fiancée et allait se marier constitue une « *circonstance sans rapport avec l'exécution du travail* ».

1950 Cass. soc. 25 avril 1990, D. 1991, jurisp. p. 507, n. J. MOULY.

1951 J. MOULY, précité, spéc. n° 7 - G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française 1992, n° 73, p. 61. V. également l'article D. 751-5 du Code du travail qui impose aux VRP la délivrance du bulletin n°2 du casier judiciaire afin d'obtenir de la préfecture une carte d'identité professionnelle.

décembre 1992, et plus particulièrement l'article L. 121-6 du Code du travail relatif aux informations pouvant être demandées au candidat à un emploi ou à un salarié.

594. - Cette mention des destinataires des questions de l'employeur confère une portée extrêmement large à cet article puisqu'il s'applique non seulement lors du recrutement, en faveur du candidat à un emploi[1952], mais également à tout moment de la relation de travail, l'article L. 121-6 visant également le salarié. Ainsi, l'employeur n'est pas libre de poser les questions qu'il souhaite avant de décider une modification du contrat[1953], par exemple une promotion, ou tout autre acte juridique[1954]. Il est donc très important de bien définir les critères posés par l'article L. 121-6 en raison de sa généralité d'application, qui s'inscrit parfaitement dans la généralité d'opposition entre la situation de l'employeur et celle du salarié. Tout ceci met en exergue le caractère général de l'infléchissement subi par le droit commun quant au régime de la volonté.

Deux aspects se détachent de la rédaction de ce texte, l'un relatif à la finalité de l'information demandée, qui ne soulève guère de problèmes (A), l'autre relatif au lien entre cette information et l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles, qui suscite bien plus d'interrogations et qui souligne tout de même la volonté du droit du travail de préserver l'intérêt de l'entreprise (B).

A - La finalité de l'information

595. - Selon l'article L. 121-6 du Code du travail, les informations demandées « *ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles* ». Sont principalement visées ici les questions relatives aux diplômes, à la formation initiale et continue et à l'expérience professionnelle du salarié, et qui sont bien entendu parfaitement licites.

[1952] Ce qui semble exclure les candidatures spontanées, voir J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »*, Dr. soc. 1993, p. 103, spéc. p. 109.

[1953] O. DE TISSOT, *La protection de la vie privée du salarié*, Dr. soc. 1995, p. 222, spéc. p. 226.

[1954] V. d'ailleurs l'article L. 900-4-1 du Code du travail modifié par la loi du 31 décembre 1992 et qui édicte la même protection au profit du salarié bénéficiaire d'un bilan de compétences.

Dans son rapport, M. G. LYON-CAEN estimait que « *l'évaluation, ayant pour seule finalité la recherche des aptitudes* [du candidat à l'emploi, excluait] *toute investigation portant sur* [sa] *personnalité, sa vie privée, ses droits constitutionnels* »[1955].

Cette position extrême n'a pas été reprise dans la loi puisque celle-ci prévoit l'appréciation de la capacité à occuper l'emploi proposé, ce qui dépasse les seules aptitudes professionnelles : des questions relatives à la personnalité du candidat ou du salarié sont donc possibles, par exemple si elles ont pour but d'apprécier sa capacité à s'intégrer dans une équipe de travail[1956].

Ce critère reste néanmoins subjectif et difficile à contrôler, hormis les abus flagrants. En outre, l'employeur lui-même va, *a priori*, décider de cette finalité[1957]. Ceci explique sans doute pourquoi les réflexions se sont concentrées sur la notion de lien direct et nécessaire.

B - Un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles[1958]

596. - Ce critère apparaît beaucoup plus objectif et contraignant pour l'employeur. S'il dispose certes d'une assez large possibilité de demander des informations eu égard à leur finalité, la capacité à occuper un emploi restant une notion vague, il doit néanmoins pouvoir justifier du lien entre la question posée et l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles, lien qui doit en outre être direct, c'est-à-dire évident, et nécessaire, ce qui semble faire écho à la finalité des informations demandées[1959].

1955 G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française 1992, n° 123, p. 108.

1956 J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »*, Dr. soc. 1993, p. 103, spéc. p. 111, qui cite M. AUBRY : « *on sait bien que pour évaluer les capacités d'encadrement et d'orientation d'une équipe, la personnalité d'un candidat constitue un élément important d'appréciation. Il ne faut donc pas confondre personnalité et vie privée* ». V. également M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 129, spéc. p. 136.

1957 J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »*, Dr. soc. 1993, p. 103, spéc. p. 112.

1958 Afin d'alléger la rédaction et de faciliter la lecture, il sera parfois fait référence au lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé sans que l'hypothèse de l'évaluation des aptitudes professionnelles ne soit mentionnée, bien qu'elle soit toujours sous-entendue.

1959 V. M. DOMINGO, *Synthèse*, Gaz. Pal. 1996, 2, p. 1437, spéc. p. 1439. L'auteur déplore par ailleurs que le législateur ait laissé cette notion dans l'ombre, mais relève que cet inconvénient est également un gage de souplesse pour les tribunaux.

597. - C'est donc ce second critère qui constitue la vraie limitation du droit à l'information de l'employeur et donc le facteur déclenchant de l'allégement de l'obligation de loyauté du salarié. Par exemple, il se peut que l'employeur estime pouvoir demander à un candidat à un emploi s'il aime voyager, dans le but de mieux connaître sa personnalité. Mais si cette information n'a aucun lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé, qui est par exemple exclusivement sédentaire, elle ne pourra pas être demandée, ou plus précisément le salarié pourra ne pas y répondre de bonne foi.

La circulaire d'application de cet article donne quelques exemples d'informations ne présentant pas ce lien direct et nécessaire, par exemple celles qui concernent « *l'état de santé, la vie sexuelle, le logement, la profession des parents ou du conjoint, les loisirs* »[1960].

Il est évidemment impossible, et d'un intérêt limité, de dresser une liste exhaustive des informations qui ne présentent pas ce lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles, car la solution dépend précisément de cet emploi et doit donc être examinée *in concreto*. Il n'en est pas moins utile de proposer quelques pistes. Ainsi, tout ce qui participe des libertés publiques et plus largement de la vie personnelle du salarié ne devrait en principe pas présenter de lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé (1). Cependant, ce principe subit quelques exceptions puisque la démonstration d'un lien direct et nécessaire est parfois possible (2). Ainsi apparaît clairement la préoccupation du droit du travail d'assurer le respect des droits fondamentaux du salarié, mais cette préoccupation trouve sa limite lorsqu'il est indispensable que l'employeur soit correctement informé pour la bonne marche de l'entreprise[1961].

1 - L'absence - de principe - de tout lien direct et nécessaire

598. - Cette absence de lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé est *a priori* évidente lorsque l'information demandée concerne un thème qui ne peut fonder la sélection entre différents candidats sous peine de discrimination. En effet, le droit français énonce un principe général de non discrimination, garanti par les normes supérieures du système juridique,

---

[1960] Circ. DRT n° 93-10 du 15 mars 1993, BOTR 93/10, Dr. trav. avril 1993, Doc.

[1961] M. BUY, *Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise : un conflit de logiques*, in *Les droits fondamentaux du salarié face aux intérêts de l'entreprise*, PUAM 1994, p. 9.

la Constitution et les traités internationaux[1962]. Ces normes imprègnent bien évidemment le droit du travail dont le souci particulier de rejeter toute discrimination et de protéger la vie personnelle du salarié est très net.

Ces thèmes, pour une grande partie énumérés à l'article L. 122-45 du Code du travail, sont l'origine, le sexe, les mœurs, la situation de famille, l'appartenance à une ethnie, une nation ou une race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses ou l'état de santé ou le handicap (sauf inaptitude)[1963]. Il faudrait ajouter également l'état de grossesse, mais la possibilité pour la salariée ou la femme candidate à un emploi de délivrer une information inexacte est alors expressément prévue par le Code du travail[1964], et aucune exception à ce principe ne semble pouvoir être acceptée ici puisqu'il est indiqué qu' « *elle n'est pas tenue* (...) *de révéler son état de grossesse* »[1965].

Dans ces hypothèses, il ne paraît pas possible *a priori* de considérer que de telles informations ont un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles car ce sont des éléments qui y sont totalement extérieurs. Les auteurs ont particulièrement insisté sur le droit pour le salarié de ne pas révéler son état de santé, et notamment depuis le développement de l'épidémie de SIDA[1966].

Néanmoins, les informations concernant le sexe ou la situation de famille du candidat à l'emploi ou du salarié sont sans doute celles qu'il ne semblerait pas irréaliste de permettre à l'employeur de demander[1967]. Dans le premier cas, cet élément est de toute manière difficile à cacher puisqu'en principe, la seule indication du prénom ou un entretien visuel ou oral devrait lever toute ambiguïté. Rares seront donc les hypothèses dans lesquelles le salarié pourrait mentir sur ce point. Dans le second cas, les

---

1962 *Cf. supra* n° 555.

1963 Cette liste est susceptible de s'enrichir. Ainsi, un projet de loi déposé le 12 octobre 2000 vise trois nouveaux motifs de discrimination : le patronyme, l'apparence physique et l'orientation sexuelle. Voir G. LOISEAU, *L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail*, in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI° siècle*, LGDJ 2001, p. 579, spéc. n° 12, p. 590.

1964 Art. L. 122-25 C. trav.

1965 *Cf. infra* n° 607.

1966 V. notamment D. CHARLES, M. MINE, *SIDA et discrimination dans l'emploi*, Dr. ouv. 1997, p. 365, spéc. p. 367 : « *lors du recrutement, le candidat n'est pas tenu de révéler son état de santé et en particulier sa séropositivité* ».
CA Toulouse 21 novembre 1997, Sté Laussuy Messageries/Calvet, CERIT : la rétention d'informations médicales ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement.

1967 En ce sens, v. B. TEYSSIE, *Personnes, entreprises et relations de travail*, Dr. soc. 1988, p. 374, spéc. n° 17, p. 377 - G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Documentation française, 1992, n° 74, p. 63.

déclarations du salarié pourront difficilement être vérifiées par l'employeur, même si des conséquences préjudiciables pour le salarié pourraient l'inciter à ne pas dissimuler la vérité : des prestations peuvent être fournies par l'employeur ou le comité d'entreprise aux enfants du salarié et surtout, ce critère est généralement pris en compte en cas de licenciement pour motif économique, et le salarié ne pourrait alors sans doute pas obtenir une indemnisation de son préjudice s'il est licencié en raison de critères inexacts fournis par lui[1968]. Cependant, le principe reste l'absence de lien entre ce type de questions et l'emploi proposé. Il a ainsi été jugé que la circonstance que la salariée était fiancée et allait se marier était « *sans rapport avec l'exécution du travail* »[1969].

Sous ces deux nuances pratiques, il faut ainsi reconnaître l'absence, en principe, de tout lien direct et nécessaire entre ces informations et l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles, aussi un éventuel mensonge du salarié, pour hasardeux et dangereux qu'il fût, ne saurait lui être reproché. Le salarié est donc protégé au même titre que les autres facteurs de discrimination[1970], pour lesquels la jurisprudence a déjà eu l'occasion de se prononcer, bien avant la loi du 31 décembre 1992. A été ainsi admis un allégement de l'obligation de loyauté du salarié, à propos notamment des opinions politiques ou religieuses du salarié. Dans le premier cas, il a été jugé que « *les renseignements demandés au salarié sur l'appartenance du personnel à des partis politiques extrêmes était sans*

1968 La situation serait différente si le salarié avait menti sur sa situation de famille, par exemple s'il avait prétendu avoir trois enfants à charge, ce qui lui évita d'être licencié pour motif économique. L'employeur, qui n'aurait pas pris la précaution de vérifier les affirmations du salarié, devrait subir les conséquences d'une telle erreur, notamment vis-à-vis de celui qui a été licencié à la place du salarié menteur. Celui-ci devrait néanmoins pouvoir être sanctionné, non pour avoir éventuellement menti au moment de l'embauche, car le lien entre l'exécution du travail et cette information n'apparaît pas réellement direct et nécessaire, mais pour avoir menti ou ne pas avoir rétabli la vérité au cours de l'exécution du contrat de travail ou lors de la procédure de licenciement, où l'information était alors pertinente pour la suite des mesures à prendre et où par conséquent l'employeur était en droit d'attendre du salarié un comportement loyal et plus spécifiquement des réponses de bonne foi à ce type de questions.
V. M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 129, spéc. p. 131, note 20 : « *l'employeur est fondé à demander tous renseignements sur l'état civil du salarié (nationalité et situation de famille, en particulier) et il est en droit d'attendre des réponses exactes lors de l'embauche et, en cours d'emploi, d'être informé des modifications touchant l'état civil du salarié. Ces renseignements, nécessaires à l'employeur pour être en mesure, notamment, de respecter les dispositions propres au travail des femmes ou aux salariés étrangers ou celles relatives aux droits sociaux, ne peuvent pas, pour autant, être utilisés comme motifs de sanction ou d'éviction* ». V. G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Documentation française, 1992, n° 73, p. 62.
Cf. supra n° 561.

1969 Cass. soc. 17 mars 1971, Bull. civ. V, n° 216, p. 181.

1970 B. SAUMADE, *L'obligation de renseignements en droit du travail*, th. Montpellier 1982, n° 47, p. 19.

rapport avec l'exécution du travail » et que par conséquent, le salarié n'avait commis aucune faute en refusant d'y répondre[1971]. De même, dans le second cas, le salarié n'a pu se voir reprocher d'avoir caché son état de prêtre ouvrier, puisque les renseignements pouvant lui être demandés « *ne sauraient concerner des domaines sans lien direct et nécessaire avec cette activité professionnelle* [de fraiseur] »[1972].

599. - Mais l'absence en principe de toute obligation de délivrer une information loyale à la charge du salarié ne saurait se limiter aux seuls cas où la prise en compte de ces renseignements révélerait une attitude discriminatoire de la part de l'employeur. En effet, doivent également être concernées toutes les informations relatives à la vie personnelle du salarié, telle qu'elle est aujourd'hui définie par la doctrine[1973] et la jurisprudence[1974], c'est-à-dire les idées, les activités qu'il pratique publiquement ou secrètement, et qui n'ont en principe aucun rapport avec l'exécution du travail. Par exemple, le salarié n'a pas à informer l'employeur, ou il n'est pas obligé de l'informer correctement, de ses relations familiales, de ses loisirs, de ses activités associatives ou sportives[1975].

Il est alors facile de réaliser qu'une interprétation stricte de l'article L. 121-6 du Code du travail va permettre au salarié, soit de refuser de répondre, soit, ce qui sera beaucoup plus intéressant pour lui, de taire certains éléments voire de mentir sur certains points[1976], sans que cette attitude ne puisse lui être reprochée et alors même que l'employeur a pu attacher à ces éléments de réponse une importance déterminante dans sa prise de décision, donc dans sa manifestation de volonté.

L'exemple des activités associatives ou sportives peut être à cet égard révélateur. Un employeur peut en effet considérer comme extrêmement

---

1971 Cass. soc. 16 avril 1969, Bull. civ. V, n° 229, p. 190 ; Dr. soc. 1969, p. 510, n. J. SAVATIER : le licenciement disciplinaire est donc sans cause réelle et sérieuse.
V. P. BROCHETON, *Vie personnelle et vie professionnelle, l'art de l'équilibre*, Sem. soc. Lamy n° 915, 4 janvier 1999, p. 7, spéc. p. 9.

1972 Cass. soc. 17 octobre 1973, JCP 74, II, 17698, n. Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1974, p. 290, n. J. SAVATIER.

1973 P. WAQUET, *Vie personnelle et vie professionnelle du salarié*, CSBP 1994, n° 64, p. 289 - J.-M. VERDIER, *Interaction entre vie personnelle et vie professionnelle à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise*, Gaz. Pal. 1996, Doctr. p. 1419 - J.-Y. FROUIN, *La protection des droits de la personne et des libertés du salarié*, CSBP 1998, n° 99, p. 123.

1974 Cass. soc. 16 décembre 1997, JCP 1998, II, 10101, n. M.-C. ESCANDE-VARNIOL.

1975 Ces trois derniers éléments figurent souvent dans les *curriculum vitae*.

1976 *Cf. infra* n° 609 s.

positif le dossier d'un candidat à un emploi ou d'un salarié qui s'investit dans ce type d'activités, car elles sont caractéristiques d'un comportement social et sociable qui peut être indispensable à un travail d'équipe. La finalité de l'information est tout à fait acceptable en ce qu'elle permet de mieux cerner la personnalité du candidat à un emploi ou du salarié, ce qui rentre dans les prévisions de l'article L. 121-6 du Code du travail. Et face à plusieurs candidats au parcours professionnel identique, l'employeur pourra se fonder sur ce type d'information dans son choix final, ce qui en révélera le caractère déterminant sur sa volonté[1977]. Pourtant, il semble *a priori* difficile de justifier[1978] d'un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles si ceux-ci ne participent pas du domaine précis des activités pratiquées. Ainsi, bien que l'employeur se soit trompé ou ait été trompé sur un élément déterminant de sa volonté, aucun reproche ne pourra être fait au salarié car l'information demandée ne présente pas ce lien direct et nécessaire exigé par l'alinéa 2 de l'article L. 121-6 du Code du travail.

Néanmoins, si les hypothèses qui viennent d'être étudiées ne constituent pas en principe des informations que le salarié ou le candidat à un emploi a l'obligation de transmettre à l'employeur, un examen plus concret permet de révéler de possibles exceptions.

2 - La possible démonstration du lien direct et nécessaire

600. - Comme le salarié n'est guère en mesure de s'opposer aux investigations de l'employeur, le droit du travail tempère cette subordination et ses conséquences en dispensant le salarié de son obligation de loyauté. Cependant, lorsque, objectivement, il est indispensable que l'employeur soit correctement informé, le salarié est à nouveau astreint à une obligation de loyauté. Il y va en effet de l'intérêt de l'entreprise[1979]. Mais cette possibilité présente un caractère exceptionnel, dérogatoire à la solution de principe car elle s'inscrit à contre-courant de la préservation des intérêts du salarié.

Cette démonstration est donc à la charge et aux risques de l'employeur (a) qui a à prouver concrètement le caractère direct et

---

[1977] Il faut bien sûr supposer que l'employeur n'a pas eu la perspicacité de découvrir les omissions ou les mensonges du candidat ou du salarié, par exemple lors d'un entretien.

[1978] Cette démonstration sera à la charge de l'employeur, *cf. infra* n° 601.

[1979] *Cf. supra* n° 30. Voir M. BUY, *Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise : un conflit de logiques*, in *Les droits fondamentaux du salarié face aux intérêts de l'entreprise*, PUAM 1994, p. 9.

nécessaire de ce lien entre les informations demandées et l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles (b).

a - La charge et le risque de la preuve

601. - Plusieurs arguments peuvent être avancés selon lesquels l'employeur a la charge et le risque de la preuve de ce lien direct et nécessaire.

En pratique, c'est l'employeur qui reproche au salarié une omission ou un mensonge, en invoquant soit une faute justifiant une sanction voire un licenciement, soit un vice de sa volonté.

La jurisprudence a mis un terme à la possibilité pour l'employeur de se prévaloir d'un comportement déloyal du salarié lors de l'embauche pour justifier une sanction ou un licenciement disciplinaire. Pour que la faute soit retenue, l'employeur devra en effet prouver que le salarié « *n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté* »[1980]. Cependant, lorsque cette possibilité était admise, dans le cadre de la procédure disciplinaire, l'article L. 122-43 du Code du travail imposait à l'employeur de « *fournir au conseil de prud'hommes les éléments qu'il a retenus pour prendre la sanction* ». Il devait donc établir que le salarié n'avait pas répondu de bonne foi aux informations demandées. Ainsi, l'employeur devait prouver le lien direct et nécessaire entre ces renseignements et l'emploi proposé. Il faut noter que le conseil de prud'hommes peut ordonner les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Quant au risque de la preuve, il est expressément prévu qu'il pèse sur l'employeur puisque l'article L. 122-43 du Code du travail énonce que « *si un doute subsiste, il profite au salarié* ».

Dans le cas d'une action en nullité pour vice de la volonté, ce qui semble constituer actuellement la seule possibilité pour l'employeur de faire sanctionner une déloyauté du salarié, en l'absence de dispositions spécifiques du Code du travail, il faut se référer au principe général posé par l'article 1315 du Code civil[1981]. Aux termes de cet article, le créancier d'une obligation doit en prouver l'existence alors que le débiteur doit en

---

[1980] Cass. soc. 30 mars 1999, RJS 5/99, n° 626, p. 395 ; JCP 1999, G, p. 1994, n. J. MOULY.

[1981] « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.*
Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

prouver l'exécution[1982]. Ce dernier point n'est guère soulevé en jurisprudence. En effet, la méconnaissance d'une obligation de répondre de bonne foi aux questions posées est très souvent déduite des circonstances, par exemple lorsque le *curriculum vitae* est falsifié ou que certaines réponses dans un questionnaire d'embauche sont inexistantes ou inexactes. En réalité, le débiteur de l'obligation de loyauté, ici le salarié, ne contestera pas vraiment l'inexécution de cette obligation, mais situera plutôt le litige sur l'existence de cette obligation, soutenant qu'en l'espèce cette obligation de répondre de bonne foi n'existait pas car le contexte était précisément celui d'un allégement de l'obligation du salarié.

Comme c'est le créancier qui doit prouver l'existence de l'obligation de loyauté[1983], c'est donc, selon le droit commun de la preuve, à l'employeur de prouver que le salarié est réellement débiteur d'une telle obligation[1984]. Dans cette optique, il revient à l'employeur de prouver l'existence de l'obligation pour le salarié de répondre de bonne foi aux questions posées, ce qui ne peut concerner que des informations présentant le lien direct et nécessaire exigé à l'article L. 121-6 du Code du travail. L'employeur aura donc la charge de cette dernière démonstration. C'est d'ailleurs un processus similaire qui s'applique aujourd'hui en matière de discrimination[1985].

Au surplus, il faut rappeler que la bonne foi est toujours présumée (article 2268 du Code civil). Il appartient donc à l'employeur de prouver la mauvaise foi du salarié, ce qui, en cas de renseignement inexact de sa part, revient à devoir prouver l'absence de lien direct et nécessaire.

1982 M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 535, p. 427.

1983 V. sur le cas plus spécifique de l'obligation d'information : M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 535 s., p. 427 s. - Y. BOYER, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat,* th. Aix-Marseille 1977, n° 314 s., p. 432 s.

1984 Par la suite, une fois l'existence de l'obligation de répondre de bonne foi établie, c'est au débiteur, c'est-à-dire le salarié, de prouver son exécution correcte (M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 543, p. 430). Une telle preuve par le salarié s'avérera difficile car le contexte du droit du travail incite plus, on l'a vu, le salarié à mentir qu'à ne pas divulguer une information. Par ailleurs, les informations étant demandées par l'employeur, le salarié doit y répondre, ce qui en pratique se fera souvent par écrit (CV, questionnaire d'embauche) dès que l'information présentera une certaine importance pour l'employeur (ou tout au moins celui-ci demandera une confirmation ou une preuve de cette information).

C'est pourquoi l'enjeu essentiel pour le salarié est de situer le débat sur le terrain de l'existence de l'obligation, et non sur celui de son exécution, où par hypothèse, il est dans une situation plus difficile.

1985 *Cf. supra* n° 555.

Quant au risque de la preuve, ici aussi il paraît logique que celui qui en a la charge en assume les risques[1986].

Enfin, en dehors de toute considération de la sanction du comportement du salarié envisagée par l'employeur, il faut noter que la rédaction même de l'article L. 121-6 du Code du travail incite à considérer que l'employeur doit assumer la charge et le risque de la preuve du lien direct et nécessaire. En effet, les informations sont demandées à l'initiative de l'employeur, le salarié se contentant d'y répondre. C'est donc l'employeur qui, *a priori*, va estimer que les renseignements demandés peuvent l'être[1987], et dès lors, en cas de contestation, il doit en apporter les éléments de preuve. C'est d'ailleurs la position adoptée par M. G. LYON-CAEN, plus spécifiquement à propos de la validité de la méthode de collecte de l'information[1988] mais qui semble transposable au processus général de recrutement ou d'évaluation, et selon laquelle « *il n'est pas contraire aux principes du droit d'exiger de celui qui veut soumettre une tierce personne à une épreuve, qu'il supporte la charge de prouver que cette épreuve apporte des connaissances sûres sur les aptitudes du candidat* »[1989].

b - La caractérisation du lien direct et nécessaire

602. - La preuve de ce lien n'est pas difficile à apporter lorsque l'information demandée a un lien évident avec l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles. Ainsi, des questions sur l'expérience professionnelle du candidat à l'emploi ou du salarié, sur sa formation initiale ou continue, sur ses diplômes[1990] appellent des réponses

---

1986 J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4e éd. 1994, n° 645, p. 616.

1987 V. en parallèle, à propos de l'article L. 121-6 alinéa 1, J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »*, Dr. soc. 1993, p. 103, spéc. p. 111 : « *l'emploi du terme finalité rend ce premier alinéa peu contraignant pour l'employeur, qui en décide* a priori ».

1988 *Cf. supra* n° 569 s.

1989 G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Documentation française, 1992, n° 126, p. 110.

1990 CA Poitiers 18 février 1997, Melani/Régie du Sieds, CERIT.
Sur la possible communication d'un relevé de notes « *dans les matières qui peuvent avoir un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé* », mais pas du dossier scolaire du candidat car il peut comporter des renseignements confidentiels : rép. min., JO, déb., Ass. nat., Q., 16 mars 1987 ; Dr. ouv. 1987, p. 267 (v. déjà Rép. min. quest. écrite n° 31404 du 26 mai 1980, JO, Q., Ass. nat., 28 juillet 1980, p. 3228).
CA Angers, 1° juillet 1986, Bull. soc. F. Lef. 11/86, inf. 1280, p. 483 : commet une faute grave le salarié qui a faussement indiqué dans son CV être titulaire de certains diplômes et qui a menti sur son expérience passée.

correctes de sa part. Il en va de même pour des renseignements que le salarié serait en tort de ne pas fournir alors même que l'employeur ne l'a pas questionné à ce sujet. Si une telle obligation d'information est mise à la charge du salarié, c'est que, *a fortiori*, l'employeur peut se renseigner à ce sujet. L'exemple le plus net est bien sûr la nécessaire révélation par le candidat à un emploi de l'existence d'une clause de non concurrence qui le lie avec son précédent employeur. Dans le cas contraire, le licenciement du salarié pour faute grave serait justifié[1991].

603. - Beaucoup plus délicate à apporter est la preuve d'un tel lien direct et nécessaire lorsque l'information présente une relation moins évidente avec l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles. L'enjeu est extrêmement important pour l'employeur puisqu'il supporte la charge et surtout le risque de cette preuve. S'agissant d'un fait juridique, celle-ci peut être apportée par tout moyen et surtout l'existence de ce lien direct et nécessaire va être examinée *in concreto*[1992].

604. - En effet, il n'est pas possible de décider *a priori* que telle information demandée ne présente pas de lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles. Tout dépend en réalité de la nature de l'emploi proposé et des fonctions auxquelles est appelé le salarié. Pour apprécier la pertinence des renseignements attendus par l'employeur, les juges doivent se livrer à un examen au cas par cas des circonstances du litige.

