UNIVERSITÉ DE NANTES

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

ECOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCES SOCIALES

LES RUPTURES DU CONTRAT DE TRAVAIL

Mise en perspective

Thèse de Doctorat

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement

par

Manoëlla RASSELET

Sous la direction de **Monsieur Patrick CHAUMETTE**

Professeur à l'Université de Nantes

JURY

Rapporteurs :

Monsieur Gilles AUZERO, Professeur à l'Université Montesquieu, Bordeaux IV.

Madame Françoise FAVENNEC-HÉRY, Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon Assas).

Suffragants :

Monsieur Franck HÉAS, Maître de conférences à l'Université de Nantes, HDR.

Monsieur Jean-Yves KERBOURC'H, Professeur à l'Université de Haute Alsace.

Sincères remerciements à mon directeur de thèse, M. Patrick Chaumette, pour la confiance qu'il m'a accordée et les précieux conseils qu'il m'a prodigués tout au long de la préparation de ce doctorat.

À mon conjoint Sébastien,
mon frère Luc-Albert,
mes parents,
mes beaux-parents
pour leur soutien respectif indéfectible.

Que chacun trouve ici l'expression de ma profonde et vive reconnaissance.

Les ruptures du contrat de travail
Mise en perspective

Cette étude met en perspective la place respective de la logique contractuelle et de la logique statutaire lors de la rupture du contrat de travail. En effet, si la relation de travail a une dimension contractuelle et patrimoniale, elle est également un contrat entre deux personnes présentant un aspect extrapatrimonial. La première partie expose donc ces tensions dans l'évolution de la qualification. Quant à la seconde partie relative au régime applicable, elle permet de développer la façon dont le droit du licenciement illumine la protection des droits fondamentaux du salarié.

Breaches of employment contracts
Placing into perspective

This study places into perspective the contractual and the statutory logic relating to the breach of an employment contract. Indeed, if an employment relationship has a patrimonial contractual dimension, it is equally a contract between two physical or moral persons which has an extra-patrimonial aspect. The first part therefore describes the tensions which arise during the evolution of the qualification. As to the second part, covering the applicable regime, it develops around the theme of demonstrating how the right of dismissal illustrates the protection of the fundamental rights of the employee.

Mots clefs :

- Contrat de travail à durée indéterminée (rupture)
- Contrat de travail à durée déterminée (rupture)
- Rupture d'un commun accord
- Prise d'acte
- Résiliation judiciaire
- Qualification
- Procédure
- Licenciement
- Démission
- Période d'essai
- Force majeure
- Retraite
- Justification
- Formalisme

Key words :

- Indeterminate term employment contract (breach)
- Fixed term employment contract (breach)
- Breach by common agreement
- Taking of formal note
- Judicial termination
- Qualification
- Procedure
- Dismissal
- Resignation
- Trial period
- Force majeure
- Retirement
- Justification
- Formalism

Sommaire *

SOMMAIRE **7**

INTRODUCTION **9**

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉVOLUTION DE LA QUALIFICATION DES RUPTURES DU CONTRAT DE TRAVAIL : L'EMPREINTE DU DROIT DES OBLIGATIONS **33**

TITRE I L'ÉVOLUTION DE LA QUALIFICATION DES MODES DE RÉSILIATION UNILATÉRALE DU CONTRAT DE TRAVAIL 37

TITRE II L'ÉVOLUTION DE LA QUALIFICATION DES AUTRES MODES DE RÉSILIATION DU CONTRAT DE TRAVAIL 205

DEUXIÈME PARTIE

L'EVOLUTION DU RÉGIME DES RUPTURES DU CONTRAT DE TRAVAIL : L'EMPREINTE DU DROIT DU LICENCIEMENT **379**

TITRE I L'ÉVOLUTION DE LA CAUSE JUSTIFICATIVE DE LA RUPTURE ET DE SON CONTRÔLE PAR LE JUGE 383

TITRE II L'ÉVOLUTION DU RÉGIME PROCÉDURAL ET INDEMNITAIRE 565

CONCLUSION **709**

BIBLIOGRAPHIE **715**

LISTE DES ABREVIATIONS **751**

INDEX ALPHABETIQUE **753**

TABLE DES MATIERES **759**

* Les chiffres renvoient aux numéros des pages.