Par conséquent, il se peut que l'employeur puisse poser des questions sur des domaines dont il a été avancé plus haut qu'ils ne présentaient en principe aucun lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles. Par exception à ce principe, dans

---

CA Montpellier 18 janvier 2000, RJS 5/00, n° 492, p. 347 : le salarié avait fallacieusement indiqué que son inscription à l'ordre des pharmaciens, nécessaire pour exercer cette activité, était en cours. Cette information présente bien un lien direct et nécessaire car selon l'article R-5010 C. s. publ., aucun pharmacien assistant ne peut exercer cette fonction s'il n'est inscrit à l'ordre des pharmaciens. L'employeur était donc en droit d'attendre une information loyale de la part du candidat à l'emploi.

CA Bourges 31 mai 1996, Fistarolo/ Sté Intermarché, CERIT : la possession du permis de conduire avait un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé (livreur).

[1991] Cass. soc. 10 février 1965, Bull. civ. IV, n° 118, p. 96 - Cass. soc. 23 mars 1977, Bull. civ. V, n° 227, p. 179.

[1992] M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 129, spéc. p. 132, qui évoque un *intuitus personae* « *individualisé* » à propos de la possibilité de licencier un salarié pour un motif dont la prise en compte est *a priori* prohibée par la loi. V. également G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Les conditions de la responsabilité*, 2° éd. 1998, LGDJ, n° 462 s., p. 350 s. : « *la méthode employée par les tribunaux pour définir les devoirs extra-contractuels* (*appréciation* « in concreto » *ou* « in abstracto ») ».

des circonstances très précises, l'employeur peut attendre du candidat à un emploi ou du salarié des réponses correctes et complètes à ses interrogations, quand bien même seraient concernées la vie personnelle du salarié et ses libertés publiques[1993].

605. - De telles exceptions sont plus ou moins fréquentes. On peut ainsi citer l'exemple du logement. La circulaire du 15 mars 1993[1994] l'exclut mais il semble possible de le prendre en compte si le salarié doit assurer une présence plus ou moins permanente à son travail ou s'il s'engage à pouvoir intervenir très rapidement auprès de la clientèle d'une certaine zone géographique. Un lien direct et nécessaire peut alors être constaté entre l'emploi proposé et l'information demandée[1995].

Est encore plus délicate la question de l'âge du salarié qui constitue une information dont la pertinence peut souvent être admise : un travail impliquant un certain esthétisme corporel (danseur, acteur, etc.) pourrait être destiné par l'employeur à un candidat d'un âge bien précis[1996].

Plus généralement, la prise en compte de l'âge est certainement un élément d'évaluation des aptitudes professionnelles du salarié[1997] ; il est sans doute logique qu'un employeur ne souhaite pas toujours confier un poste à très haute responsabilité et nécessitant un caractère et une autorité significatifs pour diriger une équipe, à un candidat trop jeune. En réalité, l'appréciation de son âge sera liée à l'appréciation de son expérience professionnelle.

Il faut par ailleurs noter que l'article L. 311-4 du Code du travail interdit la publication d'une offre d'emploi comportant une limite d'âge supérieure. Si une telle limite est imposée, ce texte renforce la possibilité pour le salarié de mentir sur son âge, car il se complète avec l'article L. 121-6.

1993 Même si cette exception semble ne jamais pouvoir être justifiée en ce qui concerne l'appartenance à une ethnie ou à une race, ni en ce qui concerne les activités syndicales du salarié.

1994 Circ. DRT n° 93-10 du 15 mars 1993, BOTR 93/10, Dr. trav. avril 1993, Doc.

1995 J. SAVATIER, *La liberté dans le travail*, Dr. soc. 1990, p. 49, spéc. p. 58.

1996 Il faut par ailleurs noter que l'âge est, au même titre que le sexe, une information dont l'employeur peut facilement avoir connaissance sans réellement procéder à une enquête très détaillée. On imagine mal, par exemple, un candidat refusant de produire au recruteur son permis de conduire comme preuve de sa détention. Or, le permis comporte la date de naissance de son titulaire.

1997 V. un arrêt ancien dans lequel le dol du salarié sur son âge a entraîné la nullité du contrat de travail et donc l'inapplication de la loi du 9 avril 1898 sur le risque professionnel : Cass. req. 2 décembre 1901, DP 1902, I, p. 403, rapport ALPHANDERY.

En effet, l'employeur aurait alors du mal à justifier d'un lien direct et nécessaire entre l'âge du salarié et l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles sauf lorsque la condition d'âge est expressément prévue par les dispositions législatives ou réglementaires, tel que le prévoit l'article L. 311-4[1998].

En dehors de ces hypothèses, l'interdiction par l'article L. 311-4 va en fait réputer sans lien direct et nécessaire la question posée par l'employeur sur l'âge du candidat à un emploi ou du salarié. La mention d'une limite d'âge étant illicite, il faut en déduire que le rejet d'une candidature pour dépassement de cette limite est abusif. Il en résulte donc, pour plus d'efficacité, l'interdiction faite à l'employeur de rechercher cette information, ce qui, en pratique et en l'absence de sanction spécifique, revient à ne pouvoir reprocher à un salarié d'avoir dissimulé son âge réel[1999].

606. - L'analyse *in concreto* est encore plus marquante lorsque les informations demandées relèvent des libertés publiques du salarié ou de la protection contre les discriminations. Il aurait pu sembler en effet *a priori* logique de considérer que l'allégement de l'obligation de répondre de bonne foi à la charge du salarié dans ces hypothèses soit absolue dans le but d'assurer la protection la plus efficace contre de telles discriminations. En réalité, des exceptions sont toujours possibles que les juges apprécient au cas par cas. Le souci de préserver les intérêts du salarié doit en effet se concilier avec l'intérêt de l'entreprise, dès lors que l'employeur en apporte la preuve. Quelques exemples vont illustrer brièvement cette conciliation[2000].

En premier lieu, l'information sur la nationalité du salarié ou du candidat peut présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé lorsque celui-ci est réservé par la loi aux Français ou aux ressortissants de l'Union Européenne[2001]. Par ailleurs, la réglementation relative aux cartes de

---

1998 V. pour l'âge d'admission au travail, les articles L. 211-1 et s. C. trav. V. également les conditions d'âge imposées pour la conclusion notamment des contrats de formation par alternance (art. L. 980-1 : tout jeune de 16 à 25 ans) ou des contrats emploi jeune (art. L. 322-4-19 : jeunes de 18 à moins de 26 ans).

1999 Par exemple, si une offre d'emploi mentionne un âge limite de 32 ans, un salarié de 35 ans pourrait vraisemblablement se faire recruter en mentant sur son âge réel, du moins si l'employeur ne vérifie pas sérieusement l'information ainsi donnée. Ultérieurement, la découverte par l'employeur de la supercherie ne pourrait pas être invoquée par celui-ci.
CA Metz 21 octobre 1991, Outouchent/Sollac, CERIT : le salarié avait indiqué être né en 1942, au lieu de la véritable date (1936). Le licenciement sur ce motif est sans cause réelle et sérieuse.

2000 V. sur la situation de famille du salarié, son sexe, sa nationalité, B. TEYSSIE, *Personnes, entreprises et relations de travail*, Dr. soc. 1988, p. 374, spéc. n° 17, p. 377.

2001 Cette réglementation est surtout présente dans la fonction publique et pour des emplois sensibles (recherche ou défense nationale). Le secteur privé est bien moins concerné. A titre

séjour et aux permis de travail oblige l'employeur à se renseigner sur la situation des salariés[2002].

Il en ira de même en second lieu de l'information sur le sexe du candidat à l'emploi. Le lien direct et nécessaire est en effet caractérisé lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'emploi : ainsi en est-il des « *artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin soit un rôle masculin ; mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ; modèles masculins et féminins* »[2003]. Il en ira de même, mais uniquement en ce qui concerne le sexe féminin lorsque l'emploi proposé est interdit aux femmes. Ces travaux interdits sont prévus notamment par l'article L. 234-2, qui renvoie aux articles R. 234-8 et suivants, et par l'article L. 711-3 du Code du travail[2004].

Par ailleurs, un emploi qu'une femme serait normalement autorisée à effectuer ne pouvait lui être affecté s'il était exercé de nuit, en vertu de l'article L. 213-1 du Code du travail. Cependant, cette dernière hypothèse est appelée à disparaître en raison de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes qui a régulièrement condamné la France[2005]. Par conséquent, l'information relative au sexe du salarié dans ce dernier cas ne présentera plus ce lien direct et nécessaire, s'il est seulement lié au travail de nuit.

En troisième lieu, l'information relative aux opinions philosophiques, religieuses ou politiques pourrait présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé dans les entreprises de tendance[2006], dans lesquelles

---

d'exemple pourrait-on citer les cercles et casinos (Loi n° 93-1420 du 31 décembre 1993, art. 1°). Voir N. GUIMEZANES, Juris-Cl. Dr. internat. privé français, Fasc. 525-B-2, *Conditions des étrangers en France, Droits professionnels, professions salariées*, novembre 1994, n° 157 et s.

2002 Art. L. 341-6 C. trav. ; M.-C. BONNETETE, M.-F. CLAVEL, *Le recrutement des salariés, la conclusion du contrat de travail*, Liais. soc. 1991, n° 11054, n° spécial, p. 25.

2003 Art. R. 123-1 C. trav. Voir K. BERTHOU, *Sur les discriminations positives (CJCE 28 mars 2000, Badeck)*, Dr. soc. 2000, p. 901, spéc. p. 907, et l'article 2 (2) de la Directive CE 76/207 du 9 février 1976 relative à l'égalité de traitement entre homme et femme.

2004 « *L'emploi du personnel de sexe féminin est interdit dans les travaux souterrains des mines et carrières* ».

2005 CJCE 25 juillet 1991, D. 1991, p. 443, n. J.-G. HUGLO ; Dr. soc. 1992, p. 174, n. M.-A. MOREAU - CJCE 13 mars 1997, RJS 4/97, n° 493, p. 319.

2006 Dans lesquelles « *il n'est guère question de ne tenir compte que de la stricte aptitude professionnelle du candidat* », J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »*, Dr. soc. 1993, p. 103, spéc. p. 111 - J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, p. 376, spéc. p. 382 - G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Documentation française, 1992, n° 70 - M. COUFFIN-KAHN, *La place des convictions religieuses du salarié lors de l'exécution de son contrat de travail*, Dr. ouvr. 1999, p. 228, spéc. p. 230 : « *Un salarié qui a des convictions religieuses n'est pas obligé de les révéler à son employeur. Sont bien évidemment*

l'organisation est finalisée à atteindre des buts notamment politiques, syndicaux, confessionnels, de charité, éducatifs[2007]. Il appartiendrait alors aux magistrats d'apprécier si ce renseignement est justifié par les fonctions proposées, notamment si elles appellent une certaine communion de pensée avec l'employeur.

Enfin, le même raisonnement pourrait s'appliquer à propos de l'état de santé et de l'aptitude physique du salarié dans le cas de travaux nécessitant certains efforts corporels ou pouvant être nuisibles à la santé. Seulement dans ce cas et afin de mieux assurer la protection du salarié, ce n'est pas l'employeur qui pourra se renseigner directement mais la loi a dévolu ce rôle au médecin du travail, notamment lors de la visite médicale d'embauche[2008], et qui est lié par le secret médical[2009].

607. - Si toutes ces hypothèses expriment une conciliation entre la protection du salarié et la préservation de l'intérêt de l'entreprise, cette prise en compte de l'intérêt de l'entreprise peut parfois être totalement rejetée par le droit du travail. En effet, l'exigence du lien direct et nécessaire n'est posée dans le Code du travail que par l'article L. 121-6, dont la portée est certes très vaste mais qui va cependant se heurter à un autre texte plus spécifique, l'article L. 122-25 du Code du travail relatif au droit pour la salariée ou la candidate à un emploi de ne pas révéler son état de grossesse. Cette disposition ne comporte aucune exception et il faut en déduire que le droit au silence et au mensonge est ici absolu et ne cédera pas, quand bien même la maternité présenterait un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé. Et c'est effectivement en ce sens que s'est orientée la

---

exclues ici les entreprises à finalité religieuse, appelées plus généralement entreprises de tendances ». Voir dernièrement J. SAVATIER, *Liberté religieuse et relation de travail*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI° siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz 2001, p. 455.

V. cependant P. WAQUET, *Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance*, Gaz. Pal. 1996, 2, p. 1427, spéc. p. 1430 : « *Ce que* [le salarié] *pense au fond de lui-même, ce qu'il croit, et ce qu'il souhaite, nul employeur ne peut exiger de le connaître et encore moins de l'orienter* ».

[2007] Telles qu'elles sont définies en droit allemand. En droit français, cette notion est exclusivement doctrinale (V. M. COUFFIN-KAHN, *La place des convictions religieuses du salarié lors de l'exécution de son contrat de travail*, Dr. ouvr. 1999, p. 228, spéc. note 4) et désigne les associations, syndicats ou groupements « *dans lesquels une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique est expressément prônée* » (P. WAQUET, *Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance*, Gaz. Pal. 1996, 2, p. 1427).

V. également J. SAVATIER, *La liberté dans le travail*, Dr. soc. 1990, p. 49, spéc. p. 54.

[2008] Art. R. 241-48 s. V. A. ETIENNOT, *L'altération de la santé, d'origine non professionnelle, en droit du travail*, th. Lyon III, 1996, p. 91 s. - B. TEYSSIE, *Personnes, entreprises et relations de travail*, Dr. soc. 1988, p. 374, spéc. n° 19, p. 378.

[2009] G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Documentation française, 1992, n° 79, p. 70 - J. SAVATIER, *Le médecin du travail et le sort du salarié*, Dr. soc. 1987, p. 604.

jurisprudence, puisque dans un arrêt du 2 février 1994[2010], la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir estimé que la réticence de la salariée ne constituait pas un dol.

En l'espèce, le poste proposé était un emploi de chimiste qui, en raison des nombreuses manipulations de produits chimiques et toxiques, était fortement déconseillé aux femmes enceintes. Le médecin du travail ayant recommandé la mutation de la salariée, l'employeur décide de rompre de manière anticipée le contrat de travail conclu à durée déterminée. Il n'est guère discutable qu'un lien direct et nécessaire était établi entre la question de la maternité de la candidate à un emploi et l'emploi proposé. Néanmoins, l'article L. 122-25 du Code du travail n'y faisant pas référence, et le caractère spécifique de ce texte devant sans doute prévaloir sur une disposition plus générale, en application de la règle *speciala generalibus non derogant*, l'omission de la salariée n'a pu lui être reprochée puisque sa protection est ici absolue et la rupture unilatérale anticipée a été jugée abusive[2011].

608. - Cet examen n'est pas exhaustif et l'enseignement principal qu'il faut en tirer réside dans la possibilité pour l'employeur de demander des informations sur presque tous les sujets[2012], du moment qu'il peut justifier d'un lien direct et nécessaire dont l'appréciation doit être effectuée

---

[2010] Cass. soc. 2 février 1994, Bull. civ. V, n° 38, p. 29 ; Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 144, obs. critiques de P.-Y. GAUTIER ; RJS 3/94, n° 246, p. 182.

[2011] V. P.-Y. GAUTIER, obs. sous Cass. soc. 2 février 1994, Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 144, spéc. p. 145 : « *l'arrêt commenté est excessif dans la « sur-protection » accordée à la chimiste, car s'il fait jurisprudence, il implique que les employeurs sont désormais tenus d'embaucher les femmes enceintes, pour exercer des emplois dangereux*, purement théoriques, *dès lors que, comme en l'espèce, la* mutation *très rapide à un autre poste sera inéluctable. De ce point de vue, il n'est pas normal que la femme enceinte se fasse engager pour occuper un poste qu'elle sait pertinemment ne pas pouvoir assurer* ».

V. déjà, mais le poste, aide-comptable, n'était pas incompatible avec l'état de grossesse de la salariée, et la solution présentait dès lors une force moindre : Cass. soc. 23 février 1972, Bull. civ. V, n° 152, p. 143.

Voir également CJCE, C-207/98, du 3 février 2000, RJS 5/00, n° 602, p. 413 : il ne peut être refusé « *d'engager une femme enceinte pour un emploi à durée indéterminée au motif qu'une interdiction légale de travail attachée à cet état fait obstacle, pour la durée de sa grossesse, à ce qu'elle occupe, dès le départ, ledit emploi* ».

V. cependant, avant que l'arrêt de 1994 ne soit rendu, la position contraire défendue par M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221, n° 180, p. 144 : il peut « *logiquement être fait obligation à la femme de réveler son état de grossesse, lorsque celui-ci peut avoir une incidence sur les conditions d'exécution du travail* ». V. aussi B. SAUMADE, *L'obligation de renseignements en droit du travail*, th. Montpellier 1982, n° 177, p. 93.

[2012] Hormis le cas spécifique et résolu de la maternité de la salariée, il semble difficile d'imaginer la pertinence d'une information relative à la race, à l'ethnie ou aux moeurs du candidat à un emploi ou du salarié. De même, ses activités syndicales ne devraient jamais pouvoir être demandées. V. B. TEYSSIE, *Personnes, entreprises et relations de travail*, Dr. soc. 1988, p. 374, spéc. n° 8 s., p. 376 s.

in concreto en fonction des circonstances de chaque espèce. Mais le curseur de la conciliation entre la protection du salarié et la préservation de l'intérêt de l'entreprise reste positionné plus près de la protection du salarié. Le principe reste ainsi la protection des droits et libertés fondamentaux et de la vie personnelle du salarié, ce qui dispense le salarié de son obligation de loyauté. Il reste donc à préciser les comportements déloyaux qui sont ainsi concrètement autorisés par le droit du travail.

§2 - Les comportements déloyaux autorisés

609. - En raison de la disparition de l'obligation de loyauté à la charge du salarié, l'employeur n'est pas autorisé à être correctement informé. Cette limitation dans ses droits, qui peut conduire à la formation d'un acte juridique alors que sa volonté n'est pas à ses yeux suffisamment éclairée, se matérialise, non pas par l'interdiction de la recherche d'information, comme dans les hypothèses où cette quête serait elle-même prohibée ou caractériserait une discrimination[2013], mais par une diminution, qualitative et quantitative, de son exigence possible de loyauté de la part du salarié, qui, corollairement, verra son obligation de loyauté allégée, même s'il faut préciser que ces différents enjeux se recouperont souvent pour un même type d'information[2014].

Il s'agit donc bien d'un obstacle à l'action de l'*errans*, c'est-à-dire un mécanisme qui empêchera une personne, dont il est d'ores et déjà constaté que la volonté n'était pas suffisamment éclairée, d'agir contre le responsable de cette carence. Le raisonnement sera en effet toujours le même : l'employeur découvre que le salarié lui a fourni un renseignement inexact. Il va donc invoquer un dol (la mise en oeuvre de son pouvoir disciplinaire à l'encontre du salarié apparaissant impossible sur ce seul motif[2015]), et celui-ci va se défendre en invoquant l'inexistence, dans ce cas précis, de son obligation de loyauté.

En pratique, deux attitudes du salarié sont concernées. Soit il décide de se taire ou de mentir à propos d'une information qui lui est demandée (A), soit il adopte ce comportement de manière spontanée (B).

[2013] *Cf. supra* n° 547 s.

[2014] Par exemple, l'employeur ne pourra demander au salarié son affiliation syndicale, ni lui reprocher une réponse déloyale à ce sujet.

[2015] Sur la dichotomie entre ces deux actions possibles, voir Cass. soc. 30 mars 1999, RJS 5/99, n° 626, p. 395 ; JCP 1999, G, p. 1994, n. J. MOULY. *Cf. supra* n° 601.

A - Une réponse inexacte ou incomplète

610. - La possibilité pour le salarié de ne pas répondre de bonne foi aux questions posées par l'employeur résulte donc de ce que celui-ci n'a pas à être informé de certaines données confidentielles ou sans lien avec l'emploi proposé et les tâches à accomplir[2016].

Lorsque la question de l'employeur porte sur un domaine pour lequel il n'est pas autorisé à s'informer et pour lequel le salarié voit par conséquent son obligation de loyauté disparaître, la réponse que ce dernier va fournir peut ne pas être de bonne foi, sans que l'employeur ne puisse le reprocher au salarié. Cette faculté pour le salarié de ne pas répondre de bonne foi est déjà ancienne, puisque le législateur avait ainsi posé un principe similaire pour protéger la salariée enceinte[2017] et la jurisprudence avait également déjà consacré cette possibilité[2018]. Elle a été confirmée par la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992, qui a notamment créé l'article L. 121-6 du Code du travail précisant la finalité et le lien avec l'emploi proposé des informations demandées à un candidat à un emploi ou à un salarié. Si ces conditions sont remplies, celui-ci « *est tenu d'y répondre de bonne foi* ». Il est évident que l'obligation de loyauté s'impose en principe au salarié, mais il est strictement encadré. *A contrario*, des questions sans lien direct et nécessaire avec l'emploi ou dont la finalité professionnelle serait douteuse permettraient à leur destinataire d'y répondre de mauvaise foi, c'est-à-dire, en pratique, de taire certains éléments de réponse ou de mentir[2019].

611. - En premier lieu, cette réponse « *déloyale* » du salarié peut consister en un refus de répondre, ou en une réponse incomplète. Mais en

---

[2016] Sur ces différents critères, *cf. supra* n° 590 s.

[2017] Loi du 11 juillet 1975, art. L. 122-25 C. trav.

[2018] Cass. soc. 17 octobre 1973, JCP 74, II, 17698, n. Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1974, p. 290, n. J. SAVATIER. V. également Cass. soc. 23 avril 1960, Bull. civ. IV, n° 380, p. 297 : le salarié avait faussement prétendu être aspirant de réserve. La Cour de cassation raisonne sur le caractère déterminant de l'erreur mais remarque également que l'employeur n'avait subi aucun préjudice, car le mensonge n'avait eu aucune influence sur ses capacités et son rendement. C'est sans doute là l'ébauche du critère du lien direct et nécessaire car on pourrait, par un raisonnement *a contrario*, estimer que si la réponse à une question ayant un tel lien a des conséquences sur la bonne exécution du contrat, un mensonge qui n'a pas une telle incidence n'a pu être formulé qu'en réponse à une question sans lien avec l'emploi proposé.

[2019] J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »*, Dr. soc. 1993, p. 103, spéc. p. 113.

pratique, un tel comportement peut être risqué pour le destinataire de la question, surtout s'il est candidat à un emploi[2020].

Certes, si le contrat de travail est néanmoins conclu, l'employeur ne pourra invoquer le caractère dolosif de l'information recelée, ni le caractère fautif du silence ainsi gardé[2021], s'il découvre ultérieurement la vérité, mais il se peut simplement que, face au refus du salarié de répondre, l'employeur se méfie et préfère ne pas l'embaucher . Le salarié est alors sans recours sauf à prouver une faute de l'employeur ou une éventuelle discrimination avec les aléas de preuve[2022] et d'indemnisation[2023] que ces actions impliquent. Par conséquent, le salarié est sans doute tenté de répondre aux questions posées même les plus indiscrètes et les plus choquantes[2024], mais dans un sens dont il pressent qu'il ne le desservira pas.

612. - C'est pourquoi, en second lieu, la réponse du salarié consiste bien plus souvent en un mensonge qu'en un silence.

Ainsi, il pourrait être amené à nier une appartenance syndicale ou un état de santé particulier. Le mensonge est alors caractérisé qui serait constitutif de dol si l'employeur était autorisé à s'informer sur ces matières. Mais ce n'est pas le cas ici, et donc le comportement du salarié ne peut lui être reproché. On a pu d'ailleurs parler à cet égard du droit au mensonge de la part du salarié[2025]. Dans son rapport sur « *les libertés publiques et l'emploi* », M. G. LYON-CAEN invoquait « *le droit général de non révélation* (...), *de ne pas dire une vérité, qui est sans lien direct et nécessaire avec l'emploi* »[2026].

[2020] O. DE TISSOT, *La protection de la vie privée du salarié*, Dr. soc. 1995, p. 222, spéc. p. 224 : « *un tel refus serait suicidaire* ».

[2021] Sur la dichotomie entre ces deux actions possibles, voir Cass. soc. 30 mars 1999, RJS 5/99, n° 626, p. 395 ; JCP 1999, G, p. 1994, n. J. MOULY. *Cf. supra* n° 601.

[2022] Même si la preuve de la discrimination est, rappelons-le, facilitée en principe par la question posée, *cf. supra* n° 555, et par l'aménagement récent de la charge de la preuve, *ibid.* Mais cet aménagement n'apparaît guère utile pour le candidat à l'emploi.

[2023] Il appartient effectivement au salarié de prouver, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la nature et la quotité de son préjudice.

[2024] O. DE TISSOT, *La protection de la vie privée du salarié*, Dr. soc. 1995, p. 222, spéc. p. 223.

[2025] O. DE TISSOT, *La protection de la vie privée du salarié*, Dr. soc. 1995, p. 222, spéc. p. 225 - M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 129, spéc. p. 136 - B. TEYSSIE, *Personnes, entreprises et relations de travail*, Dr. soc. 1988, p. 374, spéc. n° 14, p. 377 - J. GRINSNIR, *Les dispositions nouvelles relatives "au recrutement individuel et aux libertés individuelles" (loi du 31 décembre 1992)*, Dr. ouv. 1993, p. 237, spéc. p. 238.

[2026] G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française 1992, n° 78, p. 68.

Mais la loi ne prévoit que les informations qui sont demandées par l'employeur, et les réponses qui y sont apportées par le salarié. L'article L. 121-6 s'applique-t-il également en cas de tromperie spontanée du salarié ?

B - La spontanéité de la tromperie

613. - Le thème qui fait l'objet de cette tromperie fait bien sûr toujours partie, par hypothèse, du domaine d'investigation qui est en principe interdit à l'employeur, en raison de l'absence de lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles.

Le problème posé est le suivant : le principe, selon lequel une volonté n'engage que si elle est parfaitement éclairée, est valable tant en droit commun qu'en droit du travail, tant à l'égard du salarié qu'à celui de l'employeur. Certes, celui-ci doit subir de nombreuses atténuations et exceptions à ce principe. Mais ce ne sont précisément que des exceptions, et elles devraient en toute logique être interprétées strictement. En conséquence, si la loi permet au salarié dans certains cas de *répondre* de mauvaise foi aux questions posées par l'employeur, il ne devrait pas en être de même lorsqu'il ne s'agit pas pour le salarié de répondre à une question, mais de délivrer, ou de s'abstenir de délivrer, une information de manière spontanée.

614. - Ce n'est pourtant pas le sens suivi par le droit du travail, et ce pour une raison fort simple : si le droit du travail connaît une tendance à la prise en compte attentionnée de la volonté du salarié, et notamment de son aspect éclairé, il n'en va pas de même en ce qui concerne l'employeur. Aussi, lorsque la protection de l'intégrité de sa volonté entre en conflit avec la protection de la vie personnelle du salarié et avec le principe de non discrimination, cet antagonisme va se résoudre au profit du salarié. Les règles du droit du travail permettent ainsi de contrebalancer l'effet négatif pour le salarié créé par le lien de subordination et par le pouvoir de direction de l'employeur. L'efficacité de ces normes nécessite dès lors de ne pas s'attacher si restrictivement à la lettre du texte. Cette solution n'est pas surprenante lorsqu'il s'agit pour le salarié de ne pas révéler une information que l'employeur ne serait pas en droit de demander (1). Elle est cependant moins évidente en cas de mensonge spontané (2).

1 - La spontanéité de la réticence du salarié

615. - La réticence du salarié à révéler une information sans que l'employeur n'ait demandé un tel renseignement ne devrait pas pouvoir lui être reprochée. En effet, si l'employeur avait posé une question directement sur ce thème, le salarié aurait pu ne pas répondre ou répondre de mauvaise foi, c'est-à-dire de manière inexacte. Il est par conséquent logique qu'il lui soit permis de ne pas aborder ce type de renseignement.

Ainsi, il a été jugé que le salarié n'avait pas à révéler ses antécédents judiciaires au moment de la conclusion du contrat de travail. Sans doute cette information se serait-elle révélée être déterminante de la volonté de l'employeur et donc auraient été alors réunis les éléments du dol, ce que prétendait d'ailleurs l'employeur. Mais l'employeur n'ayant aucun droit à bénéficier de cette information, le silence du salarié n'a eu aucune conséquence[2027].

De même, le législateur permet explicitement à la salariée de ne pas révéler son état de grossesse. En effet, la formule utilisée à l'article L. 122-25 alinéa 2 du Code du travail est suffisamment générale pour concerner à la fois l'absence de réponse à une question de l'employeur et la réticence spontanée à effectuer une telle révélation.

2 - La spontanéité du mensonge ou de la mise en scène du salarié

616. - La fourniture spontanée par le salarié de renseignements inexacts constitue un comportement qui paraît plus difficile à justifier. L'idée qui fonde l'article L. 121-6 est la volonté d'empêcher l'employeur de rechercher des informations[2028] ou de reprocher au salarié son silence sur des données dont il est craint qu'elles ne servent à écarter des candidats sur des motifs contestables voire constitutifs de discrimination. Ce n'est pas d'aller jusqu'à autoriser le salarié à mentir spontanément sur ces éléments. Si l'on reprend les exemples précédents, serait-il possible pour le salarié d'assurer à l'employeur qu'il n'a jamais subi aucune condamnation pénale ou pour la salariée d'affirmer à son employeur qu'elle n'est pas enceinte et qu'elle ne veut pas avoir d'enfants ?

Il a été suggéré que, l'article L. 121-6 imposant au salarié de répondre de bonne foi aux questions posées, *a contrario*, les informations

---

[2027] Cass. soc. 25 avril 1990, D. 1991, jurisp. p. 507, n. J. MOULY.
[2028] *Cf. supra* n° 560.

fournies de sa propre initiative échapperaient toutes, quel que soit leur domaine, à cette obligation de bonne foi. Ce raisonnement absolutiste avait été ironiquement soulevé par un auteur[2029], mais l'emploi du terme « *répondre* » clôt ce débat puisque le raisonnement *a contrario* ne vise que l'adverbe « *y* », et donc se situe toujours dans une optique de réponse à des questions. Les informations fournies spontanément par le salarié ou le candidat à l'emploi doivent en réalité être soumises à l'obligation de loyauté si elles présentent ce lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles. Qu'en est-il quand ce lien est absent ?

617. - Il se pourrait que soit admis un tel comportement spontanément déloyal du salarié à propos de renseignements qui n'auraient pas à être demandés par l'employeur car ils ne présentent pas de lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé[2030], en prolongement de la tendance du droit positif à protéger le salarié et à ne pas prendre réellement en compte l'intégrité de la volonté de l'employeur.

Certes, la limite pratique de cette solution apparaîtrait alors rapidement : s'ils n'ont aucun lien avec l'emploi proposé et si l'employeur ne les a pas évoqués, pourquoi en pratique le salarié ou le candidat à l'emploi fournirait-il des renseignements inexacts à ce propos ? En outre, la mention de ces thèmes par le salarié pourrait alerter l'employeur qui serait peut-être amené à vérifier les affirmations du salarié.

Mais en réalité, cette solution serait justifiée car opérer une telle distinction entre le renseignement inexact qui est fourni en réponse à une question ou de manière spontanée peut s'avérer très délicat. Et c'est le problème plus pratique de la preuve qui doit conduire à ne pas distinguer ces deux hypothèses. En effet, si l'on considère que le salarié doit prouver qu'il a répondu à une question de l'employeur, et que l'employeur doit prouver que le salarié a menti spontanément, il faut admettre que dans les deux cas la preuve sera très difficile à rapporter. Certes, des renseignements peuvent être demandées dans un questionnaire d'embauche[2031], comportant à la fin une rubrique permettant au salarié d'apporter des informations complémentaires éventuelles. Mais l'oralité des entretiens facilite également

---

2029 J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »*, Dr. soc. 1993, p. 103, spéc. p. 113 - J.-E. RAY, *L'opération de recrutement*, in *Les aspects juridiques du recrutement*, Litec 1994, p. 115, spéc. p. 125.

2030 *Cf supra* n° 596 s.

2031 M. PETIT, *Les questionnaires d'embauche*, RPDS 1973, n° 335, p. 69.

la transmission d'informations, dont il sera vraiment difficile de prouver l'origine, spontanée ou provoquée, de même que leur contenu précis.

618. - Et à ceux qui s'alarmeraient de cette solution favorable au salarié, il faut peut-être remarquer qu'en pratique, le salarié ne se risquera pas trop à mentir spontanément à l'employeur, car outre la dégradation du climat de confiance entre les deux parties en cas de découverte par l'employeur de la vérité, il se peut toujours qu'*a posteriori*, l'on estime qu'un tel mensonge présentait bien un lien avec l'emploi et donc pouvait justifier une sanction. En effet, ce critère n'est pas toujours défini avec précision, et la décision du salarié peut se révéler hasardeuse, d'autant plus que c'est lui qui va se retrouver, lors de l'entretien, seul juge de la présence ou non d'un lien direct et nécessaire entre la question posée et l'emploi proposé[2032]. Si ce constat est certes également valable en cas de réponse à une question posée, il ne fait guère de doute que la déloyauté sera jugée plus sévèrement si elle est spontanée[2033].

Aussi, dans un but de protection du salarié et pour des raisons pratiques, ni ses affirmations spontanées ni ses réponses mensongères ne pourront, selon nous, lui être reprochées[2034] lorsqu'elles portent sur les domaines précisés plus tôt[2035].

Conclusion du Chapitre II

619. - En mettant à la charge exclusive de l'employeur certaines obligations, et en allégeant, de manière exclusive également, l'obligation de loyauté du salarié, le droit du travail met en exergue de façon éclatante l'opposition de situation entre l'employeur et le salarié. Par cette utilisation spécifique de concepts issus du droit commun, le droit du travail aménage la

---

[2032] M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 129, spéc. p. 136.

[2033] Il faut cependant toujours garder à l'esprit le fait que la jurisprudence distingue nettement, en ce qui concerne le contrat de travail, sa conclusion de son exécution. Par conséquent, une sanction disciplinaire, voire le licenciement doivent reposer sur une mauvaise exécution du contrat. L'analyse passe de l'obligation de loyauté précontractuelle à la cause réelle et sérieuse, ce qui est fort différent (voir Cass. soc. 30 mars 1999, RJS 5/99, n° 626, p. 395 ; JCP 1999, G, p. 1994, n. J. MOULY).

[2034] Voir O. DE TISSOT, *La protection de la vie privée du salarié*, Dr. soc. 1995, p. 222, spéc. p. 225 : « *du mensonge par omission au mensonge par action, la marge est effectivement bien étroite* ».

[2035] *Cf. supra* n° 590 s.

conciliation de la protection des intérêts du salarié avec le pouvoir de direction de l'employeur, au net avantage du premier.

Conclusion du Titre II

620. - En droit du travail, il apparaît que le régime de la volonté dans la formation de l'acte juridique dépend directement de la qualité de l'auteur de cette volonté. En effet, selon qu'il s'agit de l'employeur ou du salarié, certaines règles sont soit appliquées à l'un des deux seulement, soit aux deux mais dans des directions opposées. Les différentes notions mises en oeuvre ne sont pas alors modifiées dans leur régime ou leur signification, leur matérialisation. C'est leur mise en œuvre même qui diffère. La conséquence première de cette utilisation de concepts en fonction de l'auteur de la volonté est le cantonnement, l'encadrement du pouvoir de direction de l'employeur, ainsi que la mise en place d'un statut protecteur du salarié, sous réserve de la préservation des intérêts de l'entreprise.

Transcendant la diversité des actes juridiques du droit du travail, d'une ampleur considérable, cette opposition du régime de la volonté selon son auteur révèle une originalité certaine par rapport au droit commun, dans lequel chaque partie est sur un pied d'égalité. Cet affranchissement par rapport aux règles du droit commun est caractéristique de l'autonomie du droit du travail.

Conclusion de la Partie II

621. - La dimension institutionnelle du rapport d'emploi produit des conséquences directes sur le régime de la volonté dans la formation de l'acte juridique. La conception contractuelle de ce régime, telle qu'elle apparaît en droit commun, ne pouvait rester en l'état, tant elle paraît inadaptée. L'incompatibilité pressentie entre, d'une part, la subordination, la dépendance économique du salarié, et, d'autre part, la liberté de sa volonté, a amené le droit du travail à réagir. De même, le pouvoir de l'employeur doit être encadré, limité pour ne pas renforcer le déséquilibre entre les deux cocontractants. L'intervention du droit du travail vise ainsi à protéger le salarié, tout en confortant, dans certains cas, la prise en compte des intérêts de l'entreprise[2036].

[2036] Sur la réversibilité du droit du travail, *cf. supra* n° 30.

Cette intervention peut porter directement sur les notions composant le régime, sur leurs structures, leurs différents critères et conditions d'application, leur champ d'application matériel. Quant aux notions qui ne sont pas absorbées, le droit du travail en différencie l'utilisation, selon l'auteur de la volonté, faisant alors ressortir de façon éclatante l'opposition de situation entre l'employeur et le salarié, qui n'était précédemment que sous-jacente.

C'est par la mesure et la portée de cette démonstration qu'est établi à notre sens l'infléchissement du droit commun quant au *régime* de la volonté dans la formation de l'acte juridique. Le droit du travail manifeste dès lors clairement son autonomie par rapport au droit commun.

CONCLUSION GENERALE

622. – Cette étude a contribué à la démonstration selon laquelle les modèles de la théorie générale de l'acte juridique et du droit commun sont bouleversés en droit du travail, en ce qui concerne la volonté dans la formation de l'acte juridique. Les techniques et la logique propres au droit du travail remettent ainsi en cause des acquis de la science du droit et du droit positif par un double mouvement d'infléchissement.

En premier lieu, le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique est atténué en droit du travail. En effet, le rôle d'un accord de volontés est parfois totalement ignoré par les magistrats qui qualifient l'acte ainsi formé d'unilatéral, et non de conventionnel. L'objectif est alors d'assurer la destination collective de la volonté exprimée. En outre, le rôle de la volonté individuelle émanant tant du salarié que de l'employeur peut être nié lorsqu'il s'agit pour le droit du travail d'assurer l'efficacité de ses normes. Un acte juridique pourra ainsi être caractérisé sans le support pourtant indispensable de leur volonté.

En second lieu, le régime de la volonté dans la formation de l'acte juridique tel qu'il est établi en droit commun est modifié en droit du travail. Le droit spécial manifeste alors son autonomie soit par l'absorption de notions participant du régime de la volonté, soit par la systématisation de l'opposition entre l'employeur et le salarié à travers l'utilisation différenciée de certaines de ces notions.

623 - Cette originalité du droit du travail n'est en définitive pas réellement surprenante[2037]. D'une part, la dimension institutionnelle du rapport d'emploi transcrit l'intégration du salarié dans une communauté de travail et organise sa soumission au pouvoir de direction de l'employeur. Le salarié et l'employeur se trouvent alors dans une position statutaire leur

---

[2037] A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° IV, p. 556 : « *il est facile d'édifier de savantes théories, facile de concevoir des notions abstraites, encore ne faut-il pas oublier qu'elles sont destinées à régir des rapports concrets ; or, les besoins sociaux, multiples et contradictoires, représentent une force qui se moque des « faiseurs de systèmes »* ».

conférant, par la nature même du lien de travail, un ensemble de droits et d'obligations. Ce statut, d'ordre public, résulte de normes dont la formation et l'efficacité sont parfois imposées par le droit du travail au détriment du respect du rôle de la volonté des parties.

D'autre part, en organisant la subordination du salarié au pouvoir de l'employeur, le droit du travail rompt avec la conception égalitaire, contractuelle, qui a cours en droit commun à propos du régime de la volonté dans la formation de l'acte juridique. Le droit du travail reconnaît d'emblée à l'employeur des prérogatives exceptionnelles sur le salarié qui, lui, a renoncé à son autonomie professionnelle. Tout en instituant cette hiérarchie, le droit spécial tente de rééquilibrer les relations entre les deux parties au contrat de travail. Dès lors, les concepts issus du droit commun sont inaptes, en tant que tels, à produire ce rééquilibrage. Ils ne peuvent donc qu'être modifiés, soit dans leur régime propre (conditions d'application et champ d'application matériel), soit dans leur utilisation (différenciée selon l'auteur de la volonté). L'autonomie du droit du travail se manifeste ici de manière particulièrement éclatante à propos d'un concept de base en droit commun : la volonté.

624. - Nous avons orienté nos développements dans ces deux axes, qui semblent refléter le plus justement la manière dont le droit du travail appréhende la volonté dans la formation de l'acte juridique. Esquissant une réflexion sur ce thème, la présente analyse ne saurait évidemment prétendre dans le même temps la clore. D'autres points de vue seront sans doute nécessaires afin d'approcher au plus près son rôle et son régime[2038].

[2038] P. MALAURIE, *La pensée juridique du droit civil au XX° siècle*, JCP 2001, p. 9, spéc. n° 6, p. 11 : « *Doctrine, le mot est magnifique : il désigne le savoir, qui n'existe que par l'écoute des autres et la conviction que dans toute opinion, même erronée, il y a une part de vérité* ».

BIBLIOGRAPHIE

LISTE CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS ANNOTEES

Décisions de la Cour de justice des Communautés européennes

- CJCE 25 juillet 1991, D. 1991, p. 443, n. J.-G. HUGLO ; Dr. soc. 1992, p. 174, n. M.-A. MOREAU.
- CJCE 4 décembre 1997, aff. C-253/96 à C-258/96, Kampelmann et a., Rec. CJCE, I, p. 6907 ; Dr. ouvr. 1998, p. 235, n. M. BONNECHERE.

Décisions du Conseil Constitutionnel

- Cons. const., décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983, Dr. soc. 1984, p. 159, n. L. HAMON.
- Cons. const., décision n° 85-200 DC 16 janvier 1986, Dr. soc. 1986, p. 372, n. Y. GAUDEMET.
- Cons. const., décision n° 244-88 DC du 20 juillet 1988, Dr. soc. 1988, p. 760, chron. X. PRETOT, *L'inconstitutionnalité du droit à réintégration du salarié protégé licencié pour faute lourde*, p. 755 ; D. 1989, p. 269, n. F. LUCHAIRE ; JCP 1989, éd. E, II, 15530, n. M. PAILLET.
- Cons. const. , décision n° 89-257 du 25 juillet 1989, Dr. soc. 1989, p. 701, n. X. PRETOT.
- Cons. const., décision n° 96-383-DC du 6 novembre 1996, Dr. ouvr. 1996, p. 479, n. G. LYON-CAEN.
- Cons. const., décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, RFD Const. 1998, p. 640, obs. L. FAVOREU.
- Cons. const., décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Les Petites Affiches 19 janvier 2000, n° 13, p. 6, n. J.-E. SCHOETTL.

Décisions du Conseil d'Etat

CE 22 mars 1973, Dr. soc. 1973, p. 514 ; G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, *Les grands arrêts du droit du travail*, Sirey 1978, n° 121.

Décisions de la Chambre des Requêtes

Cass. req. 2 décembre 1901, DP 1902, I, p. 403, rapport ALPHANDERY.
Cass. req. 21 mars 1932, DP 1933, 1, 65, note. E. SALLE DE LA MARNIERE.
Cass. req. 29 mars 1938, DP 1939, 1, p. 5 note P. VOIRIN.

Décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation

Cass. ass. plén. 4 mars 1983, D. 1983, p. 381, concl. CABANNES.

Cass. ass. plén. 4 juillet 1997, Rev. trim. dr. civ. 1998, p. 134, obs. P.-Y. GAUTIER.
Cass. ass. plén. 27 novembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 19, concl. L. JOINET.

Décisions de chambre mixte de la Cour de cassation

Cass. ch. mixte 21 juin 1974 (Perrier), D. 1974, p. 593, concl. A. TOUFFAIT.
Cass. ch. mixte 10 avril 1998, D. 1998, p. 389, n. A. JEAMMAUD.

Décisions des chambres civiles (1°, 3°), commerciales et criminelles de la Cour de cassation

Cass. civ. 1°, 1° décembre 1969, D. 1970, p. 423, note M. PUECH ; JCP 1970, II, 16445, note J.-L. AUBERT ; Rev. trim. dr. civ. 1971, p. 164, obs. G. DURRY.
Cass. civ. 1°, 1° juillet 1995, D. 1997, p. 20, n. P. CHAUVEL.
Cass. civ. 1° 10 octobre 1995, Bull. civ. I, n° 352 ; D. 1997, p. 155, note G. PIGNARRE.
Cass. civ. 1° 30 mai 2000, JCP 2001, p. 195, n. G. LOISEAU. ; D. 2000, jur. p. 879, n. J.-P. CHAZAL.
Cass. civ. 1° 18 juillet 2000, D. 2000, jur. p. 374, obs. C. RONDEY.
Cass. civ. 3°, 10 décembre 1997, Défrénois 1998, p. 336, obs. D. MAZEAUD ; D. 1999, Somm. 9, comm. A. BRUN.
Cass. com. 29 janvier 1991, Rev. trim. dr. civ. 1991, p. 531, n° 7, obs. J. MESTRE.
Cass. crim. 23 juillet 1992, D. 1993, Somm. p. 206, comm. J. PRADEL.
Cass. crim. 30 novembre 1999, JSL 2000, n° 54, p. 18, n. M.-C. HALLER.
Cass. crim. 14 juin 2000, Dr. soc. 2000, p. 1035, obs. J. MOULY.

Décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation

1952

Cass. soc. 19 décembre 1952, D. 1953, p. 333, note R. SAVATIER.

1954

Cass. soc. 1° avril 1954, JCP 1954, II, 8384, n. J. LACOSTE.
Cass. soc. 20 juillet 1954, JCP 55, II, 8775, note A. RABUT.

1957

Cass. soc. 9 mars 1957, 4 arrêts, D. 1958, jurisp. p. 91, n. J. BRETHE de la GRESSAYE - Dr. soc. 1957, p. 278, concl. M. BLANCHET.

1958

Cass. soc. 24 mars 1958, JCP 58, II, 10868, n. J. CARBONNIER.

1959

Cass. soc. 13 novembre 1959, JCP 1960, II, 11450, n. G.-H. CAMERLYNCK.

1962

Cass. soc. 3 octobre 1962, Dr. soc. 1962, p. 630, obs. J. SAVATIER.

1963
Cass. soc. 14 novembre 1963, JCP 1964, II, 13559, note B. A.

1965
Cass. soc. 5 juillet 1965, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 283, obs. J. CHEVALLIER.

1966
Cass. soc. 12 janvier 1966, JCP 1966, II, 14607, n. J. SAVATIER.

1969
Cass. soc. 8 janvier 1969, JCP 1969, II, 15912, note G.-H. C.
Cass. soc. 16 avril 1969, Bull. civ. V, n° 229, p. 190 ; Dr. soc. 1969, p. 510, n. J. SAVATIER.
Cass. soc. 13 mai 1969, JCP 1970, II, 16208, n. J.-M. VERDIER ; D. 1969, p. 528, n. J. SAVATIER.

1970
Cass. soc. 14 octobre 1970, Dr. soc. 1971, p. 193, obs. J. SAVATIER.

1972
Cass. soc. 14 juin 1972, Revet-Sol, Dr. soc. 1972, p. 465 ; JCP 1972, II, 17275, n. G. LYON-CAEN.

1973
Cass. soc. 17 octobre 1973, JCP 74, II, 17698, n. Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1974, p. 290, n. J. SAVATIER.

1979
Cass. soc. 25 avril 1979, Condom /Nordon, D. 1980, IR, p. 24, obs. P. LANGLOIS.
Cass. soc. 3 mai 1979, Dr. soc. 1980, p. 40, n. H. BLAISE.
Cass. soc. 8 novembre et 5 décembre 1979, D. 1980, IR 347, obs. P. LANGLOIS.

1981
Cass. soc. 4 mars 1981, 2 arrêts, Bull. civ. V, n° 178 et 180, p. 132 s. ; Dr. ouvr. 1982, p. 105, n. J. GUILLEMOT ; D. 1982, IR p. 82, obs. J. PELISSIER.
Cass. soc. 31 mars 1981, Dr. ouvr. 1982, p. 106, n. J. GUILLEMOT.

1982
Cass. soc. 27 avril 1982, JCP 1983, II, 19986, note E. WAGNER.

1984
Cass. soc. 5 janvier 1984, Dr. soc. 1985, p. 192, obs. J. SAVATIER (*Accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1985, p. 188) ; Dr. ouvr. 1985, p. 69, obs. J. GRINSIR.
Cass. soc. 14 juin 1984, Dr. soc. 1985, p. 192, obs. J. SAVATIER.

1986
Cass. soc. 31 juillet 1986, D. 1987, Somm. p. 203, comm. M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC.

1987

Cass. soc. 14 mai 1987, Dr. soc. 1988, p. 438, note J. SAVATIER.
Cass. soc. 16 juillet 1987, D. 1988, somm. 97, comm. J.-M. BERAUD.
Cass. soc. 8 octobre 1987, Raquin, D. 1988, p. 57, note Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1988, p. 135, note J. SAVATIER.
Cass. soc. 8 octobre 1987, D. 1989, jurisp. p. 85, note M. VERICEL.

1988

Cass. soc. 7 janvier 1988, Dr. soc. 1988, p. 464, obs. C. FREYRIA.
Cass. soc. 14 janvier 1988, JCP 1988, éd. E, II, 15181, n. F. TAQUET.
Cass. soc. 21 avril 1988, D. 1988, Somm. 319, obs. A. LYON-CAEN.
Cass. soc. 28 avril 1988, Clavaud, D. 1988, jurisp. p. 437, n. E. WAGNER ; Dr. soc. 1988, p. 428, concl. H. ECOUTIN, obs. G. COUTURIER.

1989

Cass. soc. 12 janvier 1989, D. 1989, p. 514, n. C. PUIGELIER.
Cass. soc. 13 juin 1989, Dr. soc. 1990, p. 319, obs. J. SAVATIER.
Cass. soc. 19 décembre 1989, Dr. soc. 1990, p. 149, rapp. P. WAQUET, *L'obligation de négocier : portée d'un accord de principe sur la réduction du temps de travail.*

1990

Cass. soc. 4 avril 1990, Dr. soc. 1990, p. 806, obs. J. SAVATIER.
Cass. soc. 25 avril 1990, D. 1991, p. 507, n. J. MOULY.
Cass. soc. 20 juin 1990, JCP 91, II, 21776, note G. VIRASSAMY.
Cass. soc. 3 juillet 1990, D. 1991, jurispr. p. 507, n. J. MOULY ; Rev. trim. dr. civ. 1991, p. 316, obs. J. MESTRE,.
Cass. soc. 29 novembre 1990, Bull. civ. V, n° 598, p. 360 ; Dr. soc. 1991, p. 99, note J. SAVATIER.
Cass. soc. 19 décembre 1990, JCP, E, 1991, I, 53, n° 8, obs. A. CHEVILLARD.

1991

Cass. soc. 11 décembre 1991, JCP 92, éd. E, II, 320, n. J.-J. SERRET.
Cass. soc. 20 décembre 1991, Dr. soc. 1992, p. 28, rapport P. WAQUET, D. 1992, p. 73, concl. Y. CHAUVY, Rev. trim. dr. civ. 1992, p. 365, obs. J. HAUSER et p. 418, obs. P.-Y. GAUTIER.

1992

Cass. soc. 22 janvier 1992, D. 1992, jurisp. p. 378, note B. MATHIEU.
Cass. soc. 5 février 1992, JCP 1992, éd. E, II, 308, note F. TAQUET.
Cass. soc. 25 février 1992, D. 1992, Somm. 294, obs. A. LYON-CAEN.
Cass. soc. 25 mars 1992, Dr. soc. 1992, p. 431, concl. G. PICCA.
Cass. soc. 8 avril 1992, JCP éd. E 1992, II, p. 360 note J. SAVATIER.
Cass. soc. 25 juin 1992, Dr. soc. 1992, p. 825, conclusions Y. CHAUVY.
Cass. soc. 25 juin 1992, Dr. soc. 1992, p. 826, conclusions R. KESSOUS *La recherche d'un reclassement dans le groupe, préalable au licenciement économique.*
Cass. soc. 2 décembre 1992, Dr. soc. 1993, p. 155, rapp. P. WAQUET.

1993

Cass. soc. 3 février 1993, RJS 3/93, n° 337, p. 207 ; Rev. trim. dr. civ. 1994, p. 103, obs. J. MESTRE.
Cass. soc. 2 mars 1993, JCP 93, éd. E, II, n° 513, p. 286, note C. HOCHART.
Cass. soc. 31 mars 1993, JCP 1993, II, 22165, et éd. E, II, 501, note H. BLAISE.
Cass. soc. 22 septembre 1993, JCP 1994, éd. E, II, 617, note G. LACHAISE.

1994

Cass. soc. 2 février 1994, Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 144, obs. P.-Y. GAUTIER.
Cass. soc. 2 février 1994, D. 1995, 550, n. F. PRZEMYSKI-ZAJAC.
Cass. soc. 2 mars 1994, RJS 4/94, n° 374, p. 248 ; D. 1994, p. 465, note P. POCHET.
Cass. soc. 10 mai 1994, Dr. soc. 1994, p. 718, obs. G. BELIER.
Cass. soc. 1° juin 1994, Dr. soc. 1994, p. 783, concl. Y. CHAUVY.
Cass. soc. 5 octobre 1994, D. 1995, p. 282, n. P. MOZAS ; Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 146, obs. P.-Y. GAUTIER ; Dr. soc. 1994, p. 973, n. J.-E. RAY ; Petites Affiches, n° 101, 23 août 1995, n. K. ADOM.
Cass. soc. 8 novembre 1994, Dr. soc. 1995, p. 68, obs. M. COHEN.

1995

Cass. soc. 25 janvier 1995, Dr. soc. 1995, p. 274, obs. G. BORENFREUND ; D. 1995, p. 593, n. P. POCHET ; JCP 1995, I, 3901, n. P.-H. ANTONMATTEI ; RJS 4/95, p. 231, obs. J. SAVATIER.
Cass. soc. 22 février 1995, JCP 95, II, 22433, concl. Y. CHAUVY.
Cass. soc. 22 mai 1995, Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 862, obs. J. HAUSER et Rev. trim. dr. civ. 1996, p. 197, obs. P.-Y. GAUTIER.
Cass. soc. 17 octobre 1995, JCP 1996, I, 3923, obs. O. RAULT.