INTRODUCTION

1 Dans un contexte où le thème des délocalisations, des restructurations et de la désindustrialisation s'est imposé dans le débat politique et social français [1], évoquer la rupture du contrat de travail signifie, dans le langage journalistique, s'intéresser aux licenciements économiques. Il est indéniable que les licenciements collectifs présentent une dimension particulièrement tragique. Outre qu'ils mettent souvent en péril l'économie d'une ville [2], voire parfois de tout un bassin d'emploi [3], ils sont souvent vécus par les salariés comme une mesure inique venant briser leur carrière mais également, le cas échéant, leur famille et leur vie. Les salariés touchés par ces drames sociaux ne peuvent comprendre pourquoi, après souvent des dizaines d'années consacrées à une entreprise, leur contrat de travail est ainsi rompu leur donnant l'impression de n'être qu'une main d'œuvre jetable. Cependant, en dépit de la large exposition médiatique dont peuvent faire l'objet ces traumatismes, au regard des statistiques officielles fournies par le Ministère du Travail, les salariés s'inscrivant comme demandeurs d'emploi en catégorie un [4] suite à un licenciement économique ne représentent qu'une faible minorité [5]. Le licenciement économique semble donc constituer l'arbre qui cache la forêt **DES**

---

[1] Voir à ce sujet le rapport de L. FONTAGNÉ et J.-H. LORENZI rendu en février 2005 au Conseil d'Analyse Economique et téléchargeable à l'adresse Internet suivante : http://www.cae.gouv.fr/

[2] Par exemple, la ville de Libourne suite à la fermeture de l'usine ARENA ou, plus récemment, la ville de Saint-Hippolyte du Fort, dans le Gard, en raison de la délocalisation de la production de chaussures de sécurité JALLATTE en Tunisie.

[3] Exemple de la fermeture des usines Moulinex en Basse-Normandie et dans le nord de la Sarthe.

[4] La catégorie 1 recense les demandeurs d'emploi qui recherchent un emploi à temps plein, en contrat à durée indéterminée et qui n'ont pas travaillé plus de 78 heures au cours du mois.

[5] 3,9% entre mai 2006 et mai 2007.
Source : « Les entrées en catégorie 1 par motif », statistiques officielles de la DARES disponibles à l'adresse Internet suivante : http://www.travail.gouv.fr/IMG/html/tableau_4-3.html

ruptures du contrat de travail. À côté du licenciement économique, bien d'autres modes de rupture du contrat de travail existent.

2 Les ruptures du contrat de travail sont multiples parce que, en premier lieu, le contrat de travail est diversifié. En effet, au contrat de travail à durée indéterminée (CDI), qui constitue le contrat de travail de droit commun en vertu de l'article L. 121-5 du Code du travail [6], sont juxtaposés d'autres contrats : le contrat de travail à durée déterminée (CDD) et le contrat de travail temporaire (CTT) qui s'adressent à tous les salariés. Existe également depuis 2005 un contrat de travail à durée indéterminée créé spécifiquement pour répondre aux besoins particuliers des très petites entreprises : le contrat de travail nouvelles embauches (CNE). Enfin, différentes formes de contrat de travail ont été élaborées pour faciliter la mise en œuvre des politiques de l'emploi et l'insertion professionnelle de certaines personnes éloignées de l'emploi. Ils touchent prioritairement les jeunes mais également les seniors (contrat d'apprentissage ; contrat initiative emploi ; contrat d'accès à l'emploi ; contrat d'accompagnement dans l'emploi ; contrat de professionnalisation ; contrat d'insertion revenu minimum d'activité ; contrat d'insertion dans la vie sociale ; contrat d'avenir ; CDD senior, κτλ.).

Pour notre part, notre étude se consacrera au CDI (auquel est assimilé le CNE) qui concerne près de 90% du total des salariés, ainsi qu'au CDD qui représente environ 7% des salariés, soit 1,7 millions de personnes. Ces contrats constituent, en effet, la très grande majorité des recrutements. En outre, les contrats de travail spécifiques liés à des mesures ciblées de la politique de l'emploi obéissent à des règles très différentes, particulières, notamment en matière de rupture ; il en est ainsi partiellement du contrat d'apprentissage.