1996

Cass. soc. 24 janvier 1996, JCP 1996, II, 22716, note C. PUIGELIER.
Cass. soc. 21 février 1996, Dr. soc. 1996, p. 640, obs. M. COHEN.
Cass. soc. 5 mars 1996, Dr. soc. 1996, p. 537, obs. M. COHEN ; JCP 1996, II, n° 22631, n. D. CORRIGNAN-CARSIN.
Cass. soc. 12 mars 1996, JCP 97, II, 22779, note C. PUIGELIER.
Cass. soc. 27 mars 1996, Dr. soc. 1996, p. 642, obs. J. SAVATIER.
Cass. soc. 2 avril 1996, D. 1998, Somm. 250, comm. V. MICHELET.
Cass. soc. 9 avril 1996, Dr. soc. 1996, obs. H. BLAISE.
Cass. soc. 5 juin 1996, Dr. soc. 1996, p. 973, n. G. COUTURIER.
Cass. soc. 10 juillet 1996, JCP 1997, II, 22768, note Y. SAINT-JOURS ; Dr. soc. 1996, p. 976, obs. H. BLAISE ; Dr. ouv. 1996, p. 457, note P. MOUSSY.
Cass. soc. 17 juillet 1996 (2 esp.), Dr. soc. 1996, p. 1049, concl. P. LYON-CAEN, n. J. SAVATIER.
Cass. soc. 8 octobre 1996, D. 1999, Somm. p. 91, comm. J.-P. KARAQUILLO.
Cass. soc. 30 octobre 1996, Trav. prot. soc. 1997, p. 9, comm. 1, obs. P.-Y. VERKINDT ; Dr. soc. 1997, p. 97, obs. H. BLAISE.
Cass. soc. 13 novembre 1996, JCP 1997, éd. E, II, 911, note J. BARTHELEMY
Cass. soc. 13 novembre 1996, JCP 1997, éd. E, II, 974, note C. PUIGELIER.
Cass. soc. 19 novembre 1996, Dr. soc. 1997, p. 95, obs. G. COUTURIER.
Cass. soc. 3 décembre 1996 (affaires Framatome et Majorette), Dr. soc. 1997, p. 18, rapport P. WAQUET ; RJS 1/97, n° 24, p. 30, concl. P. LYON-CAEN (p. 12).
Cass. soc. 11 décembre 1996, Dr. soc. 1997, p. 198, obs. A. MAZEAUD.

1997

Cass. soc. 14 janvier 1997, D. 1997, p. 612, note J. DJOUDI.
Cass. soc. 23 janvier 1997, D. 1998, p. 170, note C. PUIGELIER.
Cass. soc. 12 février 1997, Dr. soc. 1997, p. 421, obs. G. COUTURIER ; Defrénois 1997, art. 36640, n° 123, obs. A. BENABENT ; Rev. trim. dr. civ. 1997, p. 693, obs. P.-Y. GAUTIER.
Cass. soc. 5 mars 1997, Ammann et a./Fisons Laboratoires, Dr. soc. 1997, p. 531, obs. G. COUTURIER.
Cass. soc. 18 mars 1997, Dr. soc. 1997, p. 546, obs. G. COUTURIER et J. SAVATIER ; D. 1998, Somm. p. 256, obs. A. LYON-CAEN.
Cass. soc. 14 octobre 1997, D. 1998, p. 338, n. F. PETIT.
Cass. soc. 12 novembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 75, obs. A. JEAMMAUD.
Cass. soc. 19 novembre 1997, JCP 1998, II, 10069, note C. PUIGELIER.
Cass. soc. 19 novembre 1997, Cappelle et Ruellan/Sté P&O Ferrymasters, Dr. soc. 1998, p. 89, obs. G. COUTURIER.
Cass. soc. 19 novembre 1997, Anelli et a./Sté Manducher, Dr. soc. 1998, p. 89, obs. G. COUTURIER.
Cass. soc. 2 décembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 32, concl. P. LYON-CAEN (p. 29).
Cass. soc. 10 décembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 202, obs. G. COUTURIER.
Cass. soc. 16 décembre 1997, JCP 1998, II, 10101, n. M.-C. ESCANDE-VARNIOL.

1998

Cass. soc. 20 janvier 1998, D. 1998, p. 350, n. C. RADE ; JCP 1998, II, 10081, n. J. MOULY.
Cass. soc. 24 mars 1998, Dr. soc. 1998, p. 614, obs. J. SAVATIER.
Cass. soc. 5 mai 1998, D. 1998, jurisp. p. 608, n. G. AUZERO.
Cass. soc. 4 juin 1998, JCP 1999, éd. E, p. 37, n. C. PUIGELIER.
Cass. soc. 4 juin 1998, D. 1999, Somm. 35, comm. C. BOISSEL.
Cass. soc. 16 juin 1998, Dr. soc. 1998, p. 803, rapport P. WAQUET.
Cass. soc. 30 juin 1998, Dr. soc. 1998, p. 841, obs. C. MARRAUD.
Cass. soc. 15 juillet 1998, RJS 10/98, n° 1254, p. 755; JCP 1999, éd. E, p. 181, n. M. DEL SOL.
Cass. soc. 7 octobre 1998, Dr. soc. 1998, p. 1079, obs. P.-Y. VERKINDT.
Cass. soc. 20 octobre 1998, D. 1999, p. 525, n. F. JAULT-SESEKE, M. MOREAU.
Cass. soc. 18 novembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 101, obs. J. SAVATIER, p. 190, obs. A. MAZEAUD ; JCP 1999, II, 10088, n. J.-P. LHERNOULD ; D. 1999, Somm. 178, comm. T. AUBERT-MONPEYSSEN.
Cass. soc. 18 novembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 97, obs. J.-E. RAY.
Cass. soc. 24 novembre 1998, JCP 1999, éd. E, p. 869, n. F. TAQUET ; D. 1999, Somm. p. 174, obs. P. FADEUILHE.
Cass. soc. 9 décembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 290, obs. J. SAVATIER.
Cass. soc. 9 décembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 296, obs. C. MARRAUD.

1999

Cass. soc. 19 janvier 1999, Dr. soc. 1999, p. 315, obs. P. LANGLOIS.
Cass. soc. 16 février 1999, Dr. soc. 1999, p. 396, obs. B. GAURIAU ; Rev. trim. dr. civ. 1999, p. 419, obs. P.-Y. GAUTIER ; JCP 2000, E, p. 953, n. C. PUIGELIER ; D. 2000, jur. p. 97, n. T. AUBERT-MONTPEYSSEN.
Cass. soc. 16 février 1999, Dr. soc. 1999, p. 411. obs. C. RADE.

Cass. soc. 9 mars 1999, D. 1999, p. 365, n. C. RADE ; JCP 1999, éd. E, p. 1200, n. J. MOULY.
Cass. soc. 23 mars 1999, D. 2001, p. 417, note S. FROSSARD.
Cass. soc. 30 mars 1999, JCP 1999, G, p. 1994, n. J. MOULY.
Cass. soc. 6 avril 1999, D. 2000, jur. p. 5, n. J. MOULY.
Cass. soc. 10 mai 1999, JCP 1999, E, p. 1973, n. F. DUQUESNE.
Cass. soc. 18 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 734, obs. B. GAURIAU ; JCP 2000, G, p. 40, n. C. PUIGELIER.
Cass. soc. 15 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 836, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; D. 1999, jurisp. P. 623, n. C. RADE.
Cass. soc. 29 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 963, obs. B. GAURIAU ; JCP 1999, éd. E, p. 2069, n. J. SAVATIER.
Cass. soc. 29 juin 1999, Petites Affiches 10 mars 2000, n° 50, note S. JOLY ; D. 2000, jurisp. p. 50, n. R. DE QUENAUDON ; JCP 2000, E, p. 953, n. P. DEUMIER ; JCP 2000, G, I, 263, obs. P. MORVAN ; Dr. soc. 1999, p. 795, concl. J. DUPLAT.
Cass. soc. 6 juillet 1999, D. 1999, jur. p. 667, n. P.-Y. VERKINDT.
Cass. soc. 5 octobre 1999, JCP 2000, E, p. 421, n. F. DUQUESNE ; Dr. soc. 2000, p. 112, obs. J.-P. LABORDE.
Cass. soc. 12 octobre 1999, Dr. soc. 2000, p. 113, obs. J.-P. LABORDE.
Cass. soc. 26 octobre 1999, Dr. soc. 2000, p. 201, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.
Cass. soc. 15 décembre 1999, JCP 2001, p. 507, n. C. WILLMANN.

2000

Cass. soc. 4 janvier 2000, D. 2000, jurisp., p. 265, note C. RADE.
Cass. soc. 4 janvier 2000, Dr. soc. 2000, p. 439, obs. J. BARTHELEMY.
Cass. soc. 4 janvier 2000, Dr. soc. 2000, p. 449, n. J. BARTHELEMY.
Cass. soc. 1° février 2000 (2 arrêts), JCP 2000, E, p. 760, n. D. BOULMIER ; JCP 2001, p. 33, n. E. JEULAND.
Cass. soc. 22 février 2000, Dr. soc. 2000, p. 441, obs. J. MOULY.
Cass. soc. 1° mars 2000, Dr. soc. 2000, p. 559, obs. J. SAVATIER.
Cass. soc. 14 mars 2000, JCP 2001, p. 325, n. C. PUIGELIER.
Cass. soc. 28 mars 2000, D. 2000, Somm 375, comm. J.-M. LATTES ; JCP 2001, E, p. 233, n. T. AUBERT-MONPEYSSEN.
Cass. soc. 28 mars 2000, JCP 2000, G, II, 10393, n. D. BOULMIER.
Cass. soc. 30 mai 2000, D. 2000, jur. p. 805, n. J. MOULY ; Dr. soc. 2000, p. 785, obs. G. COUTURIER.
Cass. soc. 4 juillet 2000, Dr. soc. 2000, p. 919, obs. J. MOULY.
Cass. soc. 11 juillet 2000 (3 arrêts), Dr. soc. 2000, p. 1141, obs. J. MOULY.
Cass. soc. 18 juillet 2000, Dr. soc. 2000, p. 922, obs. J.-Y. FROUIN, et p. 1024, obs. J.-P. LHERNOULD ; RJS 11/00, p. 712, concl. J. DUPLAT.
Cass. soc. 19 décembre 2000, Dr . soc. 2001, p. 314, obs. C. RADE.

2001

Cass. soc. 6 février 2001, Dr. soc. 2001, p. 436, obs. B. GAURIAU.
Cass. soc. 13 février 2001, Dr. soc. 2001, p. 566, obs. C. RADE.

Décisions de Cours d'appel

CA Paris 17 mars 1967, D. 67, jurispr. p. 437, note G. LYON-CAEN.

CA Colmar 30 janvier 1970, D. 1970, p. 297, n. E. ALFANDARI ; Rev. trim. dr. civ. 1970, p. 755, obs. Y. LOUSSOUARN.
CA Toulouse 26 mars 1981, D. 1981, p. 385, note R. MERLE.
CA Douai 16 juin 1982, JCP 83, II, 20035, note R. JAMBU-MERLIN.
CA Toulouse 21 février 1984, Rev. trim. dr. civ. 1984, 707 obs. J. MESTRE.
CA Aix-en -Provence 15 mars 1984, Rev. trim. dr. civ. 1985, 730, obs. J. MESTRE.
CA Paris 1°ch. B 13 décembre 1984, Sofracima/I. Adjani, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 97, obs. J. MESTRE.
CA Aix-en-Provence 8° ch., 19 février 1988, Rev. trim. dr. civ. 1989, p. 535, obs. J. MESTRE.
CA Paris 18° ch. E 14 mars 1996, JCP 1997, éd. E, II, 962, note M. DEL SOL.
CA Paris 21° ch. A, 5 février 1997, Dr. ouvr. 1997, p. 421, obs. K. DEROUVROY.
CA Paris 18° ch. A 9 mars 1998, D. 1999, Somm. 105, comm. Y. SERRA.
CA Lyon 27 janvier 1999, JCP 1999, E, p. 1738, n. J.-P. LHERNOULD.
CA Montpellier 1° avril 1999, Dr. ouvr. 1999, p. 500, n. E. GAYAT.
CA Colmar, 2° ch. civ. A, 4 novembre 1999, D. 2000, jurisp. p. 696, n. C. ROUAT.
CA Paris 4 janvier 2000, JCP 2000, G, p. 2237, n. P. PIERRE.
CA Riom 22 février 2000, D. 2000, jur. p. 634, n. Y. SAINT-JOURS.
CA Paris 16 mai 2000, Dr. ouv. 2000, p. 341, note C. LEVY.

Décisions de TGI

TGI Paris 17 novembre 1967, D. 1968, jurisp. p. 407, n. G. LYON-CAEN.
TGI Rouen, Réf., 16 avril 1987, JCP 88, II, 20970, n. P. COURBE.
TGI Paris 20 février 1995, D. 1999, Somm. 41, comm. C. NICOD.

OUVRAGES GENERAUX, TRAITES

B

J. BONNECASE, *Supplément au traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. 2, Sirey 1925.

C

G.-H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, Dalloz, 2° éd. 1982.
J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 8° éd. 1995.
J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, PUF 21° éd. 1998.
N. CATALA, *L'entreprise*, in *Traité de droit du travail, Dir. G.-H. CAMERLYNCK*, t. 4, Dalloz 1980.
M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 4° éd. 1997.
M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 6° éd. 2000.

A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, Dalloz 1957, par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE.
F. COLLART DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 3° éd. 1996.
G. COUTURIER, *Droit du travail, 2/ Les relations collectives de travail*, PUF 2° éd. 1993.
G. COUTURIER, *Droit du travail, 1. Les relations individuelles de travail*, PUF, 3° éd. 1996.

D

DELAMARRE et **LE POITEVIN**, *Traité théorique et pratique de Droit commercial*, éd. Ch. Hingray, 1861, Tome 1.
R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, t. 1, Sources des obligations*, Rousseau 1923.
R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, Rousseau Paris 1932.
M. DESPAX, *Droit du travail, sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK, t. 7, Négociations, conventions et accords collectifs*, 2° éd. 1989.
L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Boccard 3° éd. 1927.
P. DURAND, R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. I, Dalloz 1947.
P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. II, Dalloz 1950.
P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. III, Dalloz 1956.

F

J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, t. 1 L'acte juridique*, Armand Colin, 9° éd. 2000.

G

F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, Sirey 1924.
F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, 2° éd. LGDJ 1919.
J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat-Formation*, LGDJ, 3° éd. 1993.
J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4e éd. 1994.
J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 2° éd. 1994.
G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ 1989, n° 525, p. 442.
M. GRIMALDI, *Droit civil, Succession*, Litec, 5° éd. 1998.
B. GROSS, P. BIHR, *Contrats, t. 1, Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, PUF 1993.
Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 9° éd. 1996.

J

J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, LGDJ, 6° éd. 1998.

L

Lamy Hygiène et Sécurité, décembre 2000.
Lamy Social 2001.

C. LARROUMET, *Droit civil*, tome 3, *Les Obligations - Le Contrat*, Economica, 4° éd. 1998.
G. et A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, 8° éd. 1993.
G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, *Les grands arrêts du droit du travail*, Sirey 1978.

M

G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil*, 8 volumes, *Les obligations*, t. 1, *Les Sources*, 2° éd. 1988 Sirey.
A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Domat 2ème éd. 2000.
H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1° vol., *Obligations : théorie générale*, Montchrestien 8° éd. 1991.
Memento Social F. Lefebvre, *Droit du travail, Sécurité sociale*, 2001.
P. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 7° éd. 2000.

P

J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, 20ème éd. 2000.
M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, LGDJ 11° éd. 1928.
M. PLANIOL et G. RIPERT, par P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, *Les obligations*, LGDJ 2° éd.1952.
C. PUIGELIER, *La modification du contrat de travail*, Economica 1997.

R

G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol*, Paris, LGDJ 1942, t. 1.
G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. I, LGDJ 1956.
G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, LGDJ 1957.
G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, par M. GERMAIN, LGDJ, 16° éd. 1996.
J. RIVERO, *Les libertés publiques*, t. 1, *Les droits de l'homme*, coll. Thémis, PUF, 6° éd. 1991.
J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 13° éd. 1993.

S

G. SCELLE, *Le droit ouvrier, Tableau de la législation française actuelle*, A. Colin, 2° éd. 1928.
B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil-Obligations, Régime général*, Litec, 5° éd. 1997.
B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil-Obligations*, tome 2, *Contrat*, Litec, 6° éd. 1998.

T

F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7°éd. 1999.
B. TEYSSIE, *Droit du travail, 1-Relations individuelles de travail*, Litec, 2° éd. 1992.

B. TEYSSIE, *Droit du travail, 2-Relations collectives de travail*, Litec, 2° éd. 1993.

V

G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2° éd. 1998.

W

C. WITZ, *Droit privé allemand, 1, Actes juridiques, Droits subjectifs*, Litec 1992.

OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, RAPPORTS, THESES

A

J. ADAM-GIRONNE, *Le droit social et l'emploi, l'exemple de la restructuration dans la sidérurgie lorraine (1966 - 1986)*, thèse Nancy 2, 1997.

N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Préf. H. Sinay, LGDJ 1980, Bibl. dr. soc. t. 22.

J. AMIEL-DONAT, *Essai sur le rôle du consentement dans la formation des contrats*, thèse Perpignan 1981.

P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Préf. B. Teyssié, LGDJ 1992, Bibl. dr. priv., t. 220.

A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, th. Paris, LGDJ 1969, Bibl. de philosophie du droit, vol. 9.

C. ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, PUAM 1991.

J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, bibl. de dr. privé, t. 109.

T. AUBERT-MONTPEYSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, th. Toulouse, éd. CNRS 1988.

B

D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, th. Strasbourg 1929.

J.-M. BELORGEY, *Lutter contre les discriminations*, rapport au ministre de l'emploi mars 1999, Liais. soc. n° 51/99, Doc ; Regards sur l'actualité, n° 256, décembre 1999, Doc. franç. p. 34.

J.-M. BERAUD, *La suspension du contrat de travail*, Sirey 1980.

F. BOCQUILLON, *La dérogation en droit du travail*, th. Strasbourg 1999.

R. BOILEAU, *Des restrictions à la liberté des contractants dans le contrat de travail*, th. Paris 1908.

B. BOSSU, *La remise en l'état en droit du travail*, th. Lille 2, 1993.

L. BOYER, *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, th. Paris 1947, Sirey.

Y. BOYER, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, th. Aix-Marseille 1977.

P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ 1968.

C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Préf. P. Catala, LGDJ 1999, Bibl. dr. priv. t. 323.

C

J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris 1931.
Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990.
N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Préf. de J.-L. Aubert, LGDJ 1988, Bibl. dr. priv., t. 199.
P. CHAUVEL, *Le vice du consentement*, Th. Paris 1981.
C.-W. CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, Préf. J. Ghestin, LGDJ 2000, Bibl. dr. priv., t. 340.
E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, th. Paris X 1994.
N. COLIN, *Conventions et accords collectifs de droit social à l'épreuve du temps*, Préf. de F. Favennec-Héry, L'Harmattan 2000.
N. COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique (étude critique de la conception classique)*, Sirey 1931.
J.-L. CROZAFON, *L'emprunt de techniques de droit administratif par le droit du travail*, th. Paris I, 1984.

D

T. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, éd. Joly 2000 (coll. Pratique des affaires).
M. DEBOUT, *Le harcèlement moral au travail*, Avis du Conseil économique et social, 2001.
N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ 1965, Bibl. dr. priv. t. 57.
M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ 1957, Bibl. dr. priv., t. 1.
F. DREIFFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Préface de P. Tercier, LGDJ 1985, Bibl. de dr. privé, t. 185.
J. DUCLOS, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, Préf. D. Martin, LGDJ 1984, Bibl. dr. priv. t. 179.
M. DURMA, *La notification de la volonté, Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, th. Paris, Sirey 1930.

E

R. ELIAS, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale - Etude et critique*, th. Paris 1909.
R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préf. d'A. Lyon-Caen, LGDJ 1996, Bibl. dr. privé, t. 254.
A. ETIENNOT, *L'altération de la santé, d'origine non professionnelle, en droit du travail*, th. Lyon III, 1996.
P. ETIENNOT, *La formation professionnelle dans le contrat de travail*, thèse Nancy II 1994.

F

M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Préface de J. Ghestin, LGDJ 1992, Bibl. de dr. privé, t. 221.
P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris, Videcoq 1836, t. XIV, p. 339.

S. FROSSARD, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, Préf. J.-M. Béraud, LGDJ 2000, Bibl. dr. soc., t. 33.

G

E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Préface de G. Cornu, Economica 1985.
A. GARDIN, *La vie familiale du salarié en droit du travail*, th. Nancy 2, 2000.
J.-M. GASSER, *Le contrat verbal*, th. Nancy II, 1994.
B. GAURIAU, *La nullité du licenciement*, th. Paris I 1992.
C. GERMAIN, *Droit du travail et théorie générale de l'acte juridique*, th. Bordeaux IV, 2000.
A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Etude de droit civil français*, LGDJ 1980, bibl. dr. privé, t. 166.
P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, Travaux et Recherches de l'Université du droit et de la santé de Lille, PUF 1977.
E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit civil, Etude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon 1912.
J.-P. GRIDEL, *Le signe et le droit (Recherche sur l'expression juridique indépendante de la parole et de l'écriture)*, th. Paris II, LGDJ 1979, Bibl. de dr. privé, t. 162.
M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Préface de J. Vidal, LGDJ 1975, Bibl. dr. priv., t. 137.

H

J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Préf. de P. Raynaud, LGDJ 1971, Bibl. dr. priv. t. 117.
M. HECQUARD-THERON, *Essai sur la notion de réglementation*, LGDJ 1977, Bibl. dr. pub., t. 126.
F. HENOT, *La renonciation du salarié*, th. Amiens 1996.
M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien*, éd. Syros 1998.
M.-F. HIRIGOYEN, *Malaise dans le travail : harcèlement moral, déceler le vrai du faux*, Syros 2001.
B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris II, 1973.
P. HUNOUT, *Droit du travail et culture sociale, l'exemple allemand*, L'Harmattan 1999.

I

M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Préface de J. Mestre, PUAM 1995.

J

A. JEAMMAUD, *Le licenciement*, collection Connaissance du droit, Dalloz 1993.
S. JEAN, *L'acte unilatéral de l'employeur*, th. Paris I, 1999.
M.-T. JOIN-LAMBERT, **A. BOLOT-GITTLER**, **C. DANIEL**, **D. LENOIR**, **D. MEDA**, *Politiques sociales*, Presses de Sciences po et Dalloz, 2° éd. 1997.

K

H. KELSEN, *Théorie pure du droit, trad. C. Eisenman*, Dalloz 1962.

J. KENGNE, *Recherches sur la notion de plan en droit du travail*, th. Paris X 1998.
J. KUNTZE, *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, Leipzig 1857 (Théorie des titres au porteur).

L

P. LALLEMENT, *L'état de nécessité en matière civile*, th. Paris 1922.
J.-M. LATTES, *Le principe de non discrimination en droit du travail*, th. Toulouse I, 1989.
A. LEGAL, J. BRETHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey 1938.
P. L'HELIAS, *La formation du contrat de travail et les règles du droit commun des obligations*, th. Rennes 1989.
G. LHUILIER, *Essai sur l'acte juridique normatif d'entreprise*, th. Paris X 1993.
G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Documentation française, 1992.
G. LYON-CAEN, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, connaissance du droit, 1995.

M

F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, Préf. Y. Reinhard, Bibl. dr. entrep. 2000, t. 43.
J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse, 1949.
P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Préf. H. Battifol, Dalloz 1973.
N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Préf. M. Gobert, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv., t. 287.
M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Préf. M. Despax, LGDJ 1994, Bibl. dr. soc. t. 27.
P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas 1999.
J. MOULY, *La fraude à la loi en droit du travail, contribution à la théorie générale de la fraude*, th. Limoges 1979.

N

P. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, Préf. T. Revet, Litec 1998.
S. NEUVILLE, *Le plan en droit privé*, Préface C. Saint Alary Houin, LGDJ 1998, Bibl. dr. priv., t. 296.

P

C. PERELMAN, R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit, Travaux du centre national de recherches de logique*, édition Bruylant Bruxelles 1984.
F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Préf. P. Rodière, LGDJ 2000, Bibl. dr. priv. t. 291.
Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Préface G. Couturier, LGDJ 1989, Bibl. dr. priv., t. 208.
C. PUIGELIER, *La pratique de la cassation en matière sociale*, Litec 1995.
P. PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, Préf. G. Péquignot, LGDJ 1976, Bibl. dr. publ. t. 124.

R

C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préface de J. Hauser, LGDJ 1997, Bibl. dr. privé, t. 282.

V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Travaux et Recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, PUF 1980.

Rapport (A. SUPIOT Dir.), *Au-delà de l'emploi*, Paris, Flammarion 1999.

Rapport du BIT, *La violence au travail,* 2000

O. RAULT, *La formation du contrat de travail - Essai sur la liberté contractuelle*, th. Paris II 1999.

P. RAVISY, *Le harcèlement moral au travail*, Delmas Express 2000.

D. et K. RHODES, *Le harcèlement psychologique*, éd. Marabout 1999.

A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961.

G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ 2° éd. 1927.

J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation, le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th. Paris I 1999.

M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. Paris 1986.

G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris 1965.

G. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ 1961, Bibl. dr. priv. t. 27.

N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, th. Strasbourg III 1998.

S

C. SAINT-DIDIER, *Droit du travail et droit des obligations, Etude d'une opposition*, th. Aix-Marseille III, 1996.

B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, th. Bordeaux 1986.

B. SAUMADE, *L'obligation de renseignements en droit du travail*, th. Montpellier 1982.

N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique,* Préf. J. Ghestin, LGDJ 2000, Bibl. dr. priv., t. 326.

E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité?,* Préf. J.-L. Aubert, LGDJ 1997, t. 264.

J.-C. SERNA, *Le refus de contracter*, th. Paris 1967, LGDJ, bibl. de dr. privé, t. 76.

H. SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Eine germanische Studie*, Berlin 1873 (La promesse comme cause d'engagement dans le droit actuel. Une étude allemande).

P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Préf. A. Weill, LGDJ 1969, Bibl. dr. priv. t. 101.

M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Préf. D. Huet-Weiller, LGDJ, Bibl. dr. priv. 1982, t. 172.

A. SUPIOT, *Le juge et le droit du travail*, th. Bordeaux I 1979.

A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF 1994.

T

A. TEISSIER, *La loyauté dans les relations individuelles de travail*, Th. Paris II 1997.

F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. Le Balle, LGDJ 1957, Bibl. dr. priv. t. 2.

V

I. VACARIE, *L'employeur*, Préf. de G. Lyon-Caen, Sirey 1979.

A. VALLEE, *Le consentement dans le contrat de travail (Etude de droit comparé)*, th. Paris 1930.

R. VATINET, *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, th. Paris I, Sirey 1983.

G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Préf. J. Ghestin, LGDJ 1986, Bibl. dr. priv., t. 190.

W

G. WICKER, *Les fictions juridiques - Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ 1997, Bibl. dr. priv. t. 253.

R. WORMS, *De la volonté unilatérale envisagée comme source d'obligations*, th. Paris 1891.

ARTICLES, CHRONIQUES

A

P. ACTON, E. DELESSEUX, *De la nécessité de prévenir et de réprimer la discrimination ou le harcélement psychologique dans la vie professionnelle*, Petites Affiches, 21 août 1996, n° 101, p. 7.

G. ADAM, *Critique d'une étude critique de Jean-Emmanuel RAY*, Dr. soc. 1993, p. 333.

N. ALIPRANTIS, *L'entreprise en tant qu'ordre juridique*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 185.

P. AMSELEK, *Norme et loi*, in *La loi*, Arch. phil. dr., t. 25, 1980, p. 89.

P.-H. ANTONMATTEI, Juris-Cl. Travail traité, *Contrat individuel de travail, conclusion*, Fasc. 2-22, novembre 1994.

P.-H. ANTONMATTEI, *Le statut collectif des salariés : jurisprudence récente*, Dr. soc. 1997, p. 35.

P.-H. ANTONMATTEI, *Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, in *Mélanges C. Mouly*, Litec 1998, t. 1, p. 3.

P.-H. ANTONMATTEI, *Les éléments du contrat de travail*, Dr. soc. 1999, p. 330.

P.-H. ANTONMATTEI, *Plan social, il y a urgence à réformer !*, Dr. soc. 2000, p. 597.

P.-H. ANTONMATTEI, *Négociation annuelle obligatoire, actualité jurisprudentielle*, Dr. soc. 2001, p. 252.

P. ARDANT, *Les libertés du citoyen dans l'entreprise - Introduction au débat*, Dr. soc. 1982, p. 428.
D. ARLIE, *Réflexions sur l'initiative et l'imputabilité en matière de cessation des relations de travail*, Les Petites Affiches 21 décembre 1990, n° 153, p. 22.
D. ARLIE, *Du particularisme du droit de la consommation et de ses limites*, RJDA 1/00, p. 3.
D. ASQUINAZI-BAILLEUX, *Droit à l'emploi et dignité*, in P. PEDROT (Dir.), *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Christian Bolze*, Economica 1999, p. 123.
J.-L. AUBERT, Encycl. Dalloz, Rép. civ, *Novation*, avril 1994.
J.-L. AUBERT, Encycl. Dalloz, Rép. civ., v° *Engagement par volonté unilatérale*, mars 1998.
G. AUZERO, *La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée*, Dr. soc. 2001, p. 17.

B

J. BARTHELEMY, *Rapport général sur la négociation collective*, Dr. soc. 1986, p. 597.
J. BARTHELEMY, *Négociation collective d'entreprise : dérogations ou concessions*, Dr. soc. 1988, p. 254.
J. BARTHELEMY, *Le référendum en droit social*, Dr. soc. 1993, p. 89.
J. BARTHELEMY, *L'innovation sociale par plus de contrats, Réflexion à propos du « contrat collectif d'entreprise »*, JCP 1996, E, I, 521.
J. BARTHELEMY, *Collectivité du personnel et notion d'entreprise*, D. 2000, p. 279.
J. BARTHELEMY, *La nécessaire convergence des droits fiscal et de la sécurité sociale*, TPS 7/2000, chron. 12, p. 4.
H. BATIFFOL, *Sur la positivité du droit*, in *Choix d'articles*, LGDJ 1976, p. 369.
H. BATIFFOL, *La positivité du droit*, in *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ 1979, p. 11.
J. BEAUCHARD, *Les héritiers de l'employeur*, *in Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF 1992, p. 55.
J. BEDOURA, *Le licenciement des maîtres dans les établissements confessionnels*, D. 1978, chron. p. 51.
J. BEGUIN, *Peut-on remédier à la complexité croissante du droit ?*, in *Mélanges en l'honneur de H. Blaise*, Travaux et Recherches de l'Université de Rennes I, Economica 1995, p. 1.
G. BELIER, *Les dérogations au droit du travail dans de nouveaux contrats d'entreprise : réflexions critiques sur certains projets*, Dr. soc. 1986, p. 49.
G. BELIER, *Les novations dans le droit de la négociation collective*, Dr. soc. 1999, p. 1014.
A. BENABENT, *Rapport français*, in *La bonne foi, Journées louisianaises, Travaux de l'Association H. Capitant*, Litec 1992, t. 43.
J.-M. BERAUD, *Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail*, Dr. ouv. 1997, p. 529.
K. BERTHOU, *Sur les discriminations positives (CJCE 28 mars 2000, Badeck)*, Dr. soc. 2000, p. 901.
M.-F. BIED-CHARRETON, *Le comité d'entreprise peut-il négocier ?*, Dr. ouvr. 1993, p. 129.
L. BIHL, *Vers un droit de la consommation*, Gaz. Pal. 1974, 2, Doctr. p. 754.

H. BLAISE, *Les recommandations patronales de salaires*, Bull. soc. F. Lef. 10/81, p. 353.
H. BLAISE, *Une transaction sans concessions...*, Dr. soc. 1988, p. 432.
H. BLAISE, *Reçu pour solde de tout compte et transaction*, RJS 5/91, p. 287.
H. BLAISE, *La modification substantielle du contrat de travail,* Dr. soc. 1994, p. 189.
X. BLANC-JOUVAN, *Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement,* Dr. soc. 1981, p. 207.
F. BOCQUILLON, *Harcèlement professionnel, accidents du travail et maladies professionnelles*, Dr. ouv. 2000, p. 520.
F. BOCQUILLON, *Que reste-t-il du « principe de faveur » ?*, Dr. soc. 2001, p. 255.
J. BOISSELIER, *Hygiène et sécurité du travail (responsabilité pénale)*, Rép. Trav., 31 août 1988.
M. BONNECHERE, *L'ordre public au sens du droit du travail*, JCP 1974, éd. C.I., 11604.
M. BONNECHERE, *L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité*, Dr. ouvr. 1988, p. 171.
M. BONNECHERE, *Les tendances à la dérèglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail*, Dr. soc. 1990, p. 40.
G. BORENFREUND, *La résistance du salarié à l'accord collectif, l'exemple des accords dérogatoires*, Dr. soc. 1990, p. 626.
G. BORENFREUND, *Pouvoir de représentation et négociation collective*, Dr. soc. 1997, p. 1006.
B. BOSSU, *Le salarié, le délégué du personnel et la vidéo surveillance*, Dr. soc. 1995, p. 978.
B. BOSSU, *La sanction d'un plan social non conforme aux dispositions légales*, Dr. soc. 1996, p. 383.
B. BOSSU, *L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés*, Dr. soc. 1998, p. 127.
B. BOSSU, *La réduction du temps de travail à 35 heures : mythes et réalités*, D. 2000, chron. p. 43.
P. BOUAZIZ, *Harcèlement moral dans les relations de travail, essai d'approche juridique*, Dr. ouv. 2000, p. 192.
B. BOUBLI, *Rapport général*, Dr. soc. juillet-août 1986, n° spécial, p. 570.
B. BOUBLI, *Que reste-t-il de la distinction entre initiative et imputabilité de la rupture ?*, Sem. soc. Lamy 15 avril 1991, Forum p. 3.
B. BOUBLI, *Modification du contrat de travail et modification du statut collectif*, Sem. soc. Lamy 1997, suppl. n° 849.
B. BOUBLI, *Le juge, la norme et le droit du travail, in Les sources du droit du travail, sous la direction de B. Teyssié*, PUF 1998, p. 29.
B. BOUBLI, *Le licenciement : statut exclusif de la rupture du contrat à durée indéterminée*, TPS 1998, p. 4.
B. BOUBLI, *La force obligatoire des recommandations patronales*, TPS 8-9/99, p. 6.
B. BOUBLI, *Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XXI° siècle*, JSL 1999, n° 35, chron. p. 4.
A. BOUILLOUX, *L'adaptibilité du contrat de travail*, Dr. ouv. 1997, p. 487.
F. BOURGEOIS, *Emploi et discrimination raciale, l'étendue du mal en Europe*, Economie et Humanisme, n° 353, juillet 2000.

A. BOUSIGUES, *L'évolution de la force majeure en droit du travail*, in *Mélanges J. Savatier*, 1992, p. 85.
G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux*, Dr. soc. 2001, p. 69.
C. BRENNER, Rép. civ. Dalloz, *Acte*, oct. 1999.
G. BRIENS, *La négociation des accords collectifs d'entreprise en matière de retraite et de prévoyance*, JCP 1987, E, I, 16724.
P. BROCHETON, *Vie personnelle et vie professionnelle, l'art de l'équilibre*, Sem. soc. Lamy n° 915, 4 janvier 1999, p. 7.
J. BROUILLET, *Présomptueuses présomptions*, Gaz. Pal. 1994, Doctr., p. 795.
A. BRUN, *Le lien d'entreprise*, JCP 1962, I, 1719.
M. BUY, *Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise : un conflit de logiques*, in *Les droits fondamentaux du salarié face aux intérêts de l'entreprise*, PUAM 1994, p. 9.

C

M.-T. CALAIS-AULOY, *De la recherche en droit (spécialement en ce qui concerne la légitimité du droit positif)*, D. 1999, Dernière Actualité, n° 13.
M.-T. CALAIS-AULOY, *L'importance de la volonté en droit*, Petites Aff. 7 décembre 1999, n° 243, p. 14.
G.-H. CAMERLYNCK, *Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit français*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 20, Dalloz 1972, p. 157.
G.-H. CAMERLYNCK, *L'autonomie du droit du travail (la prescription abrégée de la créance de salaire)*, D. 1956, chron. p. 23.
G.-H. CAMERLYNCK, *De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement*, JCP 1958, I, 1425.
G.-H. CAMERLYNCK, *La renonciation du salarié*, Dr. soc. 1960, p. 628.
G.-H. CAMERLYNCK, *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit du travail français*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, Dalloz 1963, p. 382.
G.-H. CAMERLYNCK, *L'allergie du droit du travail à la notion civiliste de dies incertus, in Etudes offertes à A. Brun*, 1974, p. 101.
J. CARBONNIER, *Introduction*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. Savatier*, PUF 1985, p. 29.
J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel (étude prospective de droit international privé)*, Bruylant, Bruxelles 1992.
O. CAYLA, *La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste*, Droits/7, PUF 1988, *L'acte juridique*, p. 59.
O. CAYLA, *Ouverture : le jeu de la fiction entre « comme si » et « comme ça »*, Droits 1995, n° 21, p. 3.
Y. CHALARON, *L'application de la disposition la plus favorable*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 243.
Y. CHALARON, *L'accord dérogatoire en matière de temps de travail*, Dr. soc. 1998, p. 355.
M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER, J. SANSOT, Juris-cl. civil, *Majeurs protégés, Personnes non soumises à un régime particulier de protection*, Fasc. 11, n° 70 et s., 1992.
D. CHARLES, M. MINE, *SIDA et discrimination dans l'emploi*, Dr. ouv. 1997, p. 365.
J.-P. CHAUCHARD, *Les accords de fin de conflit*, Dr. soc. 1982, p. 678.

P. CHAUMETTE, *Réflexions sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail*, D. 1986, chron. p. 68.
P. CHAUVEL, *Consentement*, Encycl. Dalloz, juin 1995.
J.-P. CHAZAL, *Le consommateur existe-t-il ?*, D. 1997, chron. p. 260.
A. CHEVILLARD, *La notion de disposition plus favorable*, Dr. soc. 1993, p. 363.
A. CHIREZ, *L'interprétation favorable au salarié constitue-t-elle un principe général du droit du travail ?*, Sem. soc. Lamy, n° 590, 9 mars 1992, Forum p. 3.
A. CHIREZ, P. BOUGHANMI-PAPI, *Vidéosurveillance, Droit à l'image et vie privée des salariés*, Bull. soc. Fr. Lef. 11/94, p. 569.
J.-Y. CHOLEY, *La sanction des vices du consentement en droit du travail*, Mélanges Béguet 1985, p. 87.
A. COEURET, *Législation française et communautaire en matière de droit privé*, Rev. trim. dr. civ. 1993, n° 20, p. 428.
D. COHEN, *Le droit à...*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, p. 393.
G. COIN, *Politique contractuelle : L'accord interprofessionnel du 31 octobre sur la politique contractuelle*, Dr. soc. 1996, p. 3.
J. COMBACAU, *Droits/7, L'acte juridique*, PUF 1988, p. 7.
D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica 1994, p. 125.
D. CORRIGNAN-CARSIN, *Licenciement économique et priorité de réembauchage*, RJS 12/00, p. 783.
P. COSTE-FLORET, *Le Code civil et les codifications étrangères, Travaux de la commission de réforme du Code civil*, Années 1945-1946, p. 59.
M. COUFFIN-KAHN, *La place des convictions religieuses du salarié lors de l'exécution de son contrat de travail*, Dr. ouvr. 1999, p. 228.
G. COUTURIER, *Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues*, D. 1975, chron. p. 151 s. et 221 s.
G. COUTURIER, *Les nullités du licenciement*, Dr. soc. 1977, p. 215.
G. COUTURIER, *Le nouveau droit des licenciements est-il efficace ?*, Dr. Soc. 1978, Sp. 74.
G. COUTURIER, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Et. offertes à J. Flour*, Rép. not. Defresnois 1979, p. 95.
G. COUTURIER, *(Pour) la doctrine*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 221.
G. COUTURIER, *L'intérêt de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF 1992, p. 143.
G. COUTURIER, *Les relations entre employeurs et salariés en droit français*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, LGDJ 1996, Bibl. dr. priv., t. 261, p. 143.
G. COUTURIER, *La rémunération élément du contrat de travail*, Dr. soc. 1998, p. 523.
G. COUTURIER, *Pot pourri autour des modifications du contrat de travail*, Dr. soc. 1998, p. 878.
G. COUTURIER, *Plan social, accord collectif et convention de préretraite FNE, Les enseignements de la jurisprudence Total raffinage distribution (Cass. soc. 26 janvier 2000 et 23 juin 1999)*, Dr. soc. 2000, p. 392.
G. COUTURIER, *Les finalités et les sanctions du formalisme*, Defrénois 2000, art. 37209.

G. COUTURIER, *Nullités de transaction (Cass. soc. 14 juin et 24 octobre 2000)*, Dr. soc. 2001, p. 23.
P. CUCHE, *La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique*, D.H. 1932, p. 101.

D

J. DABIN, *Droit de classe et droit commun, quelques réflexions critiques,* in *Mélanges E. Lambert*, 1938, t. 3, p. 66.
S. DARMAISIN, *L'ordinateur, l'employeur et le salarié*, Dr. soc. 2000, p. 580.
I. DAUGAREILH, *La résolution judiciaire du contrat de travail*, Dr. soc. 1992, p. 805.
I. DAUGAREILH, *La lutte contre les discriminations raciales : nouveau combat...nouvelles perspectives ?*, RD san. soc. 1999, p. 697.
M. DE JUGLART, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, Rev. trim. dr. civ. 1945, p. 1.
M. DE JUGLART, *Le droit aérien actuel est-il un droit autonome ?*, D. 1954, chron. p. 117.
J. DEPREZ, *Naissance de la norme dans l'entreprise : interprétation de la volonté de l'employeur et constatation de l'usage*, Dr. soc. 1987, p. 637.
J. DEPREZ, *Modification du contrat de travail, acceptation tacite des modifications unilatérales apportées à la condition du salarié*, Bull. soc. Fr. Lef. 10/87, p. 401.
J. DEPREZ, *La part faite à l'idée de négociation dans la théorie juridique des usages d'entreprise*, Dr. soc. 1988, p. 57.
J. DEPREZ, *La Cour de cassation*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 169.
J. DEPREZ, *Conventions et accords collectifs, accords atypiques, usages*, RJS 1/92, p. 3.
R. DE QUENAUDON, *Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé*, Dr. soc. 1981, p. 401.
R. DE QUENAUDON, *Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 265.
B. DESJARDINS, *La réintégration*, Dr. soc. 1992, p. 766.
M. DESPAX, *La vie professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail*, JCP 1963, I, 1776.
M. DESPAX, *L'application des conventions collectives en dehors de leur domaine d'application normal*, Dr. soc. 1965, p. 384.
M. DESPAX, *L'acceptation tacite par le salarié de modifications aux conditions de travail initialement convenues avec l'employeur*, in *Mélanges dédiés à G. Marty*, 1978, p. 449.
M. DESPAX, *La mesure de l'application de la loi sur les conventions collectives à la négociation d'entreprise : les accords en marge de la loi*, Dr. soc. 1982, p. 672.
M. DESPAX, *Les paradoxes de la négociation d'entreprise*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 267.
O. DE TISSOT, *La protection de la vie privée du salarié*, Dr. soc. 1995, p. 222.
E. DOCKES, *L'engagement unilatéral de l'employeur,* Dr. soc. 1994, p. 227.
E. DOCKES, *La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail*, Dr. soc. 1997, p. 140.

M. DOMINGO, *Synthèse*, Gaz. Pal. 1996, 2, p. 1437.
F. DREIFFUS-NETTER, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Rev. trim. dr. civ. 1990, p. 369.
F. DREIFFUSS-NETTER, *Encycl. Dalloz, Rép. civil*, v° *Renonciation*, 1° janvier 1989, n° 42.
J.-J. DUPEYROUX, *Avant-propos, Droit civil et Droit du travail : l'impasse*, Dr. soc. 1988, p. 371.
J. DUPUY, *La démission du salarié*, D. 1980, chron. XXXVII, p. 253.
P. DURAND, *Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail*, JCP 1944, I, 387.
P. DURAND, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, Rev. trim. dr. civ. 1944, p. 73.
P. DURAND, *Le particularisme du droit du travail*, Dr. soc. 1945, p. 298.
P. DURAND, *La notion juridique de l'entreprise*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 3 1947, p. 45.
P. DURAND, *La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé*, D. 1956, chron. XV.
A. DURIEUX, S. JOURDAIN, *L'entreprise barbare*, éd. Albin Michel 1999.
M. DUVERGER, *Essai sur l'autonomie du droit professionnel*, Dr. soc. 1944, p. 276 et Dr. soc. 1945, p. 20.

E

M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *La sophistication des clauses du contrat de travail*, Dr. ouvr. 1997, p. 478.
M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise*, RJS 4/00, p. 260.
E. ESCOLANO, *Le droit à l'information des travailleurs*, in *L'information en droit privé, travaux de la conférence d'agrégation*, sous la direction de Y. Loussouarn et P. Lagarde, préface de Y. Loussouarn, LGDJ 1978, Bibl. de dr. privé, t. 152, p. 161.
A. ETIENNOT, *Information et justification de la maladie du salarié*, Les chroniques de jurisprudence sociale du CERIT, mars 1999, p. 8.
A. ETIENNOT, P. ETIENNOT, *Les obligations du salarié pendant un arrêt de travail pour maladie*, Bull. soc. F.Lefebvre 1993, p. 525.
D. EVERAERT, *La valeur du silence en droit des contrats*, Les Petites Affiches 8 mars 1993, n° 29, p. 14.

F

D. FABRE, *Les promesses d'embauche*, in *Les aspects juridiques du recrutement*, Litec 1994, p. 95.
M. FABRE-MAGNAN, *Le contrat de travail défini par son objet*, in *Le travail en perspectives* (Dir. A. SUPIOT), LGDJ 1998, p. 101.
J. FAVARD, *Le labyrinthe des droits fondamentaux*, Dr. soc. 1999, p. 215.
F. FAVENNEC-HERY, *La rupture d'un contrat de travail non exécuté*, Dr. soc. 1999, p. 484.
F. FAVENNEC-HERY, *Vers la relativité de la notion de faute grave ?*, RJS 9-10/00, p. 603.
L. FAVOREU, *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les différentes branches du droit*, in *Etudes en l'honneur de L. Hamon*, Economica 1982, p. 235.

L. FAVOREU, *La constitutionnalisation du droit*, in *Mélanges offerts à R. Drago*, Economica 1996, p. 25.
D. FERRIER, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D. 1980, chron. p. 178.
P. FIESCHI-VIVET, Rép. Trav., *Contrat de travail (Existence-Formation)*, 1er janvier 1993.
L. FINEL, *La démission implicite*, Gaz. Pal. 1997, 2° sem., Doctr., p. 1273.
J. FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, in *Le droit privé français au milieu du XX° siècle, études G. Ripert*, LGDJ 1950, t. 1, p. 93.
V. FORTIER, *La fonction normative des notions floues*, Rev. Rech. Jur. 1991-3, p. 755.
J. FRAYSSINET, *Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 596.
C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1988, p. 43.
C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques, jurisprudence commentée*, Dr. soc. 1988, p. 464.
M.-A. FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 573.
M.-A. FRISON-ROCHE, *Rapport de synthèse*, RJCom., n° spécial, nov. 1995, p. 151.
M.-A. FRISON-ROCHE, *Unilatéralité et consentement*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud*, Economica 1999, p. 21.
J. FROSSARD, *Les recours à l'action unilatérale*, Dr. soc. 1987, p. 496, spéc. p. 498.
J.-Y. FROUIN, *La protection des droits de la personne et des libertés du salarié*, CSBP 1998, n° 99, p. 123.

G

Y. GASSER, *La motivation de la lettre de licenciement*, Bull. soc. Fr. Lef. 7-8/00, p. 333.
R. GASSIN, *Lois spéciales et droit commun*, D. 1961, chron. p. 91.
F. GAUDU, *Le contrôle de l'exécution du plan social*, Dr. soc. 1994, p. 492.
F. GAUDU, *L'extinction du plan social (contribution à l'étude du terme et de la résiliation des engagements par volonté unilatérale)*, D. 1995, chr. p. 337.
F. GAUDU, *Du statut de l'emploi au statut de l'actif*, Dr. soc. 1995, p. 536.
F. GAUDU, *Travail et activité*, Dr. soc. 1997, p. 121.
F. GAUDU, *Les droits sociaux*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 5° éd. 1999, p. 583.
F. GAUDU, *L'ordre public en droit du travail*, in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI° siècle*, LGDJ 2001, p. 363.
B. GAURIAU, *La nullité du licenciement et la personne du salarié*, Dr. soc. 1993, p. 738.
B. GAURIAU, *Le référendum, un préalable nécessaire ?*, Dr. soc. 1998, p. 338.
B. GAURIAU, *L'annulation conventionnelle du licenciement*, Dr. soc. 1999, p. 785.
B. GAURIAU, *Le référendum et les accords « Aubry II » (A propos de l'article 19 de la loi)*, Dr. soc. 2000, p. 311.
P.-Y. GAUTIER, *Les interactions du droit civil et du droit du travail*, in *Les sources du droit du travail, sous la direction de B. Teyssié*, PUF 1998, p. 129.
F. GEA, *Le plan social, un acte normateur*, D. 2000, chron. p. 550.

F. GEA, *Heurs et malheurs de la résiliation judiciaire en droit du travail, in La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, C. Marraud, F. Kessler, F. Géa (Dir.), PUS 2000, p. 497.
F. GEA, *Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement*, RJS 7-8/00, p. 511.
F. GENY, *Le particularisme du droit fiscal*, Rev. trim. dr. civ. 1931, p. 797.
J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990, p. 147.
M. GREVY, *Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ?*, Dr. soc. 1995, p. 329.
J. GRIMALDI D'ESDRA, *Nature et régime juridiques du référendum en droit social*, Dr. soc. 1994, p. 397.
J. GRINSNIR, *Les dispositions nouvelles relatives "au recrutement individuel et aux libertés individuelles" (loi du 31 décembre 1992)*, Dr. ouv. 1993, p. 237.
F. GRUA, *Les divisions du droit*, Rev. trim. dr. civ. 1993, p. 59.
C. GRZEGORCZYK, *L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit*, Droits/7, PUF 1988, p. 47.
M.-A. GUERICOLAS, *La force majeure en droit du travail*, in *Etudes de droit du travail offertes à A. Brun*, 1974, p. 257.
J.-C. GUIBAL, *Point de vue : plaidoyer pour un « contrat collectif d'entreprise »*, Dr. soc. 1986, p. 602.
N. GUIMEZANES, Juris-Cl. Dr. internat. privé français, Fasc. 525-B-2, *Conditions des étrangers en France, Droits professionnels, professions salariées*, novembre 1994.

H

N. HAUSER COSTA, *La promesse d'embauche*, RJS 5/97, p. 331.
M. HAUTEFORT, *Un CV « enjolivé » n'est pas falsifié*, Les Echos, mardi 30 mars 1999, p. 54.
P. HEBRAUD, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, in *Mélanges Maury*, t. 2, 1960, p. 419.
F. HENOT, *Pratiques référendaires et gouvernabilité de l'entreprise*, in *La gouvernabilité*, ouvrage collectif CURAPP, PUF 1996, p. 129.
M. HENRY, *La réintégration des salariés non protégés*, Dr. ouvr. 1995, p. 371.
J. HERON, *Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé*, Droits/7, L'acte juridique, PUF 1988, p. 85.
C. HUBERLANT, *Antinomie et recours aux principes généraux, in Les antinomies en droit*, C. Perelman (Dir.), Bruxelles, éd. Bruylant 1965, p. 204.
J. HUET, *La valeur juridique de la télécopie (ou fax) comparée au télex*, D. 1992, chron. p. 33.

I

T.R. IONASCO, *De la volonté dans la formation des contrats*, in *Rec. d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. 2, Sirey 1934, p. 368.
M.-L. IZORCHE, *A propos du « mandat sans représentation »*, D. 1999, p. 369.

J

C. JAUFFRET-SPINOSI, *Le domaine du contrat, Rapport français*, in *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, D. Tallon, D. Harris (Dir.), LGDJ 1987, Bibl. dr. priv., t. 196, p. 91.

J.-C. JAVILLIER, *Une illustration du conflit des logiques (droit à la santé et droit des obligations) : le contrôle médical patronal des absences en cas de maladie du salarié*, Dr. soc. 1976, p. 215.
J.-C. JAVILLIER, *Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : normalisation du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise* , in *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes G.-H. Camerlynck,* Dalloz 1978, p. 101.
J.-C. JAVILLIER, *Le contenu des accords d'entreprise*, Dr. soc. 1982, p. 691.
J.-C. JAVILLIER, *Le patronat et les transformations du Droit du travail*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 193.
J.-C. JAVILLIER, *Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail, (le cas des représentations des salariés dans l'entreprise)*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 219.
J.-C. JAVILLIER, *Faut-il déréglementer les relations de travail ?*, D. 1995, chron. p. 395.
A. JEAMMAUD, *Pour une conception matérialiste du droit du travail*, Dr. soc. 1978, p. 337.
A. JEAMMAUD, *La résiliation judiciaire du contrat de travail face au droit du licenciement*, D. 1980, chron. p. 47.
A. JEAMMAUD, *Introduction*, in F. Collin, R. Dhoquois, P.-H. Gouttierre, A. Jeammaud, G. Lyon-Caen, A. Roudil, *Le droit capitaliste du travail*, coll. crit. du droit, PUG 1980, p. 11.
A. JEAMMAUD, *Les principes dans le droit français du travail*, Dr. soc. 1982, p. 618.
A. JEAMMAUD, *Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail*, Dr. soc. 1986, p. 399.
A. JEAMMAUD, *Les polyvalences du contrat de travail, in Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 299.
A. JEAMMAUD, *La règle de droit comme modèle*, D. 1990, chron. p. 199.
A. JEAMMAUD, *Le droit constitutionnel dans les relations de travail*, AJDA 1991, p. 612.
A. JEAMMAUD, *L'état du contentieux judiciaire social*, Dr. soc. 1993, p. 445.
A. JEAMMAUD, *La place du salarié individu dans le droit français du travail*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 347.
A. JEAMMAUD, *La renonciation du salarié*, Dr. ouvr. 1997, p. 535.
A. JEAMMAUD, *Introduction à la sémantique de la régulation juridique*, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ 1998, p. 66.
A. JEAMMAUD, *Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente*, Dr. soc. 1999, p. 115.
A. JEAMMAUD, *Retour sur une transaction en quête de stabilité*, Dr. soc. 1999, p. 351.
A. JEAMMAUD, *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail, - A propos de l'arrêt Labbane*, Dr. soc. 2001, p. 227.
A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, *L'incertain droit à l'emploi*, Travail, Genre et Sociétés, n° 2, nov. 1999, p. 29.
A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, *Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi*, Dr. soc. 2001, p. 417.