---

[6] Article L. 121-5 du Code du travail : *« Le contrat de travail est conclu sans détermination de durée. Toutefois,* […] *il peut comporter un terme fixé ave précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu »*.

Cet article a été introduit dans le Code du travail par l'ordonnance du 5 février 1982. Par ailleurs, l'accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 précise dans son préambule que le contrat à durée indéterminée est la forme normale et générale du contrat de travail et doit être utilisé chaque fois que l'emploi proposé peut être stable (Liaisons sociales 1990, A 1, n°153). Enfin, l'accord cadre européen sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 et mis en œuvre par la directive européenne du 28 juin 1999 (Directive 1999/70/CE parue au *JOCE* n° L 175 du 10/07/1999 p.43-48) a rappelé que *« les contrats à durée indéterminée sont et resteront la forme générale de relations d'emploi entre employeurs et travailleurs »*.

3 Par ailleurs, les ruptures du contrat de travail sont multiples parce qu'il existe en France une diversité de salariés et d'employeurs. En effet, le droit du travail ne s'arrête pas au secteur privé. Mais le secteur public recouvre des réalités différentes, allant du personnel de l'Etat et des collectivités territoriales jusqu'aux entreprises nationalisées. Le personnel statutaire de droit public ou encore dénommé fonctionnaire de l'Etat, des hôpitaux et des collectivités territoriales, relève du statut de la Fonction publique et échappe à ce titre au domaine du droit du travail. Les fonctionnaires sont protégés par un statut législatif, complété par des décrets pour chaque fonction publique. De la même façon, les agents publics non statutaires, c'est à dire les personnels contractuels de droit public, ne peuvent se prévaloir directement du Code du travail [7]. Quant aux salariés des entreprises publiques à statut, ils ont la particularité de dépendre d'un statut législatif ou réglementaire dont l'appréciation de la légalité appartient au juge administratif. Aussi, nous nous attacherons, dans notre analyse, aux seuls salariés titulaires d'un contrat de travail dans le secteur privé.

4 Enfin, les ruptures du contrat de travail sont multiples parce que le contrat de travail, envisagé de manière générique, est né et s'est développé aux confins de deux droits : le droit des obligations, d'une part, et le droit du travail, d'autre part. Depuis sa naissance, le contrat de travail, et subséquemment sa rupture, fait l'objet de tensions entre le droit des biens (aspect patrimonial de la relation de travail) et le droit des personnes (aspect extrapatrimonial, relationnel du contrat de travail). Afin de bien comprendre la voie choisie par notre étude relative aux ruptures du contrat de travail, il nous semble prudent, liminairement, de bien voir d'où nous venons avant d'envisager la route à prendre.

5 Sous l'Ancien Régime, c'est la conception juridique romaniste qui prévaut. Celle-ci connaît la *« locatio hominis »*, système de louage de chose par laquelle un maître concède à autrui l'usage temporaire d'un esclave moyennant rétribution. Le louage de services n'est alors qu'une variété parmi les différents louages de chose et le travailleur est regardé comme une marchandise.

6 Ce sont plusieurs textes de la période Révolutionnaire qui marquent l'origine du refus de l'aliénation du travailleur à l'égard d'un maître. L'idéologie révolutionnaire proclame la

[7] Le tribunal des conflits a en effet décidé que tout contractuel d'un service public administratif est un agent de droit public, sans distinction selon la nature ou les conditions de son emploi : Tribunal des conflits, 25 mars 1996, *Berkani*, *RJS* 7/96, n°851 ; *D.* 1996, p.599, note Y. SAINT-JOURS.

liberté du travailleur et le rend négociant de sa propre force de travail. La première liberté de l'homme est ainsi de pouvoir se soumettre mais également se soustraire à l'autorité de son employeur. De la sorte, l'article 19 de la Déclaration des Droits de l'homme arrêtée le 22 avril et décrétée le 29 mai 1793 dispose : *« Tout homme peut engager ses services, son temps, mais il ne peut se vendre lui-même »*.