A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, chron. p. 359.
A. JEAMMAUD, E. SERVERIN, *Evaluer le droit*, D. 1992, chron. p. 263.
A. JEAMMAUD, A. VENNIN, *Le contentieux du travail à partir et au-delà des chiffres*, Droit et Société 1993, n° 25, p. 395.
P. JESTAZ, *L'engagement par volonté unilatérale*, in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, éd. Bruylant-Dalloz 1994, p. 3.
D. JOSEPH, *L'état de santé , élément de la vie privée du salarié ? SIDA - secret médical - emploi*, Dr. ouv. 1990, p. 378.
P. JOURDAIN, *Le devoir de « se » renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)*, D. 1983, chron. p. 139.

K

H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, Arch. phil. dr. 1940, p. 33.

L

J.-P. LABORDE, *Santé mentale et perte d'emploi*, Dr. soc. 1991, p. 563.
X. LAGARDE, *Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement*, Dr. soc. 1998, p. 890.
X. LAGARDE, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, JCP 1999, I, 170.
X. LAGARDE, *Transaction et ordre public*, D. 2000, chron. p. 217.
X. LAGARDE, *La nature juridique de la cause de licenciement*, JCP 2000, I, 254.
E. LAMBERT, P. PIC, P. GARRAUD, *Les sources et l'interprétation de la législation du travail en France*, Rev. int. trav., t. XIV, 1926.
P. LANGLOIS, *Droit civil et contrat collectif de travail*, Dr. soc. 1988, p. 395.
P. LANGLOIS, *Les usages*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 285.
P. LANGLOIS, *La définition du cadre de la négociation collective annuelle obligatoire*, Dr. soc. 1990, p. 603.
P. LANGLOIS, *La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail*, D. 1997, chron. p. 45.
M.-T. LANQUETIN, *Un tournant en matière de preuve des discriminations*, Dr. soc. 2000, p. 589.
B. LAPEROU, *La notion de harcèlement moral dans les relations de travail*, RJS 6/00, p. 423.
P. LE CANNU, *Existe-t-il une société de droit commun ?*, in *Prospectives du droit économique, dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 247.
H. LECUYER, *La modification unilatérale du contrat, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud*, Economica 1999, p. 47.
P LE TOURNEAU, *Quelques aspects de l'évolution des contrats, in Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Sirey 1985, p. 349.
P. LE TOURNEAU, *De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, D. 1987, chron. p. 101.
P. LE TOURNEAU, *Les professionnels ont-ils du coeur ?*, D. 1990, chron. p. 21.
S. LICARI, *De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral au travail*, Dr. soc. 2000, p. 492.
D. LOCHAK, *Réflexions sur la notion de discrimination*, Dr. soc. 1987, p. 778.

Y.-E. LOGEAIS, M. DELTEIL, L. LAUTRETTE, *L'obligation d'information en matière de retraite*, Petites Affiches 2000, n° 85, p. 4 et n° 86, p. 4.
G. LOISEAU, *L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail*, in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI° siècle*, LGDJ 2001, p. 579.
C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, in *L'information en droit privé, travaux de la conférence d'agrégation*, sous la direction de Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE, préface de Y. LOUSSOUARN, LGDJ 1978, Bibl. de dr. privé, t. 152, p. 305.
F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel, in Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 97.
A. LYON-CAEN, *Le comité d'entreprise à l'heure du changement*, Dr. soc. 1982, p. 300.
A. LYON-CAEN, *Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel*, Dr. ouvr. 1986, p. 355.
A. LYON-CAEN, *L'égalité et la loi en droit du travail*, Dr. soc. 1990, p. 68.
A. LYON-CAEN, *Le maintien dans l'emploi*, Dr. soc. 1996, p. 655.
A. LYON-CAEN, I. VACARIE, *Droits fondamentaux et droit du travail*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI° siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz 2001, p. 421.
G. LYON-CAEN, *Faut-il refaire le Code du travail ?*, D. 1966, chron. p. 33.
G. LYON-CAEN, *Défense et illustration du contrat de travail*, Arch. de Philosophie du Droit, t. 13, Sirey 1968, p. 59.
G. LYON-CAEN, *Anomie, autonomie et hétéronomie du droit du travail*, in *Mélanges P. Horion 1972*, p. 173.
G. LYON-CAEN, *Négociation collective et législation d'ordre public,* Dr. soc. 1973, p. 89.
G. LYON-CAEN, *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail (Première approche)*, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 229.
G. LYON-CAEN, *Les principes généraux du droit du travail, in Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 35.
G. et A. LYON-CAEN, *La « doctrine » de l'entreprise, in Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec 1978, p. 610.
G. LYON-CAEN, *La fraude à la loi en matière de licenciement*, Dr. soc. 1978, Sp. 67.
G. LYON-CAEN, *La bataille truquée de la flexibilité*, Dr. soc. 1985, p. 801.
G. LYON-CAEN, *Le droit au travail*, in *Les sans-emplois et la loi*, Quimper, éd. Calligrammes 1988, p. 203.
G. LYON-CAEN, *Divagations sur un adjectif qualificatif, in Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF 1992, p. 345.

M

P. MAISTRE DU CHAMBON, V. LARRIBAU-TERNEYRE, S. BORIES, X. HENRY, *Où trouver la jurisprudence ?*, D. 2000, chron. p. 197.
P. MALAURIE, *La pensée juridique du droit civil au XX° siècle*, JCP 2001, p. 9.
P. MALINVAUD, *La protection du consommateur*, D. 1981, chron. p. 49.
L. MALLET et M.-L. MORIN, *La détermination de l'emploi occupé*, Dr. soc. 1996, p. 660.

C. MARRAUD, *L'effectivité du reçu pour solde de tout compte*, RJS 11/96, p. 723.

C. MARRAUD, S. SCHMITT, *Les désaccords d'un cadre et de son employeur*, RJS 11/94, p. 730.

P. MARTIN, M.-L. POUCHADON, *Les chômeurs et leurs droits : itinéraire d'une mobilisation collective*, Dr. soc. 2000, p. 744.

B. MATHIEU, J.-Y. FROUIN, *Le juge social et la Constitution*, in *Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation 1938-1998*, La doc. franç. 2000, p. 103.

Y. MAYAUD, *Responsables et responsabilités*, Dr. soc. 2000, p. 941.

A. MAZEAUD, *Regard sur une « Actualité jurisprudentielle »*, Dr. soc. 1999, p. 279.

D. MAZEAUD, *Les clauses pénales en droit du travail*, Dr. soc. 1994, p. 343.

J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. SAVATIER*, PUF 1986, p. 41.

J. MESTRE, *Des limites de l'obligation de renseignement*, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 339.

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

J. MESTRE, *De la réticence dolosive*, Rev. trim. dr. civ. 1988, p. 336.

F. MEYER, C. SACHS-DURAND, *L'évolution du rapport salarial*, in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales - évolutions récentes, Et. en hommage à Mme le Pr. H. Sinay*, Peter Lang 1994, p. 369.

A. MEYRIEUX, Y. MAYNE, *Délégation de pouvoirs : du droit pénal au droit social*, JSL 1999, n° 45, p. 4.

M. MINE, *Le droit communautaire dans la pratique du droit social, brefs propos sur les apports du droit communautaire en matière de discrimination*, Dr. ouv. 2000, p. 97.

J.-M. MIR, *La modification substantielle du contrat de travail pour motif économique*, Rev. Dr. Trav. janvier 1995, p. 5.

P. MISTRETTA, *L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive*, Petites Affiches, 5 juin 1998, n° 67, p. 4.

A. MOLE, *Au-delà de la loi informatique et libertés*, Dr. soc. 1992, p. 603.

N. MOLFESSIS, *La nature juridique des recommandations patronales*, Rev. trim. dr. civ. 2000, p. 200.

M. MORAND, *Les nouveaux acteurs de la négociation collective d'entreprise, le préalable de l'accord de branche*, TPS 1997, p. 8.

M. MOREAU, *Les règlements de fin de conflit (protocole, protocole d'accord ou accord de fin de conflit)*, Dr. soc. 2001, p. 139.

M.-L. MORIN, *Des titulaires du droit à la négociation collective*, Dr. soc. 1988, p. 24.

M.-L. MORIN, *Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective*, Dr. soc. 1997, p. 25.

P. MORVAN, *Le droit pénal des institutions représentatives du personnel*, Dr. soc. 2000, p. 987.

J. MORVILLE, *La démission, une jurisprudence abondante mais nuancée*, CSBP 1990, n° 19, p. 115.

J. MOULY, *Les modifications disciplinaires du contrat de travail, chronique d'humeur à propos d'un revirement*, D. 1999, chron., p. 359.

J. MOULY, *Sur le recours au contrat de travail à durée déterminée dans le sport professionnel - le droit commun du travail a-t-il encore un avenir dans le domaine du sport ?*, Dr. soc. 2000, p. 507.
J. MOULY, *La résolution judiciaire du contrat de travail à durée déterminée des salariés victimes d'une inaptitude physique à l'emploi : une résolution judiciaire en trompe-l'œil*, Dr. soc. 2000, p. 1068.
P. MOUSSY, *Les motifs personnels de la modification substantielle du contrat de travail*, Dr. ouv. 1996, p. 49
P. MOUSSY, *Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du "renouveau" du contrat de travail)*, Dr. ouvr. 1999, p. 1.
P. MOUSSY, *Variations sur la requalification*, Dr. ouv. 2000, p. 319.
J. MULLER-JACQUOT, *La Directive CEE 91/553 du 14 octobre 1991 et ses incidences sur le contrat de travail*, Dr. ouv. 2000, p. 114.

N

C. NOURISSAT, *La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ?*, D. 2000, chron. p. 369.

O

J.-J. OECHSLIN, *Les employeurs et les normes internationales du travail,* in *Mélanges en l'honneur de N. Valticos*, Pédone 1999, p. 585.
J.-M. OLIVIER, *Les conflits de source en droit du travail interne*, in *Les sources en droit du travail (dir. B. Teyssié)*, PUF 1998, p. 194.
P. OLLIER, *L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources du droit dans l'entreprise*, Dr. soc. 1982, p. 680.
B. OPPETIT, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, chron. p. 107.
P. ORIANNE, *Les standards et les pouvoirs du juge*, Rev. Rech. Jur. 1988-4, p. 1037.

P

G. PAISANT, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, JCP 1993, I, 3655.
R. PASCRE, *Le « contrat collectif d'entreprise » dévastateur*, Dr. ouvr. 1986, p. 266.
g, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, p. 129.
J. PELISSIER, *Observations à propos de la notion de licenciement individuel*, in *Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 83.
J. PELISSIER, *Le licenciement et les autres modes de rupture du contrat de travail*, Dr. soc. avril 1978, Sp. 6.
J. PELISSIER, *Le recours à la négociation individuelle : les accords de rupture des contrats de travail*, Dr. soc. 1987, p. 479.
J. PELISSIER, *Droit civil et contrat individuel de travail*, Dr. soc. 1988, p. 387.
J. PELISSIER, *L'élaboration laborieuse d'un droit du licenciement*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 349.
J. PELISSIER, *La liberté du travail,* Dr. soc. 1990, p. 19.
H. PERREAU, *Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence*, Rev. trim. dr. civ. 1914, p. 481.
B. PETIT, *Contrats et obligations, Consentement*, J.-Cl. civil, Fasc. 3-A, août 1989.

M. PETIT, *Les questionnaires d'embauche*, Rev. prat. dr. soc. 1973, n° 335, p. 69.
G. PICCA, *Droit civil et droit du travail : contraintes et légitimité*, Dr. soc. 1988, p. 426.
A. PIROVANO, *La « boussole » de la société – Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997, p. 189.
P. POCHET, *Les apports de la jurisprudence récente relative à la lettre de licenciement*, Dr. soc. 1995, p. 655.
M. POIRIER, *La clause dérogatoire* in pejus, Dr. soc. 1995, p. 885.
G. POULAIN, *Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur*, Dr. soc. 1981, p. 754.
X. PRETOT, *L'inconstitutionnalité du droit à réintégration du salarié protégé licencié pour faute lourde*, Dr. soc. 1988, p. 755.
X. PRETOT, *Les bases constitutionnelles du droit social*, Dr. soc. 1991, p. 187.
X. PRETOT, *Les bornes constitutionnelles et la négociation collective*, TPS 1997, p. 6.
X. PRETOT, *Les sources du droit du travail au regard du droit public, in Les sources du droit du travail (B. Teyssié dir.)*, PUF 1998, p. 150.
X. PRETOT, *Le conseil constitutionnel et les 35 heures, quelques principes et bien des approximations*, Dr. soc. 2000, p. 257.
C. PUIGELIER, *La rupture du contrat de travail d'un salarié disparu*, Trav. prot. soc. 1997, chron. 10.
C. PUIGELIER, *La délégation de pouvoirs en matière d'accidents du travail*, JCP 1993, éd. E, I, n° 283, p. 457.

R

C. RADE, *Droit social et responsabilité civile*, Dr. soc. 1995, p. 495.
C. RADE, *A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique*, Dr. soc. 1999, p. 3.
C. RADE, *L'autonomie du droit du licenciement (brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions)*, Dr. soc. 2000, p. 178.
C. RADE, *Les limites au tout contractuel*, Dr. soc. 2000, p. 828.
C. RADE, *Haro sur le contrat*, Dr. soc. 2001, p. 514.
J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, p. 376.
J.-E. RAY, *Avant-propos. Nouvelles technologies, nouveau droit du travail ?*, Dr. soc. 1992, p. 519.
J.-E. RAY, *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination*, Dr. soc. 1992, p. 525.
J.-E. RAY, *Comité d'entreprise, transparence et dissuasion, étude critique de l'article L. 432-2-1 loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »*, Dr. soc. 1993, p. 215.
J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »*, Dr. soc. 1993, p. 103.
J.-E. RAY, *L'opération de recrutement*, in *Les aspects juridiques du recrutement*, Litec 1994, p. 115.
J.-E. RAY, *Le renouveau du contrat de travail*, Liais. soc. 1995, n° 95, p. 52.
J.-E. RAY, *Quelques questions autour de la loi Aubry I*, Dr. soc. 1998, p. 764.
J.-E. RAY, *Les grandes manoeuvres du droit de la négociation collective*, Dr. soc. 1999, p. 1018.
T. REVET, *L'objet du contrat de travail*, Dr. soc. 1992, p. 859.

T. REVET, *L'ordre public dans les relations de travail*, in *L'ordre public à la fin du XX° siècle*, Dalloz 1996, p. 52.
T. REVET, *La liberté du travail*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 5° éd. 1999, p. 563.
T. REVET, *La dignité de la personne humaine en droit du travail*, in M.-L. PAVIA et T. REVET (Dir.), *La dignité de la personne humaine*, coll. Etudes juridiques, Economica 1999, p. 137.
T. REVET, *Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Economica, Etudes juridiques, 1999, p. 53.
A. RIEG, *Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 20, Dalloz 1972, p. 40.
J. RIVERO, *Les libertés publiques dans l'entreprise*, Dr. soc. 1982, p. 421.
J. ROBERT, *Droit social et Libertés publiques, in Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation 1938-1998*, La doc. franç. 2000, p. 7.
P. RODIERE, *Construction européenne et droit du travail*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 33.
M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs*, Dr. soc. 1996, p. 396.
P. ROUBIER, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, Arch. phil. dr., *Le rôle de la volonté dans le droit*, Sirey 1957, p. 1.
G. ROUHETTE, *La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents*, in *Droits-7, L'acte juridique 1988*, p. 29.
G. ROUHETTE, *La force obligatoire du contrat, rapport français, observations critiques*, in *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, D. Tallon, D. Harris (Dir.), LGDJ 1987, Bibl. dr. priv., t. 196.
Y. ROUSSEAU, *Les offres d'emploi*, Dr. soc. 1992, p. 323.
R. ROUTIER, *De la valeur juridique du fax*, Les petites affiches, 5 mai 1992, p. 26.
C. ROY-LOUSTAUNAU, *Réflexions sur le rôle du juge dans la requalification-sanction du contrat de travail à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990*, JCP 1991, éd. E, I, p. 101.
C. ROY-LOUSTAUNAU, *Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée : requalification-interprétation et requalification-sanction*, Rev. rech. jur. 1992-3, p. 861.
C. ROY-LOUSTAUNAU, *Le formalisme des mentions obligatoires dans le contrat de travail à durée déterminée*, Dr. soc. 1997, p. 922.
L. ROZES, *Remarques sur l'ordre public en droit du travail*, Dr. soc. 1977, p. 311.

S

Y. SAINT-JOURS, *Existe-t-il un contrat de travail de droit public?*, Dr. soc. 1980, p. 187.
F. SARAMITO, *Les accords dérogatoires*, Dr. ouvr. 1990, p. 253.
A. SAUVIAT, *Emergence et mérites de la constitutionnalisation du droit privé*, Petites Affiches n° 214, 26 octobre 2000, p. 9.
J. SAVATIER, *La résiliation amiable du contrat de travail*, Dr. soc. 1985, p. 692.
J. SAVATIER, *Accords d'entreprise atypiques*, Dr. soc. 1985, p. 188.

J. SAVATIER, *La réduction du salaire : inexécution ou modification unilatérale du contrat de travail ?*, Dr. soc. 1986, p. 867.
J. SAVATIER, *La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise*, Dr. soc. 1986, p. 890.
J. SAVATIER, *Les accords collectifs d'intéressement et de participation*, Dr. soc. 1988, p. 89.
J. SAVATIER, *Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels*, Dr. soc. 1988, p. 135.
J. SAVATIER, *Le médecin du travail et le sort du salarié*, Dr. soc. 1987, p. 604.
J. SAVATIER, *La liberté dans le travail*, Dr. soc. 1990, p. 49.
J. SAVATIER, *L'obligation de négociation annuelle dans l'entreprise, quelle sanction ?*, Dr. soc. 1990, p. 154.
J. SAVATIER, *Décisions unilatérales de l'employeur à défaut d'un accord collectif prévu par la loi*, Dr. soc. 1990, p. 316.
J. SAVATIER, *L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique*, Dr. soc. 1990, p. 515.
J. SAVATIER, *La protection de la vie privée des salariés*, Dr. soc. 1992, p. 329.
J. SAVATIER, *Accord et usage d'entreprise*, RJS 4/95, p. 231.
J. SAVATIER, *Les accords collectifs conclus par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales (loi du 12 novembre 1996)*, Dr. soc. 1998, p. 330.
J. SAVATIER, *La disponibilité d'un emploi en vue d'une réintégration, d'un reclassement ou d'une priorité d'embauche*, Dr. soc. 1999, p. 146.
J. SAVATIER, *L'engagement de ne pas licencier certains salariés souscrits par un employeur dans une convention d'allocations spéciales FNE*, Dr. soc. 1999, p. 677.
J. SAVATIER, *Liberté religieuse et relation de travail*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI° siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz 2001, p. 455.
R. SAVATIER, *Le risque, pour l'homme, de perdre l'esprit, et ses conséquences en droit civil*, D. 1968, chron. XIX, p. 109.
A. SERIAUX, *L'engagement unilatéral en droit positif français actuel*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de C. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica 1999, p. 7.
Y. SERRA, *Les obstacles conventionnels au recrutement*, in *Les aspects juridiques du recrutement*, Litec 1994, p. 63.
E. SERVERIN, *Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice*, Droit et Société, 25/1993, p. 339.
E. SERVERIN, A. JEAMMAUD, *Concevoir l'espace jurisprudentiel*, Rev. trim. dr. civ. 1993, p. 91.
P. SIMLER, Juris-Cl. Notarial Répertoire, *Contrats et obligations - Interprétation des contrats - L'instrument : notions, normes, champ d'application*, mai 1992.
O. SIMON, *La nullité des actes juridiques pour trouble mental*, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 707.
H. SINAY, *Rigueur et ampleur de la réintégration*, Dr. soc. 1994, p. 552.
B. SOINNE, *Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur*, Dr. soc. 1983, p. 509.
R. SOUBIE, *L'obligation de négocier et sa sanction*, Dr. soc. 1983, p. 55.
R. SOUBIE, *Quelques réflexions sur les accords donnant-donnant*, Dr. soc. 1985, p. 614.

F. SOUBIRAN-PAILLET, *De nouvelles règles du jeu ? Le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier*, in *Deux siècles de droit du travail, l'histoire par les lois*, coll. Points d'appui, Les éditions de l'Atelier, Editions ouvrières 1998, p. 17.
A. SUPIOT, *Délégalisation, normalisation et droit du travail*, Dr. soc. 1984, p. 296.
A. SUPIOT, *Les accords préélectoraux*, Dr. soc. 1988, p. 115.
A. SUPIOT, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, Dr. soc. 1989, p. 195.
A. SUPIOT, *Pourquoi un droit du travail ?*, Dr. soc. 1990, p. 485.
A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc. 1992, p. 215.
A. SUPIOT, *Du bon usage des lois en matière d'emploi*, Dr. soc. 1997, p. 229.
A. SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, Dr. soc. 2000, p. 131.

T

C. TANTAROUDAS, *La force majeure dans le rapport individuel de travail*, Dr. soc. 1978, p. 223.
F. TAQUET, *Juris-Cl. Travail Traité*, Fasc. n° 32-20, *Transaction*, mai 1998.
F. TAQUET, *Modification substantielle du contrat de travail pour motif économique : premières réflexions sur le nouvel article L. 321-1-2 du Code du travail*, Rev. Dr. Trav. janvier 1994, p. 2 s.
A. TEISSIER, *L'obligation de reclassement dans le groupe*, JCP 2000, E, p. 1606.
F. TERRE, *Volonté et qualification*, in *Le rôle de la volonté dans le droit*, Arch. phil. dr. 1957, p. 99.
B. TEYSSIE, *L'information du salarié*, Dr. soc. 1981, p. 239.
B. TEYSSIE, *L'interlocuteur des salariés*, Dr. soc. 1982, p. 41.
B. TEYSSIE, *Personnes, entreprises et relations de travail*, Dr. soc. 1988, p. 374.
B. TEYSSIE, *Remarques sur le droit du travail*, in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec 1993, p. 495.
H. THIEBAULT, *L'employeur et le juge*, Dr. soc. 1997, p. 133.
G. THOMAS, *Le service militaire et le contrat de travail*, RPDS 1974, p. 79 s.
H. THUILLIER, *Contribution à la théorie des sources en droit du travail*, JCP 1974, I, 2649.
P. TRISSON-COLLARD, *La contribution du droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral*, Les Petites Affiches n° 49 du 9 mars 2000, p. 4.

V

I. VACARIE, *La renonciation du salarié*, Dr. soc. 1990, p. 757.
G. VACHET, *Les accords atypiques*, Dr. soc. 1990, p. 620.
G. VACHET, *Rép. Trav. Dalloz, v° transaction*, mars 1995.
G. VACHET, *L'obligation d'information dans les organismes de sécurité sociale*, RD san. soc. 1996, p. 32.
L. VAN EECKHOUT, *Un Français sur dix se déclare victime de violence dans l'entreprise*, Le Monde, 7 octobre 1998, Initiatives IV.
J. VAN RYN, *Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial*, Rev. trim. dr. com. 1953, p. 565.
F. VASSEUR-LOMBRY, *La bonne foi dans les relations individuelles de travail*, Petites Affiches 17 mars 2000, n° 55, p. 4.
R. VATINET, *La négociation au sein du comité d'entreprise*, Dr. soc. 1982, p. 675.

R. VATINET, *Le* mutuus dissensus, Rev. trim. dr. civ. 1987, p. 252.
D. VEAUX, Juris-Cl. civil, *Art. 2044 à 2058*, Fasc. 30, *Transaction, Conditions*, août 1995.
J.-M. VERDIER, *Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques*, JCP 1971, I, 1422.
J.-M. VERDIER, *L'apport des normes de l'OIT au droit français du travail, in Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 51.
J.-M. VERDIER, *En guise de manifeste : le droit du travail terre d'élection pour les droits de l'Homme*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF 1992, p. 427.
J.-M. VERDIER, *Interaction entre vie personnelle et vie professionnelle à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise*, Gaz. Pal. 1996, Doctr. p. 1419.
J.-M. VERDIER, *Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ?*, Dr. soc. 1997, p. 1040.
J.-M. VERDIER, *Représentants syndicaux ou élus des salariés, un droit positif encore chargé d'équivoques*, RJS 12/99, p. 824.
M. VERICEL, *Sur le pouvoir normateur de l'employeur*, Dr. soc. 1991, p. 120.
M. VERICEL, *Le formalisme dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1993, p. 818.
M. VERICEL, *La publication des décisions de justice en droit du travail*, Dr. soc. 1997, p. 108.
M. VERICEL, *Les substituts consensuels à l'accord collectif*, Dr. ouvr. 1997, p. 509.
M. VERICEL, *L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur ?*, Dr. soc. 2000, p. 1059.
P.-Y. VERKINDT, *La question de l'ordre des licenciements*, Dr. soc. 1996, p. 26.
P.-Y. VERKINDT, Juris-Cl. Travail Traité, *Retraite*, Fasc. 30-25, novembre 1996.
P.-Y.VERKINDT, Juris-Cl. Travail traité, *Rupture du contrat, introduction générale* Fasc. 30-1, août 1997.
P.-Y. VERKINDT, *L'ordre des licenciements*, RJS 12/97, p. 811.
P.-Y. VERKINDT, *De la consultation à la négociation : questions de procédure*, Dr. soc. 1998, p. 321.
A. VIALARD, *L'offre publique de contrat*, Rev. trim. dr. civ. 1971, p. 750.
A. VIANDIER, *La complaisance*, JCP 1980, I, 2987.
M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, Arch. phil. dr. 1957, p. 87.
G. VIVIEN, *De l'erreur déterminante et substantielle*, Rev. trim. dr. civ. 1992, p. 305.

W

P. WAQUET, *La réintégration du salarié illégalement licencié*, Dr. soc. 1991, p. 60.
P. WAQUET, *La modification du contrat de travail : à propos d'un tournant dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, CSBP 1993, n° 47, p. 57.
P. WAQUET, *La lettre de rupture par l'employeur d'un contrat de travail*, RJS 11/93, p. 631.
P. WAQUET, *Vie personnelle et vie professionnelle du salarié*, CSBP 1994, n° 64, p. 289.

P. WAQUET, *Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance*, Gaz. Pal. 1996, 2, p. 1427.
P. WAQUET, *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, RJS 12/96, p. 791.
P. WAQUET, *Les plans sociaux*, RJS 5/96, p. 303.
P. WAQUET, *Les pouvoirs de requalification du juge*, Dr. ouvr. 1997, p. 122.
P. WAQUET, *Les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dr. soc. 1998, p. 62.
P. WAQUET, *Le renouveau du contrat de travail*, RJS 5/99, p. 383.
P. WAQUET, *Le pouvoir de direction et les libertés des salariés*, Dr. soc. 2000, p. 1051.
P. WAQUET, *Les libertés dans l'entreprise*, RJS 5/00, p. 335.
P. WAQUET, *La cause économique du licenciement*, Dr. soc. 2000, p. 168.
P. WAQUET, *La vie personnelle du salarié*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI° siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz 2001, p. 513.
F. WASSMER, *La rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée, in La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, C. Marraud, F. Kessler, F. Géa (Dir.), PUS 2000, p. 475.