7 Les rédacteurs du Code civil confirment cette liberté à travers deux articles consacrés au contrat de louage des gens de travail. Contrat par ailleurs qualifié dorénavant de « contrat de louage de service » et non plus de « contrat de louage de chose ».
En premier lieu, l'article 1780 du Code Napoléon prévoit qu'« *on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée »*. Le Code civil réaffirme, par cette disposition, qu'il ne saurait y avoir d'asservissement perpétuel d'une personne à une autre. La liberté, proclamée dans le triptyque révolutionnaire, entraîne la nullité de tout contrat de louage de service perpétuel. La liberté ne peut faire l'objet d'une renonciation. Seuls sont autorisés les contrats à temps, à durée limitée, dotés d'une échéance. Ainsi, à l'origine, il s'agissait de contrats à la journée.
Il reste que pendant la durée du contrat, le travailleur est soumis à l'autorité de celui que l'article 1781 du Code civil [8] appelle le « maître » [9].

La doctrine classique la plus qualifiée discerne dans le principe de résiliation unilatérale une règle répondant à une nécessité : *« Cette faculté est destinée à protéger la liberté individuelle : un contrat de durée indéterminée créerait un assujettissement perpétuel, si chacune des parties ne pouvait y mettre fin librement »* [10]. Poussant et affinant l'analyse, PLANIOL et RIPERT précisent que : *« cette règle est d'ailleurs en harmonie avec la subordination qui résulte du contrat pour l'employé. Cette subordination ne conserve quelque dignité et n'est féconde au point de vue économique que si elle n'est pas illimitée. Il faut que le*

[8] Cet article est depuis lors abrogé : Loi du 2 août 1868, rapport MATHIEU, *Dalloz Recueil périodique et critique mensuel*, 1864, 4, 119.

[9] *« Le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue, et pour les acomptes donnés pour l'année courante ».*

[10] P. DURAND et A. VITU, *Traité de droit du travail*, tome. II, Dalloz, Paris, 1950, n°171.

maître puisse renvoyer une main d'œuvre inexperte ou superflue ; il faut que l'employé puisse reprendre sa liberté quand bon lui semble » [11].

La conception du Code civil établit donc une symétrie parfaite entre la conclusion et la rupture de la relation contractuelle de travail marquées du signe commun de la libre détermination par la volonté des parties.
En définitive, la rupture du contrat de louage de services est considérée comme un problème de droit civil, de nature purement contractuelle, et résolu dans le cadre des rapports individuels, dans les mêmes termes d'ailleurs que toute convention synallagmatique à durée indéterminée [12].

8 Mais, dans une situation d'inégalité économique entre les contractants, la liberté contractuelle demeure théorique et conduit à l'exploitation du plus faible par le plus fort [13]. Les conséquences de cette situation sont dramatiquement constatées par le rapport du docteur VILERMÉ de 1840. En dressant le « tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie », l'auteur de ce document révèle la réalité dramatique de la vie des ouvriers de l'époque, conséquence directe de l'absence d'encadrement juridique du pouvoir de direction de l'employeur sur les personnes qu'il fait travailler. Rémunérations dérisoires, conditions de travail harassantes et dangereuses, journées de travail sans limites dans le temps, absence de protection juridique des femmes et des enfants, ruptures libres, etc. L'organisation civiliste du travail humain fait apparaître au grand jour toutes ses carences.

Il devient alors indispensable aux juristes de l'époque de désentraver le contrat de louage de services de son carcan civiliste en abandonnant les dogmes ultra-libéraux pour lesquels l'intervention de l'Etat dans le jeu économique est fondamentalement contre nature et

---

[11] PLANIOL et RIPERT, t. IX, cités par G.-H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail* in Traité de droit du travail, Tome I, 2ème édition, 1982, Dalloz, n°317.

[12] G.-H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail* in Traité de droit du travail, Tome I, 2ème édition, 1982, Dalloz, n°319.

[13] Ce qui fit dire à Henri Lacordaire : *« Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit »*, 52e Conférence de Notre-Dame, 1848.

intrinsèquement dangereuse. Il ne s'agit pas de remettre en cause la légitimité de l'intervention de l'employeur mais d'en limiter les excès.

9 Ainsi, en matière de rupture du contrat, les juridictions inférieures de l'époque tentent de faire de l'existence d'un « motif légitime » de rupture une condition de fond de la résiliation, à peine de dommages et intérêts. Elles imposent alors à l'auteur de la résiliation la charge de la preuve d'un tel motif.

Mais, cette formule imprudente d'« absence de motifs légitimes », par son apparente contradiction avec le droit de renvoyer librement l'employé, se trouve censurée par la Cour Suprême. Et ce, en s'appuyant sur l'adage tiré du droit romain *« Nul n'est en faute s'il ne fait qu'user de son droit »*.
Par deux arrêts du 5 février 1872, la Cour de cassation juge ainsi qu'une telle charge de la preuve mettrait obstacle au libre exercice, sans réserve, de la résiliation unilatérale.
Par la suite, elle réaffirme que le patron qui renvoie un ouvrier n'a pas à donner de motifs et qu'il ne peut être condamné qu'autant qu'une faute a été relevée à sa charge.

C'est ainsi que l'idée d'abus du droit de résiliation apparaît en jurisprudence. À titre exceptionnel, il est admis que les circonstances dans lesquelles le congé est intervenu peuvent révéler une faute à la charge de l'auteur de la rupture. Ce dernier engage alors sa responsabilité dans les termes du droit commun des articles 1382 et 1383 du Code civil [14]. En conséquence, la charge de la preuve de la faute incombe au demandeur en réparation.

10 Ce droit de résiliation unilatérale assorti de la réserve d'un abus se voit confirmé par la loi du 27 décembre 1890 qui inscrit à l'article 1780 du Code civil que : *« Le louage de services fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté unilatérale d'une des parties contractantes. La résiliation unilatérale du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages et intérêts »*.
Ainsi réaffirmé, le principe d'un droit de résiliation unilatérale est soumis à la réserve d'une éventuelle condamnation à des dommages et intérêts en cas d'exercice abusif. Ni l'employeur ni le travailleur ne doivent abuser de leur droit de résiliation unilatérale.

---

[14] ◆ Article 1382 du Code civil : *« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer »*.

◆ Article 1383 du Code civil : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence »*.

Dans ces conditions, la validité de la rupture n'est pas traitée différemment selon la qualité de son auteur : le cocontractant qui rompt la relation contractuelle de travail engage toujours sa responsabilité.

Dans un premier temps, il est déduit de ce texte que le législateur entend subordonner l'exercice du droit de résiliation à l'existence de motifs personnels légitimes. Une seconde analyse retient plutôt que le demandeur ne peut obtenir des dommages et intérêts qu'à la condition d'établir l'absence de motif légitime.
Dès lors, si certaines juridictions du fond font de la loi de 1890 une approbation de leurs anciens arrêts, la Cour de cassation maintient, en revanche, pour sa part ses solutions antérieures [15]. Le seul moyen d'obtenir la condamnation à des dommages et intérêts consiste pour la partie demanderesse à apporter la preuve du motif illicite ayant entraîné la rupture du contrat de travail.

Il n'en demeure pas moins que ce texte de 1890 constitue la première étape significative vers la mise en place d'un droit de la rupture du contrat de travail distinct du droit commun. En effet, par la suite, cette nouvelle orientation ne sera jamais démentie.

11 Le Code du travail de 1910 participe d'ailleurs, ultérieurement, à cette émancipation du droit du travail en développant sa propre perception des rapports sociaux. De la sorte, la formulation de l'article 1780 du Code civil est reprise aux articles 20 et 23 du livre I du Code du travail [16].
Le pouvoir patronal ne découle alors plus du droit de propriété mais participe aux nécessités de fonctionnement de l'ensemble social que constitue l'entreprise. Les droits de l'employeur ne sont plus « personnels et absolus » par référence au Code civil mais « sociaux et relatifs » par référence à la nécessaire prise en compte de la dimension humaine de la relation de travail.

12 La loi du 19 juillet 1928 [17] vient compléter cette protection du salarié qui se met progressivement en place. Celle-ci introduit une disposition par laquelle : « *Les dommages et*

---

[15] R. POPLANSKY, *Du droit de congé unilatéral dans le louage de services à durée indéterminée*, Thèse, Université de Bordeaux, 1914.

[16] Dans la rédaction issue de la loi du 28 décembre 1910.