NOTES, COMMENTAIRES, OBSERVATIONS, RAPPORTS, CONCLUSIONS

A

B. A. note sous Cass. soc. 14 novembre 1963, JCP 1964, II, 13559.
K. ADOM note sous Cass. soc. 5 octobre 1994, D. 1995, Petites Affiches, n° 101, 23 août 1995.
E. ALFANDARI note sous CA Colmar du 30 janvier 1970, D. 1970, p. 297.
ALPHANDERY rapport sur Cass. req. 2 décembre 1901, DP 1902, I, p. 403.
P.-H. ANTONMATTEI note sous Cass. soc. 25 janvier 1995, JCP 1995, I, 3901.
J.-L. AUBERT note sous Cass. civ. 1°, 1 décembre 1969, JCP 1970, II, 16445.
T. AUBERT-MONPEYSSEN comm. sous Cass. soc. 18 novembre 1998, D. 1999, Somm. 178.
T. AUBERT-MONTPEYSSEN note sous Cass. soc. 16 février 1999, D. 2000, jur. p. 97.
T. AUBERT-MONPEYSSEN note sous Cass. soc. 28 mars 2000, JCP 2001, E, p. 233.
G. AUZERO note sous Cass. soc. 5 mai 1998, D. 1998, jurisp. p. 608.

B

J. BARTHELEMY note sous Cass. soc. 13 novembre 1996, JCP 1997, éd. E, II, 911.
J. BARTHELEMY obs. sous Cass. soc. 4 janvier 2000, Dr. soc. 2000, p. 439.
J. BARTHELEMY obs. sous Cass. soc. 4 janvier 2000, Dr. soc. 2000, p. 449.
G. BELIER obs. sous Cass. soc. 10 mai 1994, Dr. soc. 1994, p. 718.

A. BENABENT obs. sous Cass. soc. 12 février 1997, Defrénois 1997, art. 36640, n° 123.
J.-M. BERAUD comm. Sous Cass. soc. 16 juillet 1987, D. 1988, somm. 97.
H. BLAISE note sous Cass. soc. 3 mai 1979, Dr. soc. 1980, p. 40.
H. BLAISE note sous Cass. soc. 31 mars 1993, JCP 1993, II, 22165 et éd. E, II, 501.
H. BLAISE obs. sous Cass. soc. 9 avril 1996, Dr. soc. 1996.
H. BLAISE obs. sous Cass. soc. 10 juillet 1996, Dr. soc. 1996, p. 976.
H. BLAISE obs. sous Cass. soc. 30 octobre 1996, Dr. soc. 1997, p. 97.
M. BLANCHET concl. sur Cass. soc. 9 mars 1957, 4 arrêts, Dr. soc. 1957, p. 278.
C. BOISSEL comm. sous Cass. soc. 4 juin 1998, D. 1999, Somm. 35.
M. BONNECHERE note sous CJCE 4 décembre 1997, aff. C-253/96 à C-258/96, Kampelmann et a., Dr. ouvr. 1998, p. 235.
G. BORENFREUND obs. sous Cass. soc. 25 janvier 1995, Dr. soc. 1995, p. 274.
D. BOULMIER note sous Cass. soc. 1° février 2000 (2 arrêts), JCP 2000, E, p. 760.
D. BOULMIER note sous Cass. soc. 28 mars 2000, JCP 2000, G, II, 10393.
J. BRETHE DE LA GRESSAYE note sous Cass. soc. 9 mars 1957, 4 arrêts, D. 1958, p. 91.
A. BRUN comm. sous Cass. civ. 3°, 10 décembre 1997, D. 1999, Somm. 9.

C

G.-H. C. note sous Cass. soc. 8 janvier 1969, JCP 1969, II, 15912.
CABANNES concl. sur Cass. ass. plén. 4 mars 1983, D. 1983, p. 381.
G.-H. CAMERLYNCK, note sous Cass. soc. 13 novembre 1959, JCP 1960, II, 11450.
J. CARBONNIER, note sous Cass. soc. 24 mars 1958, JCP 58, II, 10868.
P. CHAUVEL note sous Cass. civ. 1°, 1° juillet 1995, D. 1997, p. 20.
Y. CHAUVY concl. sur Cass. soc. 20 décembre 1991, D. 1992, p. 73.
Y. CHAUVY, *Le refus d'une modification non substantielle du contrat de travail : licenciement par l'employeur et imputabilité de la rupture au salarié*, conclusions sous Cass. soc. 25 juin 1992, Dr. soc. 1992, p. 818.
Y. CHAUVY concl. sur Cass. soc. 1° juin 1994, Dr. soc. 1994, p. 783.
Y. CHAUVY concl. sur Cass. soc. 22 février 1995, JCP 95, II, 22433.
J.-P. CHAZAL, note sous Cass. civ. 1° 30 mai 2000, D. 2000, jur. p. 879.
J. CHEVALLIER obs. sous Cass. soc. 5 juillet 1965, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 283.
A. CHEVILLARD obs. sous Cass. soc. 19 décembre 1990, JCP, E, 1991, I, 53, n° 8.
M. COHEN obs. sous Cass. soc. 8 novembre 1994, Dr. soc. 1995, p. 68.
M. COHEN obs. sous Cass. soc. 21 février 1996, Dr. soc. 1996, p. 640.
M. COHEN obs. sous Cass. soc. 5 mars 1996, Dr. soc. 1996, p. 537.
D. CORRIGNAN-CARSIN note sous Cass. soc. 5 mars 1996, JCP 1996, II, n° 22631.
P. COURBE, note sous TGI Rouen, Réf., 16 avril 1987, JCP 88, II, 20970.
G. COUTURIER obs. sous Cass. soc. 28 avril 1988, Clavaud, Dr. soc. 1988, p. 428.
G. COUTURIER note sous Cass. soc. 5 juin 1996, Dr. soc. 1996, p. 973.
G. COUTURIER obs. sous Cass. soc. 19 novembre 1996, Dr. soc. 1997, p. 95.

G. COUTURIER obs. sous Cass. soc. 12 février 1997, Dr. soc. 1997, p. 421.
G. COUTURIER obs. sous Cass. soc. 5 mars 1997, Ammann et a./Fisons Laboratoires, Dr. soc. 1997, p. 531.
G. COUTURIER obs. sous Cass. soc. 18 mars 1997, Dr. soc. 1997, p. 546.
G. COUTURIER obs. sous Cass. soc. 19 novembre 1997, Cappelle et Ruellan/Sté P&O Ferrymasters, Dr. soc. 1998, p. 89.
G. COUTURIER obs. sous Cass. soc. 19 novembre 1997, Anelli et a./Sté Manducher, dr. soc. 1998, p. 89.
G. COUTURIER obs. sous Cass. soc. 10 décembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 202.
G. COUTURIER note sous Cass. soc. 30 mai 2000, Dr. soc. 2000, p. 785.

D

M. DEL SOL note sous CA Paris 18° ch. E 14 mars 1996, JCP 1997, éd. E, II, 962.
M. DEL SOL note sous Cass. soc. 15 juillet 1998, JCP 1999, éd. E, p. 181.
R. DE QUENAUDON note sous Cass. soc. 29 juin 1999, D. 2000, jurisp. p. 50.
K. DEROUVROY obs. sous CA Paris 21° ch. A, 5 février 1997, Dr. ouvr. 1997, p. 421.
P. DEUMIER note sous Cass. soc. 29 juin 1999, JCP 2000, E, p. 953.
J. DJOUDI note sous Cass. soc. 14 janvier 1997, D. 1997, p. 612.
J. DUPLAT concl. sur Cass. soc. 29 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 795.
J. DUPLAT concl. sur Cass. soc. 18 juillet 2000, RJS 11/00, p. 712.
F. DUQUESNE note sous Cass. soc. 10 mai 1999, JCP 1999, E, p. 1973.
F. DUQUESNE note sous Cass. soc. 5 octobre 1999, JCP 2000, E, p. 421.
G. DURRY obs. sous Cass. civ. 1°, 1° décembre 1969, Rev. trim. dr. civ. 1971, p. 164.

E

H. ECOUTIN concl. sur Cass. soc. 28 avril 1988, Clavaud, Dr. soc. 1988, p. 428.
M.-C. ESCANDE-VARNIOL note sous Cass. soc. 16 décembre 1997, JCP 1998, II, 10101.

F

P. FADEUILHE obs. sous Cass. soc. 24 novembre 1998, D. 1999, Somm. p. 174.
L. FAVOREU obs. sous Cons. const., décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, RFD Const. 1998, p. 640.
C. FREYRIA obs. sous Cass. soc. 7 janvier 1988, Dr. soc. 1988, p. 464,.
S. FROSSARD note sous Cass. soc. 23 mars 1999, D. 2001, p. 417.
J.-Y. FROUIN obs. sous Cass. soc. 18 juillet 2000, Dr. soc. 2000, p. 922.

G

Y. GAUDEMET note sous Cons. const., décision n° 85-200 DC 16 janvier 1986, Dr. soc. 1986, p. 372.
B. GAURIAU obs. sous Cass. soc. 16 février 1999, Dr. soc. 1999, p. 396.
B. GAURIAU obs. sous Cass. soc. 18 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 734.
B. GAURIAU obs. sous Cass. soc. 29 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 963.
B. GAURIAU obs. sous Cass. soc. 6 février 2001, Dr. soc. 2001, p. 436.
P.-Y. GAUTIER obs. sous Cass. soc. 20 décembre 1991, Rev. trim. dr. civ. 1992, p. 418.
P.-Y. GAUTIER obs. sous Cass. soc. 2 février 1994, Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 144.

P.-Y. GAUTIER obs. sous Cass. soc. 5 octobre 1994, Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 146.
P.-Y. GAUTIER obs. sous Cass. soc. 22 mai 1995, Rev. trim. dr. civ. 1996, p. 197.
P.-Y. GAUTIER obs. sous Cass. soc. 12 février 1997, Rev. trim. dr. civ. 1997, p. 693.
P.-Y. GAUTIER obs. sur Cass. ass. plén. 4 juillet 1997, Rev. trim. dr. civ. 1998, p. 134.
P.-Y. GAUTIER obs. sous Cass. soc. 16 février 1999, Rev. trim. dr. civ. 1999, p. 419.
E. GAYAT note sous CA Montpellier 1° avril 1999, Dr. ouvr. 1999, p. 500.
J. GRINSIR obs. sous Cass. soc. 5 janvier 1984, Dr. ouvr. 1985, p. 69.
J. GUILLEMOT note sous Cass. soc. 4 mars 1981, 2 arrêts, Dr. ouvr. 1982, p. 105.
J. GUILLEMOT note sous Cass. soc. 31 mars 1981, Dr. ouvr. 1982, p. 106.

H

M.-C. HALLER note sous Cass. crim. 30 novembre 1999, JSL 2000, n° 54, p. 18.
L. HAMON note sous Cons. const., décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983, Dr. soc. 1984, p. 159.
J. HAUSER obs. sous Cass. soc. 20 décembre 1991, Rev. trim. dr. civ., p. 365.
J. HAUSER obs. sous Cass. soc. 22 mai 1995, Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 862.
C. HOCHART note sous Cass. soc. 2 mars 1993, JCP éd. E, II, n° 513, p. 286.
J.-G. HUGLO note sous CJCE 25 juillet 1991, D. 1991, p. 443.

J

R. JAMBU-MERLIN note sous CA Douai 16 juin 1982, JCP 83, II, 20035.
F. JAULT-SESEKE M. MOREAU note sous Cass. soc. 20 octobre 1998, D. 1999, p. 525.
A. JEAMMAUD obs. sous Cass. soc. 12 novembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 75.
A. JEAMMAUD note sous Cass. ch. mixte 10 avril 1998, D. 1998, p. 389.
E. JEULAND note sous Cass. soc. 1° février 2000 (2 arrêts), JCP 2001, p. 33.
L. JOINET concl. sur Cass. ass. plén. 27 novembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 19.
S. JOLY note sous Cass. soc. 29 juin 1999, Petites Affiches 10 mars 2000, n° 50.

K

J.-P. KARAQUILLO comm. sous Cass. soc. 8 octobre 1996, D. 1999, Somm. p. 91.
R. KESSOUS *La recherche d'un reclassement dans le groupe, préalable au licenciement économique*, concl. sous Cass. soc. 25 juin 1992, Dr. soc. 1992, p. 826.

L

J.-P. LABORDE obs. sous Cass. soc. 5 octobre 1999, Dr. soc. 2000, p. 112.
J.-P. LABORDE obs. sous Cass. soc. 12 octobre 1999, Dr. soc. 2000, p. 113.
G. LACHAISE note sous Cass. soc. 22 septembre 1993, JCP 1994, éd. E, II, 617.
J. LACOSTE note sous Cass. soc. 1° avril 1954, JCP 1954, II, 8384.
P. LANGLOIS obs. sous Cass. soc. 25 avril 1979, D. 1980, IR 24.
P. LANGLOIS obs. sous Cass. soc. 8 novembre et 5 décembre 1979, D. 1980, IR 347.

P. LANGLOIS obs. sous Cass. soc. 19 janvier 1999, Dr. soc. 1999, p. 315.
J.-M. LATTES comm. sous Cass. soc. 28 mars 2000, D. 2000, Somm 375.
C. LEVY note sous CA Paris 16 mai 2000, Dr. ouv. 2000, p. 341.
J.-P. LHERNOULD note sous Cass. soc. 18 novembre 1998, JCP 1999, II, 10088.
J.-P. LHERNOULD note sous CA Lyon 27 janvier 1999, JCP 1999, E, p. 1738.
J.-P. LHERNOULD obs. sous Cass. soc. 18 juillet 2000, Dr. soc. 2000, p. 1024.
G. LOISEAU note sous Cass. civ. 1° 30 mai 2000, JCP 2001, p. 195.
Y. LOUSSOUARN obs. sous Cour d'appel de Colmar du 30 janvier 1970, Rev. trim. dr. civ. 1970, p. 755.
F. LUCHAIRE note sous Cons. const., décision n° 244-88 D.C. du 20 juillet 1988, D. 1989, p. 269.
A. LYON-CAEN obs. sous Cass. soc. 21 avril 1988, D. 1988, Somm. 319.
A. LYON-CAEN obs. sous Cass. soc. 25 février 1992, D. 1992, Somm. 294.
A. LYON-CAEN obs. sous Cass. soc. 18 mars 1997, D. 1998, Somm. p. 256.
G. LYON-CAEN note sous CA Paris 17 mars 1967, D. 67, jurispr. p. 437.
G. LYON-CAEN note sous Trib. gr. inst. Paris 17 novembre 1967, D. 1968, jurisp. p. 407.
G. LYON-CAEN note sous Cass. soc. 14 juin 1972, Revet-Sol, JCP 1972, II, 17275.
G. LYON-CAEN note sous Cons. const., Déc. n° 96-383-DC du 6 novembre 1996, Dr. ouvr. 1996, p. 479.
P. LYON-CAEN concl. sous Cass. soc. 17 juillet 1996 (2 esp.), Dr. soc. 1996, p. 1049.
P. LYON-CAEN concl. sur Cass. soc. 3 décembre 1996 (affaires Framatome et Majorette), RJS 1/97, n° 24, p. 30.
P. LYON-CAEN concl. sur Cass. soc. 2 décembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 32.

M

C. MARRAUD obs. sous Cass. soc. 30 juin 1998, Dr. soc. 1998, p. 841.
C. MARRAUD obs. sous Cass. soc. 9 décembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 296.
B. MATHIEU note sous Cass. soc. 22 janvier 1992, D. 1992, jurisp. p. 378.
A. MAZEAUD obs. sous Cass. soc. 11 décembre 1996, Dr. soc. 1997, p. 198.
A. MAZEAUD obs. sous Cass. soc. 18 novembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 190.
D. MAZEAUD obs. sous Cass. civ. 3°, 10 décembre 1997, Défrénois 1998, p. 336.
R. MERLE note sous CA Toulouse 26 mars 1981, D. 1981, p. 385.
J. MESTRE obs. sous CA Toulouse 21 février 1984, Rev. trim. dr. civ. 1984, 707.
J. MESTRE obs. sous CA Aix-en -Provence 15 mars 1984, Rev. trim. dr. civ. 1985, 730.
J. MESTRE obs. sous CA Paris 1°ch. B 13 décembre 1984, Sofracima/I. Adjani, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 97.
J. MESTRE obs. sous CA Aix-en-Provence 8° ch., 19 février 1988, Rev. trim. dr. civ. 1989, p. 535.
J. MESTRE note sous Cass. soc. 3 juillet 1990, Rev. trim. dr. civ. 1991, p. 316.
J. MESTRE obs. sous Cass. com. 29 janvier 1991, Rev. trim. dr. civ. 1991, p. 531, n° 7.
J. MESTRE obs. sous Cass. soc. 3 février 1993, Rev. trim. dr. civ. 1994, p. 103.
V. MICHELET comm. sous Cass. soc. 2 avril 1996, D. 1998, Somm. 250.
M.-A. MOREAU note sous CJCE 25 juillet 1991, Dr. soc. 1992, p. 174.

P. MORVAN obs. sous Cass. soc. 29 juin 1999, JCP 2000, G, I, 263.
J. MOULY, note sous Cass. soc. 25 avril 1990, D. 1991, jurispr. p. 507.
J. MOULY note sous Cass. soc. 3 juillet 1990, D. 1991, jurispr. p. 507.
J. MOULY note sous Cass. soc. 20 janvier 1998, JCP 1998, II, 10081.
J. MOULY note sous Cass. soc. 9 mars 1999, JCP 1999, éd. E, p. 1200.
J. MOULY note sous Cass. soc. 30 mars 1999, JCP 1999, G, p. 1994.
J. MOULY, note sous Cass. soc. 6 avril 1999, D. 2000, jur. p. 5.
J. MOULY obs. sous Cass. soc. 22 février 2000, Dr. soc. 2000, p. 441.
J. MOULY note sous Cass. soc. 30 mai 2000, D. 2000, jur. p. 805.
J. MOULY obs. sous Cass. crim. 14 juin 2000, Dr. soc. 2000, p. 1035.
J. MOULY obs. sous Cass. soc. 4 juillet 2000, Dr. soc. 2000, p. 919.
J. MOULY obs. sous Cass. soc. 11 juillet 2000 (3 arrêts), Dr. soc. 2000, p. 1141.
P. MOUSSY note sous Cass. soc. 10 juillet 1996, Dr. ouv. 1996, p. 457.
P. MOZAS note sous Cass. soc. 5 octobre 1994, D. 1995, p. 282.

N

C. NICOD comm. sous TGI Paris 20 février 1995, D. 1999, Somm. 41.

P

M. PAILLET note sous Cons. const., décision n° 244-88 D.C. du 20 juillet 1988, JCP 1989, éd. E, II, 15530.
J. PELISSIER obs. sous Cass. soc. 4 mars 1981, 2 arrêts, D. 1982, IR p. 82.
F. PETIT note sous Cass. soc. 14 octobre 1997, D. 1998, p. 338.
G. PICCA concl. surCass. soc. 25 mars 1992, Dr. soc. 1992, p. 431.
P. PIERRE note sous CA Paris 4 janvier 2000, JCP 2000, G, p. 2237.
G. PIGNARRE note sous Cass. civ. 1° 10 octobre 1995, D. 1997, p. 155.
P. POCHET note sous Cass. soc. 2 mars 1994, D. 1994, p. 465.
P. POCHET note sous Cass. soc. 25 janvier 1995, D. 1995, p. 593.
J. PRADEL comm. sous Cass. crim. 23 juillet 1992, D. 1993, Somm. p. 206.
X. PRETOT note sous D.C. 244-88 du 20 juillet 1988, Dr. soc. 1988, p. 759.
X. PRETOT note sous Cons. const. , déc. n° 89-257 du 25 juillet 1989, Dr. soc. 1989, p. 701.
F. PRZEMYSKI-ZAJAC note sous Cass. soc. 2 février 1994, D. 1995, 550.
M. PUECH note sous Cass. civ. 1°, 1° décembre 1969, D. 1970, p. 423.
C. PUIGELIER note sous Cass. soc. 12 janvier 1989, D. 1989, p. 514.
C. PUIGELIER note sous Cass. soc. 24 janvier 1996, JCP 1996, II, 22716.
g, note sous Cass. soc. 12 mars 1996, JCP 97, II, 22779.
C. PUIGELIER note sous Cass. soc. 13 novembre 1996, JCP 1997, éd. E, II, 974.
C. PUIGELIER note sous Cass. soc. 23 janvier 1997, D. 1998, p. 170.
C. PUIGELIER note sous Cass. soc. 19 novembre 1997, JCP 1998, II, 10069.
C. PUIGELIER note sous Cass. soc. 4 juin 1998, JCP 1999, éd. E, p. 37.
C. PUIGELIER note sous Cass. soc. 16 février 1999, JCP 2000, E, p. 953.
C. PUIGELIER note sous Cass. soc. 18 mai 1999, JCP 2000, G, p. 40.
C. PUIGELIER note sous Cass. soc. 14 mars 2000, JCP 2001, p. 325.

R

A. RABUT note sous Cass. soc. 20 juillet 1954, JCP 55, II, 8775.
C. RADE note sous Cass. soc. 20 janvier 1998, D. 1998, p. 350.
C. RADE obs. sous Cass. soc. 16 février 1999, Dr. soc. 1999, p. 411.

C. RADE note sous Cass. soc. 9 mars 1999, D. 1999, p. 365.
C. RADE note sous Cass. soc. 15 juin 1999, D. 1999, jurisp. p. 623.
C. RADE note sous Cass. soc. 4 janvier 2000, D. 2000, jurisp., p. 265.
C. RADE obs. sous Cass. soc. 19 décembre 2000, Dr. soc. 2001, p. 314.
C. RADE obs. sous Cass. soc. 13 février 2001, Dr. soc. 2001, p. 566.
O. RAULT obs. Cass. soc. 17 octobre 1995, JCP 1996, I, 3923.
J.-E. RAY note sous Cass. soc. 5 octobre 1994, D. 1995, Dr. soc. 1994, p. 973.
J.-E. RAY obs. sous Cass. soc. 18 novembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 97.
C. RONDEY obs. sous Cass. civ. 1° 18 juillet 2000, D. 2000, jur. p. 374.
M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC comm. sous Cass. soc. 31 juillet 1986, D. 1987, Somm. p. 203.
C. ROUAT note sous CA Colmar, 2° ch. civ. A, 4 novembre 1999, D. 2000, juris. p. 696.
C. ROY-LOUSTAUNAU obs. sous Cass. soc. 15 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 836.
C. ROY-LOUSTAUNAU obs. sous Cass. soc. 26 octobre 1999, Dr. soc. 2000, p. 201.

S

Y. SAINT-JOURS note sous Cass. soc. 17 octobre 1973, JCP 74, II, 17698.
Y. SAINT-JOURS note sous Cass. soc. 8 octobre 1987, Raquin, D. 1988, p. 57.
Y. SAINT-JOURS note sous Cass. soc. 10 juillet 1996, JCP 1997, II, 22768.
Y. SAINT-JOURS note sous CA Riom 22 février 2000, D. 2000, jur. p. 634.
E. SALLE DE LA MARNIERE note sous Cass. req. 21 mars 1932, DP 1933, 1, 65.
J. SAVATIER obs. sous Cass. soc. 3 octobre 1962, Dr. soc. 1962, p. 630.
J. SAVATIER note sous Cass. soc. 12 janvier 1966, JCP 1966, II, 14607.
J. SAVATIER note sous Cass. soc. 16 avril 1969, Dr. soc. 1969, p. 510.
J. SAVATIER note sous Cass. soc. 13 mai 1969, D. 1969, p. 528.
J. SAVATIER obs. sous Cass. soc. 14 octobre 1970, Dr. soc. 1971, p. 193.
J. SAVATIER note sous Cass. soc. 17 octobre 1973, Dr. soc. 1974, p. 290.
J. SAVATIER obs. sous Cass. soc. 5 janvier 1984, Dr. soc. 1985, p. 192.
J. SAVATIER obs. sous Cass. soc. 14 juin 1984, Dr. soc. 1985, p. 192.
J. SAVATIER note sous Cass. soc. 14 mai 1987, Dr. soc. 1988, p. 438.
J. SAVATIER note sous Cass. soc. 8 octobre 1987, Raquin, Dr. soc. 1988, p. 135.
J. SAVATIER obs. sous Cass. soc. 13 juin 1989, Dr. soc. 1990, p. 319.
J. SAVATIER obs. sous Cass. soc. 4 avril 1990, Dr. soc. 1990, p. 806.
J. SAVATIER note sous Cass. soc. 29 novembre 1990, Dr. soc. 1991, p. 99.
J. SAVATIER note sous Cass. soc. 8 avril 1992, JCP éd. E 1992, II, p. 360.
J. SAVATIER obs. sous Cass. soc. 25 janvier 1995, RJS 4/95, p. 231.
J. SAVATIER obs. sous Cass. soc. 27 mars 1996, Dr. soc. 1996, p. 642.
J. SAVATIER note sous Cass. soc. 17 juillet 1996 (2 esp.), Dr. soc. 1996, p. 1049.
J. SAVATIER obs. sous Cass. soc. 18 mars 1997, Dr. soc. 1997, p. 546.
J. SAVATIER obs. sous Cass. soc. 24 mars 1998, Dr. soc. 1998, p. 614.
J. SAVATIER obs. sous Cass. soc. 18 novembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 101.
J. SAVATIER obs. sous Cass. soc. 9 décembre 1998, Dr. soc. 1999, p. 290.
J. SAVATIER note sous Cass. soc. 29 juin 1999, JCP 1999, éd. E, p. 2069.
J. SAVATIER obs. sous Cass. soc. 1° mars 2000, Dr. soc. 2000, p. 559.

R. SAVATIER note sous Cass. soc. 19 décembre 1952, D. 1953, p. 333.
J.-E. SCHOETTL note sous Cons. const., décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Les Petites Affiches 19 janvier 2000, n° 13, p. 6.
Y. SERRA comm. sous CA Paris 18° ch. A 9 mars 1998, D. 1999, Somm. 105.
J.-J. SERRET note sous Cass. soc. 11 décembre 1991, JCP 92, éd. E, II, 320.

T

F. TAQUET note sous Cass. soc. 14 janvier 1988, JCP 1988, éd. E, II, 15181.
F. TAQUET note sous Cass. soc. 5 février 1992, JCP 1992, éd. E, II, 308.
F. TAQUET, note sous Cass. soc. 24 novembre 1998, JCP 1999, éd. E, p. 869.
A. TOUFFAIT concl. sur Cass. ch. mixte 21 juin 1974 (Perrier), D. 1974, p. 593.

V

J.-M. VERDIER, note sous Cass. soc. 13 mai 1969, JCP 1970, II, 16208.
M. VERICEL note sous Cass. soc. 8 octobre 1987, D. 1989, jurisp. p. 85.
P.-Y. VERKINDT obs. sous Cass. soc. 30 octobre 1996, Trav. prot. soc. 1997, p. 9, comm. 1,.
P.-Y. VERKINDT obs. sous Cass. soc. 7 octobre 1998, Dr. soc. 1998, p. 1079.
P.-Y. VERKINDT note sous Cass. soc. 6 juillet 1999, D. 1999, jur. p. 667.
G. VIRASSAMY note sous Cass. soc. 20 juin 1990, JCP 91, II, 21776.
P. VOIRIN note sous Cass. req. 29 mars 1938, DP 1939, 1, p. 5.