[17] Loi du 19 juillet 1928, *Dalloz Recueil périodique et critique mensuel*, 1929, 4, 154.

intérêts qui peuvent être accordés pour inobservation du délai-congé ne se confondent pas avec ceux auxquels peut donner lieu d'autre part la résiliation du contrat par la volonté de l'une des parties contractantes. Le tribunal, pour apprécier s'il y a eu abus, pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture. Le jugement devra en tout cas mentionner expressément le motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat ».

Ce texte comporte deux innovations essentielles.

La première concerne la nécessité d'un délai congé qui doit être accordé au salarié en cas de congédiement. Jusqu'alors, seuls les usages intervenaient comme palliatif procédural au droit de libre rupture. Le délai congé doit désormais être mutuel et d'égale longueur pour les deux parties. **De la « rupture unilatérale » du contrat, nous assistons alors au passage vers le « congédiement »**. La rupture ne constitue plus seulement celle du droit des obligations.

La seconde nouveauté introduite concerne la théorie civiliste de l'abus de droit. La loi de 1928 précise que le jugement doit mentionner le motif allégué par l'auteur de la rupture. Cette nouvelle exigence laisse penser à l'époque que l'initiateur de la rupture doit donner les motifs fondant sa décision et, en conséquence, en établir la réalité. Ce qui constituerait alors un véritable renversement de la charge de la preuve.

13 Or, en dépit des deux textes législatifs de 1890 et 1928 précités, la Cour de cassation, attachée pour sa part à une certaine tradition civiliste, continue de décider qu'il appartient à la partie qui conteste la rupture de rapporter la preuve de la faute de la partie qui rompt [18]. Aussi, en cas de cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, revient-il continûment au salarié de prouver l'illégitimité du motif allégué.
La Cour de cassation demeure, ainsi, la vigilante gardienne du libre exercice de la faculté unilatérale de résiliation.

14 Faculté qui connaît un aménagement lors des évènements exceptionnels de 1939-1945. À cette époque, la guerre pousse le législateur au dirigisme économique. La loi du 4 septembre 1942 édicte ainsi l'interdiction pour l'employeur de résilier le contrat de travail dans certaines entreprises sans l'autorisation des services de l'inspection du travail.

[18] Voir notamment Cass. soc., 18 mars 1930, *D.* 1930, p.71, note A. ROUAST.

15 À la Libération, cette loi fait l'objet d'une annulation rétroactive puis est remplacée par l'ordonnance du 24 mai 1945 relative au placement des travailleurs et au contrôle de l'emploi. Il est alors donné compétence au gouvernement pour déterminer les établissements et les professions dans lesquels tout embauchage ou toute résiliation de contrat de travail doivent être portés à la connaissance des services publics de la main d'œuvre et ceux ou celles dans lesquels l'autorisation préalable du service départemental de la main d'œuvre est nécessaire. Au régime traditionnel de la pleine liberté de chacune des parties de résilier le contrat est donc substitué un régime de contrainte administrative. Une fois embauchés, les travailleurs ne peuvent plus être licenciés sans l'assentiment de l'administration.
Grâce à cette ordonnance de 1945, la notion de licenciement économique apparaît, pour la première fois, dans la jurisprudence administrative.

Toutefois, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation s'accordent pour limiter la portée de l'ordonnance de 1945.
En effet, en raison de la finalité de ce texte, le Conseil d'Etat estime que le contrôle de l'emploi ne peut s'exercer effectivement qu'en matière de licenciement pour motif économique. Les licenciements pour cause personnelle, quant à eux, sont exclus car relevant de la seule compétence des tribunaux judiciaires en cas de litige. La Cour de cassation, pour sa part, insiste surtout sur le fait que les dispositions de l'ordonnance de 1945 ne dérogent pas au droit commun.
Par la suite, le Conseil d'Etat admet même la validité de licenciements économiques intervenus sans contrôle préalable de l'administration. Le défaut d'autorisation ne confère pas, par lui-même, un caractère abusif au licenciement [19]. Aucune sanction n'est encourue en présence d'une telle carence.

Ainsi, en pratique, l'ordonnance, de portée limitée et n'ayant aucune incidence sur la rupture elle-même, n'est jamais réellement appliquée.

Les organisations syndicales, conscientes des lacunes de la conception civiliste de libre résiliation du contrat de travail, dénoncent alors l'absence de garanties du travailleur contre un licenciement demeuré discrétionnaire.

[19] D. AUTIÉ, « La rupture abusive du contrat de travail », *D.* 1955, Paris, p.104-108.

16 C'est dans ce contexte que la loi du 19 février 1958 [20] institue au profit des seuls salariés licenciés un délai-congé d'un mois [21]. En effet, si le principe même d'un délai-congé était reconnu légalement depuis 1928, sa durée demeurait soumise aux usages pratiqués dans chaque profession. En outre, le législateur de 1928 prescrivait un congé d'égale durée entre les deux parties. Accentuant la différence de régime entre licenciement et démission, le nouveau texte précise que les dispositions antérieures demeurent applicables en cas de démission du salarié.

Cette loi consacre ainsi une nouvelle et décisive étape en rejetant le parallélisme soutenu jusqu'alors entre démission et licenciement. Cette disparité de régime se trouve encore accrue par l'ordonnance du 13 juillet 1967 qui institue un délai-congé de deux mois au profit des seuls salariés licenciés ayant au moins deux ans d'ancienneté.

17 Mais, malgré ces interventions successives du législateur, le système de protection du salarié contre l'aspect discrétionnaire du licenciement repose toujours sur la notion d'abus du droit, notion éminemment subjective se référant à l'idée d'une faute prouvée.

Certes, les Conseils de prud'hommes, d'origine élective, accueillent de plus en plus favorablement les demandes d'indemnités pour renvois abusifs.
La Chambre sociale de la Cour de cassation, créée en 1938, retient quant à elle une conception extensive de la notion d'abus de droit. Il n'en demeure pas moins que les juges refusent encore de voir dans l'inexactitude manifeste du motif invoqué par l'employeur une hypothèse d'abus de droit, une faute présumée. D'autres circonstances doivent être prouvées par le salarié. La tâche du salarié pour convaincre le juge que l'employeur est animé par un motif non fondé se révèle d'autant plus malaisée qu'il ne lui suffit point d'établir une inexactitude du motif, c'est à dire une inexistence du fait allégué. En effet, il lui faut, en outre, démontrer le caractère déterminant du motif véritable, ainsi que son illégitimité [22].

---

[20] Loi du 19 février 1958, n°58-158, *D.* 1958.

[21] L'article 23 du livre I du Code du travail dispose : *« Lorsque l'employeur prend l'initiative du congé, il doit le signifier par lettre recommandée avec accusé de réception. La date de présentation de cette lettre recommandée fixe le point de départ du délai-congé d'un mois ».*

[22] En ce sens, R. PRIEUR, *L'abus des droits dans la formation et la dissolution du contrat de travail*, Thèse, Université de Paris, 1942.

Si une telle preuve n'est pas rapportée par le salarié demandeur, l'employeur est regardé comme ayant simplement commis une erreur dans l'énonciation du motif de congédiement, ce qui n'est pas sanctionné comme abus de droit.

La charge de la preuve parsème donc l'action du salarié demandeur de difficultés insurmontables. En effet, dans la majorité des cas, il s'avère impossible de recueillir les témoignages utiles auprès des salariés exposés aux pires représailles en cas de manquement à la règle du silence. L'établissement par le salarié de la vérité des faits devient ainsi chimérique.

Ce que dénonçait déjà la doctrine dans les années 1920 [23] ne peut donc qu'être repris quarante ans plus tard, rien n'ayant changé. Ainsi, G.-H. CAMERLYNCK s'interroge : *« comment le salarié apportera-t-il la preuve du mobile illégitime de l'employeur, fait psychologique échappant à toute démonstration directe, dès l'instant où l'employeur avisé se garde de tout propos ou de tout geste maladroit et révélateur ? »* [24].

D'autre part, lorsque des irrégularités de forme accompagnent le licenciement, il arrive souvent qu'ici encore le salarié soit obligé d'alléguer, outre ces irrégularités, d'autres faits rendant la rupture abusive.

Enfin, dès lors qu'une faute du salarié peut être relevée à son encontre, si légère soit-elle, jamais la jurisprudence n'admet l'abus du droit. La faute de la victime du licenciement rend impossible la faute de l'auteur du licenciement.