W

E. WAGNER note sous Cass. soc. 27 avril 1982, JCP 1983, II, 19986.
E. WAGNER note sous Cass. soc. 28 avril 1988, Clavaud, D. 1988, jurisp. p. 437.
P. WAQUET, *L'obligation de négocier : portée d'un accord de principe sur la réduction du temps de travail* rapport sur Cass. soc. 19 décembre 1989, Dr. soc. 1990, p. 149.
P. WAQUET rapport sur Cass. soc. 20 décembre 1991, Dr. soc. 1992, p. 28.
P. WAQUET rapport sur Cass. soc. 2 décembre 1992, Dr. soc. 1993, p. 155.
P. WAQUET rapport sur Cass. soc. 3 décembre 1996 (affaires Framatome et Majorette), Dr. soc. 1997, p. 18.
P. WAQUET rapport sur Cass. soc. 16 juin 1998, Dr. soc. 1998, p. 803.
C. WILLMANN note sous Cass. soc. 15 décembre 1999, JCP 2001, p. 507.

NUMEROS SPECIAUX, DICTIONNAIRES, TRAVAUX DIVERS, MAGAZINES

- **M.-C. BONNETETE, M.-F. CLAVEL**, *Le recrutement des salariés, la conclusion du contrat de travail*, Liais. soc. 1991, n° 11054, n° spécial.
- **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, PUF, 6°éd. 1996.
- **HARRAP**'s compact, Dictionnaire anglais/français, français/anglais, 1987.
- **A. LALANDE**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, coll. Quadrige, PUF 1991.
- **E. LITTRE**, *Dictionnaire de la langue française*, éd. Universitaires 1958.

- Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, par **P. ROBERT**, 6 volumes, Société du nouveau Littré, 1957.
- Le petit Robert, éd. 1993.
- **H. ROLAND, L. BOYER**, *Dictionnaire des expressions juridiques*, éd. L'Hermès, Lyon 1983.
- CSBP 7-8/2000, n° spécial, *Démission.*
- Droits/7, *L'acte juridique*, PUF 1988.
- *Inventer de nouvelles relations dans l'entreprise, le contrat collectif d'entreprise*, Entreprise et Progrès, janvier 1995, Liais. soc. , Doc. n° 9/95 du lundi 16 janvier 1995, suppl. au n° 11850, V, 596.
- *La démission-La rupture négociée*, Liaisons sociales 10 décembre 1999, n° spécial 13048.
- Le bilan 1998 de la négociation collective, Liais. soc. 9 juillet 1999, n° 68, suppl. n° 12949 ; Bull. soc. F. Lef. 11/99, p. 541.
- *Le Conseil d'Entreprise. La volonté de dialogue*, CJD Paris 1988.
- *Le maintien dans l'emploi en questions (collectif)*, éd. ENSP 2000.
- *Le contrat collectif d'entreprise*, Entreprise et Progrès, Liais. soc. 1985, Doct. V, n° 27/85.
- Le Nouvel Observateur, n° 1785, 21 janvier 1999, p. 10 à p. 21 : *Ces collègues et patrons qui vous rendent fou .*
- *Les délégués du personnel*, n° spécial Liaisons sociales, déc. 1998, n° 9695, n° 68.
- *Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?*, AJDA, n° spécial 20 juillet - 20 août 1998.

Index alphabétique

(Les nombres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Acceptation : 266 s.
Contrat par correspondance : 292 s.

Accords et conventions collectifs : 45
Application, fiction : 523
Atypique
définition : 47
régime : 83, 93, 95 s., 103
validité : 116 s.
Conclusion : 65 s.
Dérogatoire : 48, 93

Accords de droit commun : 78, 85

Accord de volontés : 95 s.

Acte juridique
Caducité : 113
Collectif : 42
Conventionnel : 40, 44 s., 96, 117, 203 s., 232
Définition : 6 s.
Effets : 9 s.
Formation : 9 s.
Individuel : 42
Unilatéral : 22, 40, 232
Théorie générale : 6 s.

Activité syndicale : 556 s.

Appréciation in concreto, in abstracto : 347

Autonomie
Définition : 25
De la volonté : 16, 25
Du droit du travail : 25 s.

B

Branche du droit : 25

C

Cardinaux (mécanismes, institutions) : 24, 38

Comité d'entreprise : 69, 73, 87, 112
Pouvoir de négocier : 127 s.

Consentement
Définition : 18
Et volonté : 19 s.

Contractuelle (théorie) : 1 s.

Contrat collectif d'entreprise : 70

Contrat de travail
Acceptation : 269, 272
Devoir de se renseigner : 532 s.
Dol : 309 s.
Erreur : 298 s.
Et promesse d'embauche : 210
Interdiction de rechercher une information : 547 s.
Manifestation de volonté : 420
Modification : voir ce mot
Nature ambivalente : 3
Offre
Caducité : 290
Et promesse d'embauche : 209
Fermeté : 258 s.
Précision : 238 s.
Révocation : 276 s., 283

Contrat unilatéral : 80, 102

Convention de conversion : 285

Convention collective : voir accords collectifs

D

Date d'entrée en fonction
Et offre : 252

Délai de réflexion : 433

Délégation de pouvoir : 499 s.

Délégué du personnel : 69, 112
Pouvoir de négocier : 127 s.

Délégués syndicaux : 71, 111

Démission : 179 s.
Absence de volonté : 187
Devoir de se renseigner : 542
Dol : 310 s.
Erreur : 187, 302
Fiction : 484
Inaptitude à vouloir : 427 s.
Manifestation de la volonté : 387, 393 s., 402, 417, 419
Violence : 332 s., 452 s.
Négociée : 106

Dépendance économique : 19, 20
Et violence : 467 s.

Devoir de se renseigner : 527 s.

Discrimination : 555 s.

Dol : 308 s.

Droit à l'emploi : 192 s.
Accès à l'emploi : 200
Maintien dans l'emploi : 199

Droit commun
Définition : 29
Du travail : 29, 151 s.

Durée du travail
Et offre : 247 s.

E

Effet relatif des conventions : 86 s., 133

Efficacité : 43, 136
De l'acceptation : 273 s.

Employeur : 1, 52

Engagement unilatéral : 53 s.
Concerté, négocié : 103 s.
Fiction : 521 s.

Entreprise
Définition : 2
Intérêt : 30, 600 s.

Erreur : 297 s.
De droit et sur l'objet de la contestation : 437 s.

Essai
Rupture : 174
Et fiction : 487
Renouvellement : 489

Etat de nécessité : 468 s.

Etat de santé : 560, 598

Expression de la volonté : voir manifestation de la volonté

Extériorisation de la volonté : voir manifestation de la volonté

F

Fiction
Définition : 13
Et licenciement : 186
Et manifestation de la volonté : 480 s.

Force majeure : 146

Formalisme
Accord collectif : 76, 122
Et manifestation de la volonté : 381 s.

G

Gestion d'affaires : 88

Grossesse, maternité : 554, 598, 607

H

Harcèlement moral : 464 s.

I

Illettrisme : 430 s.

Inaptitude à vouloir : 423 s.

Individualisation : 3, 15

Inexécution par l'employeur de ses obligations : 149, 179 s.
Et modification : 454 s.
Et violence : 444 s.

Initiative
Et imputabilité : 164 s.

Institutionnelle (théorie) : 1 s.

Interdiction de rechercher une information : 547 s.

Intuitus personae
Définition : 253
Et erreur : 303 s.
Et offre : 253 s.

J

Jurisprudence
Définition : 23

L

Liberté contractuelle : 575 s.

Licenciement : 137 s.
Acte juridique unilatéral : 138
Délai de réflexion : 435 s.
Droit commun du travail : 151 s.
Motif : 157

Lien de subordination : 239

Lien direct et nécessaire : 560 s., 596 s.

Lieu de travail
Et offre : 247 s.

M

Mandat conventionnel : 88

Mandatement : 72

Manifestation de la volonté : 371 s.
Claire et non équivoque : 386 s.
Fiction : 480 s.
Présomption : 377, 507 s.
Silence : 380, 502 s.
Tacite, expresse : 374 s.

Mise à la retraite : 147, 174

Modification du contrat de travail
Acceptation : 270 s., 495 s.
Délai de réflexion : 433
Et inexécution : 454 s.
Manifestation de la volonté : 291, 393 s., 399, 418 s.
Fiction : 490 s., 495 s., 512 s.
Motif économique : 284 s., 492, 512 s.
Notion : 16, 31
Offre
Caducité : 291
Elément essentiel : 244 s.
Fermeté : 259 s.
Intérêt exclusif : 503 s.
Rétractation : 278, 282
Vocabulaire : 237
Refus : 491 s., 512 s.
Régime : 150

Monopole syndical : 69 s.

N

Négociation
Contractuelle : 137
Collective : 61, 75
Et consultation, information, concertation : 69, 103 s.

Norme
Définition : 3

Notion à contenu variable : 409

Novation : 394, 399

Nullité
Accord atypique : 114
Et inopposabilité : 124 s.
Licenciement : 144
Rupture du contrat de travail : 144
Rupture d'un commun accord : 178

O

Objectiviste (théorie) : 11 s.

Obligation de former un acte juridique : 573 s.

Obligation de loyauté, de bonne foi
De l'employeur
Et harcèlement moral : 465 s.
Et violence : 453, 461 s.
Du salarié : 586 s.
Mensonge, réticence : 610 s.

Obligation d'information : 318 s.
Et éléments essentiels de l'offre : 242 s.
Et loyauté : 594 s.
Recherche d'information : 563 s.

Offre
Caducité : 288 s.
Fermeté : 253 s.
Précision : 235 s.
Rétractation : 275 s.

Ordre public
Absolu : 15, 66
Social : 15, 66

P

Particularisme du droit du travail : 27

Plan : 61

Pouvoir
Définition : 2
De négocier : 70, 124 s.
Et capacité : 124 s.
Et représentation : 128
Normatif : 90 s.

Prestation de travail
Et offre : 240 s.

Principe de faveur : 15, 66, 93

Procéduralisation : 103

Promesse d'embauche : 137, 201 s.

Q

Qualification : 23, 236
Et requalification : 149, 172
Et volonté : 172 s.

R

Recommandation patronale : 61

Reçu pour solde de tout compte : 431

Référendum : 69, 74, 112, 130

Règlement intérieur : 45, 61, 92

Rémunération
Et offre : 240 s.

Renonciation : 401
Fiction : 493 s., 524 s.

Représentation : 128 s.

Requalification : voir qualification

Résiliation judiciaire : 31, 146, 174

Responsabilité civile : 31

Rupture d'un commun accord : 31, 146, 175, 177 s.
Devoir de se renseigner : 541
Dol : 310 s.
Fiction : 486
Offre : 259 s.

S

Statut : 4, 15

Statutaire (théorie) : 4

Stipulation pour autrui : 88, 133

Subjectiviste (théorie) : 11 s.

T

Transaction : 78, 85, 88
Acceptation : 269
Délai de réflexion : 433
Devoir de se renseigner : 542
Dol : 310 s.
Erreur sur l'objet de la contestation : 437 s.
Offre
Fermeté : 256
Précision : 237

U

Usage d'entreprise : 45, 62
Fiction : 522 s.

V

Vie personnelle :538, 550 s., 592 s., 599
Et vie privée : 550

Violence : 330 s., 443 s.
Crainte révérencielle : 338
Et dépendance économique : 467 s.

Volonté
Collective : 50 s.
Définition : 5
Et consentement : 19 s.
Individuelle : 50 s., 135 s.

Liste des abréviations **5**

Sommaire **8**

INTRODUCTION **9**

PARTIE I - INFLECHISSEMENT DU ROLE DE LA VOLONTE DANS LA FORMATION DE L'ACTE JURIDIQUE **47**

TITRE I - LA NEGATION DU ROLE D'UN ACCORD DE VOLONTES DANS LE CADRE DE LA FORMATION D'UN ACTE COLLECTIF PAR DESTINATION **53**

Chapitre I - L'objectif : assurer la destination collective de la volonté exprimée **58**

Section I - La notion de volonté collective par destination **59**

§1 - L'analyse classique de la distinction entre la volonté individuelle et la volonté collective 59

§2 - La destination collective ou individuelle de la volonté 60

Section II - L'utilité de la notion d'engagement unilatéral à portée collective **62**

§1 - Le recours à la notion d'engagement unilatéral de l'employeur à portée collective .. 62

A - L'engagement unilatéral formé par la seule volonté de l'employeur 63

1 - La théorie de l'engagement unilatéral 63

2 - Son application en droit du travail 65

B - L'engagement unilatéral résultant d'un accord de volontés 71

1 - La violation de certaines règles relatives à la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif 72

a - La compétence des parties 73

I - Monopole syndical et accords atypiques 75

II - Les limitations au monopole syndical 76

b - Le formalisme de la convention ou de l'accord collectif 83

2 - La qualification actuelle d'engagement unilatéral 84

a - La signification de la référence à l'engagement unilatéral 85

b - La mesure de l'équivalence posée par les magistrats entre situation conventionnelle et engagement unilatéral..... 86

§2 - La nécessité d'un tel recours pour assurer la destination collective des engagements pris par l'employeur..... 90

A - Des qualifications antérieures inadéquates..... 91

B - La destination collective de l'engagement unilatéral, gage de son efficacité 95

1 - L'engagement unilatéral est l'expression du pouvoir normatif de l'employeur 95

2 - L'application du principe de faveur..... 98

Chapitre II - La conséquence : la négation du rôle d'un accord de volontés..... 101

Section I - La réalité de l'accord de volontés 103

§1 - La rencontre de deux ou plusieurs volontés..... 103

A - Une rencontre évidente 103

B - L'absence d'incidence du caractère unilatéral de l'accord..... 105

§2 - L'insuffisance de la notion d'engagement unilatéral négocié ou concerté 107

Section II - La portée juridique de l'accord de volontés..... 110

§1 - La volonté des parties de produire des effets de droit..... 110

A - Une volonté incontestable..... 110

B - Les effets de droit réellement produits..... 111

§2 - La validité de l'accord de volontés 115

A - Enjeu de la validité de l'accord atypique 115

1 - La qualification conventionnelle..... 116

2 - Le sort des volontés exprimées 117

B - Des cas de nullité restreints..... 118

1 - Les conditions de forme..... 118

2 - Les règles de compétence des parties..... 119

TITRE II - LA NEGATION DU ROLE DE LA VOLONTE INDIVIDUELLE DANS LE CADRE DE LA RECHERCHE D'EFFICACITE DE LA NORME 130

Chapitre I - Négation du rôle de la volonté de l'employeur et efficacité du droit du licenciement 133

Section I - L'expansionnisme de la notion de licenciement, institution centrale du droit du travail 136

§1 - L'essor du champ d'application de la notion de licenciement 136

A - L'hégémonie de la notion de licenciement 137

1 - La sanction du non respect des conditions de validité des ruptures du contrat de travail autres que le licenciement 137

2 - L'inexécution par l'employeur de ses obligations 142

B - Le licenciement, droit commun de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée 144

§2 - Une notion homogène 146

A - L'extension du régime du licenciement 147

B - L'extension de la notion de licenciement 151

1 - La distinction entre l'initiative et l'imputabilité de la rupture 151

2 - La qualification de licenciement 154

Section II - Une expansion réalisée parfois au détriment du rôle de la volonté de l'employeur 156

§1 - Les qualifications de licenciement compatibles avec la théorie générale de l'acte juridique 156

A - Qualification et rôle de la volonté 157

B - Illustrations 159

§2 - Licenciement et négation du rôle de la volonté de l'employeur 161

A - Les ruptures d'un commun accord : l'illusion du rôle de la volonté de l'employeur 162

B - Les ruptures unilatérales d'une part, l'inexécution par l'employeur de ses obligations d'autre part : l'absence explicite du rôle de la volonté de l'employeur 163

1 - La possibilité d'identifier *toute autre manifestation de volonté* de l'employeur .. 165

2 - Une analyse contestable et insuffisante 166

a - Un défaut d'équivalence 167

b - L'absence totale de volonté de l'employeur 169

Chapitre II - Négation du rôle de la volonté du salarié et efficacité du droit d'obtenir un emploi 172

Section I - La signification du droit d'obtenir un emploi 174

§1 - Une liberté abstraite 174

A - La liberté du travail 174

B - Consécration du droit d'obtenir un emploi 175

§2 - Vers une prérogative subjective ? 177

Section II - La négation du rôle de la volonté du salarié dans la promesse d'embauche 180

§1 - La nature conventionnelle de la promesse d'embauche 181

A - Les critères de la promesse d'embauche 181

1 - Un accord de volontés 181

2 - La nécessaire précision des éléments du contrat définitif 183

B - Identification de la promesse d'embauche 184

1 - La confusion avec l'offre de contrat de travail 184

2 - La confusion avec le contrat de travail définitif 185

§2 - La négation du rôle de la volonté du salarié 187

A - L'absence de référence à la volonté du salarié 187

1 - Absence de volonté du salarié et formation de la promesse d'embauche 187

2 - Absence de volonté du salarié et formation du contrat définitif 188

B - Le vocabulaire employé 190

PARTIE II - INFLECHISSEMENT DU REGIME DE LA VOLONTE DANS LA FORMATION DE L'ACTE JURIDIQUE 195

TITRE I - L'ABSORPTION DE NOTIONS REGISSANT LA VOLONTE 200

Chapitre I - L'adaptation de leurs conditions d'application 202

Section I - L'adaptation des conditions d'application de notions régissant l'existence de la volonté 203

§1 - Adaptation sensible du régime de l'offre 205

A - La précision de l'offre 205

1 - Analyse théorique 210

2 - La jurisprudence 218

B - La fermeté de l'offre 221

1 - Des relations contractuelles fondées sur l'*intuitus personae* 223

a - Une considération réciproque ? 223

b - La permanence de l'*intuitus personae* de l'employeur envers le salarié 225

2 - Les conséquences du caractère *intuitu personae* sur la qualification d'offre 226

a - Le choix laissé à l'employeur 226

b - Le choix laissé au salarié 229

§2 - Adaptation contrastée du régime de l'acceptation 231

A - L'adaptation mesurée des caractères de l'acceptation 233

1 - Le caractère pur et simple de l'acceptation : une exigence atténuée 233

2 - L'acceptation doit porter sur tous les éléments précisés dans l'offre 235

B - L'adaptation marquée des conditions d'efficacité de l'acceptation 237

1 - L'efficacité de l'acceptation - la rétractation et la caducité de l'offre 237

a - La rétractation de l'offre 237

b - La caducité de l'offre 246

2 - La date et le lieu de l'acceptation - Le problème des contrats par correspondance en droit du travail 249

Section II - L'adaptation des conditions d'application de notions régissant l'intégrité de la volonté 252

Sous-Section I – L'adaptation des conditions d'application de notions relatives au caractère éclairé de la volonté 252

§1 - L'adaptation contrastée des régimes du dol et de l'erreur 253

A - Adaptation mesurée du régime de l'erreur 255

1 - La distinction entre l'erreur sur la substance et l'erreur sur la personne 256

a - L'erreur sur la substance 256

b - Le rejet de l'erreur sur la personne 260

2 - Le caractère déterminant de l'erreur 263

B - L'adaptation significative du régime du dol 264

1 - L'exigence accentuée du caractère déterminant de l'erreur provoquée par le dol 269

2 - La vérification pointilleuse du caractère intentionnel du dol 271

§2 - Le régime simplifié de l'obligation d'information 275

A - Un terrain propice au développement de l'obligation d'information 277

B - L'absence de degré dans l'information 281

Sous-Section II - Les conditions d'application du vice de violence 283

§1 - Les rôles respectifs de l'auteur de la violence et de sa victime 287

A - L'indifférence du droit du travail quant à l'auteur de la violence 287

1 - L'indifférence quant à la qualité de l'auteur de la violence dans l'entreprise 288

2 - L'indifférence quant aux mobiles de l'auteur de la violence 291

B - L'appréciation concrète et minutieuse des effets de la violence sur le salarié victime 294

1 - La personne du salarié 296

a - L'état physique du salarié 296

b - Les capacités intellectuelles du salarié 297

2 - Le contexte de la formation de l'acte juridique 299

§2 - Menace d'exercer une voie de droit et caractère illégitime de la violence – Un contrôle approfondi en droit du travail 301

A - La charge de la preuve du reproche fait au salarié 304

B - La gravité du reproche fait au salarié 305

Chapitre II - L'adaptation de leur champ d'application matériel 312

Section I - La substitution de concepts régissant la manifestation de la volonté - l'essor de la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté 314

§1 - Le cantonnement de la distinction classique entre la volonté expresse et la volonté tacite 315

A - Les critères de distinction 316

1 - Manifestation expresse et manifestation tacite de volonté 316

a - La distinction en droit commun 316

b - L'utilisation de la distinction en droit du travail 319

2 - La place du silence 320

B - Les rapports entre l'expression de la volonté et le formalisme 322

§2 - L'essor de la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté 326

A - L'apport de la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté 328

1 - Les manifestations de volonté *tacite*, *expresse* et *claire et non équivoque* 328

a - Les rapports entre la manifestation expresse de volonté et la manifestation claire et non équivoque de volonté 330

b - Les rapports entre la manifestation tacite de volonté et la manifestation claire et non équivoque de volonté 333

c - La mesure de la coïncidence entre la manifestation claire et non équivoque, la manifestation tacite et la manifestation expresse de volonté 338

2 - L'utilité du recours à la notion de manifestation claire et non équivoque de volonté 343

B - Essai de typologie de la manifestation claire et non équivoque de volonté 345

1 - Le rejet des attitudes passives 346

2 - Le rejet de certaines attitudes non dénuées d'ambiguïté 347

a - Le rejet d'une attitude contradictoire 347

b - Le rejet d'une attitude non contradictoire mais insuffisamment significative... 348

I - La démission ... 348

II - La modification du contrat de travail ... 350

3 - La nécessité de lever toute ambiguïté ... 350

Section II - L'élargissement du champ d'application matériel de notions régissant la volonté ... 354

Sous-Section I - L'inaptitude à vouloir, caractéristique de l'absence de volonté ... 354

§1 - L'identification de l'inaptitude à vouloir ... 356

§2 - La matérialisation extensive de l'inaptitude à vouloir en droit du travail ... 357

A - Une définition de base commune avec le droit commun ... 357

B - Le développement des hypothèses d'inaptitude à vouloir ... 358

1 - Les démissions irréfléchies ... 359

2 - L'illettrisme du salarié ... 360

Sous-Section II - Le caractère éclairé de la volonté ... 363

§1 - Le délai de réflexion ... 363

§2 - L'erreur sur l'objet de la contestation ... 366

Sous-Section III - Le vice de violence ... 370

§1 - L'inexécution par l'employeur de ses obligations ... 372

A - Les liens entre l'inexécution d'une obligation et le vice de violence ... 373

1 - La particularité du raisonnement ... 373

2 - La pertinence du raisonnement ... 376

B - Matérialisation de la violence et inexécution par l'employeur de ses obligations . 377

1 - L'influence de la théorie de la modification du contrat sur le non respect des obligations issues de la conclusion du contrat de travail ... 378

a - Illustrations du non respect de ces obligations ... 378

b - L'influence de la théorie de la modification du contrat de travail ... 380

2 - Le non respect de l'obligation générale de loyauté et de bonne foi ... 382

a - La caractérisation de la violence ... 384

b - Le harcèlement moral ... 385

§2 - L'état de nécessité, la dépendance économique et le vice de violence 389

A - Etat de nécessité et vice de violence 389

B - Dépendance économique et vice de violence 391

TITRE II - L'auteur de la volonté - critère de l'utilisation de notions régissant la volonté 396

Chapitre I - Une utilisation opposée 400

Section I - Les fictions relatives au mode d'extériorisation de la volonté 401

Sous - section I - Le mode d'extériorisation de la volonté du salarié - le principe du rejet de toute fiction 402

§1 - Le principe du rejet des fictions relatives au mode d'extériorisation de la volonté du salarié 403

A - Les manifestations de volonté relatives à une rupture du contrat de travail 403

1 - Les ruptures du contrat de travail 403

2 - Un risque de rupture 407

a - La liberté de rompre 407

b - Un élément nécessaire à la justification de la rupture 408

B - Le rejet des fictions juridiques relatives au mode d'extériorisation de la volonté abdicative du salarié 411

1 - La renonciation au salaire ou à des éléments ou accessoires du salaire 412

2 - L'acceptation par le salarié de la modification de son contrat de travail 414

§2 - principe conforté par le caractère marginal du recours aux fictions de volonté 417

A - Des exceptions jurisprudentielles à nuancer 417

1 - La délégation de pouvoirs 417

2 - Le silence circonstancié 420

B - Les exceptions légales - les présomptions de droit 424

1 - Rapports entre l'extériorisation de la volonté et le mécanisme des présomptions de droit 424

2 - Les hypothèses de présomptions de droit relatives à la manifestation de la volonté du salarié 426

Sous-section II - Une moindre attention portée à l'extériorisation de volonté de l'employeur 431

§1 - Fictions relatives à l'extériorisation de la volonté et engagement unilatéral de l'employeur 433

A - Les usages d'entreprise 434

B - L'application par l'employeur d'une convention collective à laquelle l'entreprise n'est pas soumise 436

§2 - Le rejet de toute fiction et la renonciation de l'employeur 438

Section II - Le devoir de se renseigner 441

§1 - Un obstacle important à l'action de l'employeur 443

A - Une application sévère 443

B - Une sévérité justifiée 447

§2 - Une application indulgente pour le salarié 449

Chapitre II - Une utilisation exclusive 454

Section I - L'alourdissement exclusif des obligations de l'employeur 455

§1 - L'interdiction de la recherche d'information 455

A - L'extension du domaine de l'interdiction pour l'employeur de rechercher une information 458

1 - L'interdiction de recherche sanctionnée spécifiquement 459

2 - L'interdiction de toute recherche sanctionnée comme un élément de preuve d'une discrimination 460

a - Les activités syndicales du salarié 462

b - L'extension du raisonnement aux recherches d'information non pertinentes avec l'emploi ou la tâche à accomplir 463

B - Une limitation des moyens pour l'employeur de collecter l'information 466

1 - L'information à la charge de l'employeur 467

a - Les différentes obligations d'information à la charge de l'employeur 467

b - La sanction 468

2 - L'irrégularité de certains moyens de collecte de l'information 470

a - La pertinence des moyens de collecte de l'information 470

b - La licéité des moyens de collecte de l'information 471

§2 - L'obligation de former un acte juridique 473

A - Présentation du mécanisme 473

1 - Une atteinte à la liberté contractuelle 474

2 - Une atteinte à la liberté de la volonté dans la formation de l'acte juridique 475

B - Illustrations 476

1 - Dans les relations collectives de travail 477

2 - Dans les relations individuelles de travail 477

Section II - L'allégement exclusif de l'obligation de loyauté du salarié 481

§1 - Le vaste champ d'application de l'allégement de l'obligation de loyauté du salarié 483

A - La finalité de l'information 486

B - Un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles 487

1 - L'absence - de principe - de tout lien direct et nécessaire 488

2 - La possible démonstration du lien direct et nécessaire 492

a - La charge et le risque de la preuve 493

b - La caractérisation du lien direct et nécessaire 495

§2 - Les comportements déloyaux autorisés 502

A - Une réponse inexacte ou incomplète 503

B - La spontanéité de la tromperie 505

1 - La spontanéité de la réticence du salarié 506

2 - La spontanéité du mensonge ou de la mise en scène du salarié 506

CONCLUSION GENERALE 511

Bibliographie 513
Index alphabétique 556
Table des matières 561