Au vu de ces multiples réticences judiciaires, H. SINAY soupçonne les juges de la Chambre sociale de la Cour de cassation de vouloir *« maintenir intact, et presque souverain, le pouvoir du chef d'entreprise. Maître absolu de la réorganisation de son entreprise, de l'appréciation des aptitudes professionnelles, physiques, et aussi de l'intérêt de son entreprise, il ne saurait admettre qu'un juge s'immisce dans un tel empire. Et effectivement,*

---

[23] Dès les années 1920, CUCHE et CAPITANT fulminent dans leur cours de législation industrielle : *« Il est très rare que le salarié obtienne des dommages et intérêts car il lui est fort difficile de prouver la faute commise par le patron ; ce dernier n'a pas de peine à colorer de quelque motif acceptable le congédiement ; et ce n'est que dans de rares cas que la preuve peut être administrée »*, 1921, p.199 cité par J. LE GOFF, *Droit du travail et société*, tome 1, 2001, P. U. R., p.838.

[24] G.-H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail* in Traité de droit du travail, Dalloz, 1961, p.363.

le juge ne s'y immisce pas » [25].

Le principe absolu de non-ingérence du juge dans la marche de l'entreprise, encore appelé théorie de « l'employeur seul juge » permet, en faisant référence à l'intérêt de l'entreprise, confondu avec celui de l'employeur, de justifier toute décision de ce dernier.

Cette thèse est décriée tant par la doctrine de l'époque que par les organisations syndicales. Le droit à l'emploi, reconnu à tout individu par le Préambule de la Constitution, reste vide de signification concrète puisque l'employeur dispose d'un droit quasi-discrétionnaire de résilier le contrat de travail, à peine tempéré par la théorie de l'abus de droit[26].

18 Des propositions de réforme voient alors le jour.

Ainsi, dès son congrès de 1952, le syndicat Force Ouvrière retient le principe du dépôt d'une proposition de loi. Il y est avancé que la charge de la preuve de la légitimité du renvoi incombe à l'employeur et que les licenciements effectués sans motifs légitimes donnent lieu, au profit du salarié, à la réintégration dans l'emploi occupé ou à des dommages et intérêts calculés de façon à réparer intégralement le préjudice subi, sans pouvoir être inférieurs à trois mois de salaires.

En 1968, peu avant les évènements de mai, le syndicat CGT élabore également une proposition de loi « *tendant à assurer la garantie de l'emploi et à protéger les salariés contre les licenciements arbitraires »* [27]. La réforme suggérée écarte l'application du droit commun des contrats à la rupture du contrat de travail, organise une procédure de licenciement et met à la charge de l'employeur la preuve de l'existence et de la légitimité du motif de licenciement. Cette proposition, déposée par le groupe communiste, ne connaît guère de suite favorable.

---

[25] H. SINAY, « Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel », *D.* 1972, p.242.

[26] M.-C. BONNETÊTE, « De la notion de faute à la notion de cause », *D.* 1974, p.191.

[27] *Le Peuple*, n°798, du 1er au 15 mai 1968, cité par J. PÉLISSIER, « La réforme du licenciement », *D.* 1973, p. 253.

Mme SINAY, quant à elle [28], appelle de ses vœux une réforme législative consistant *« à supprimer l'abominable article 23 alinéa 1 et le remplacer par deux dispositions précises. L'une obligeant l'employeur à invoquer le motif du licenciement dans la lettre recommandée portant licenciement et déclarant tout licenciement non motivé nul. Au surplus, l'allégation de motifs inexacts, le caractère fallacieux des motifs seraient assimilés à l'absence de motifs. L'autre ne permettant le licenciement que pour seule faute grave »*. Elle réclame ainsi que le Code du travail soit enfin mis en harmonie avec la nouvelle philosophie du droit social.

19 Mais, la nouvelle philosophie du droit social n'est pas la seule source avec laquelle le Code du travail de 1972 doit se mettre en accord.
En effet, lors de sa 47ème session, la Conférence internationale du travail avait adopté, le 26 juin 1963, la Recommandation n°119 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur. Ce texte précise qu'« *aucun licenciement ne devrait intervenir sans qu'il existe un motif valable lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur, ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service »* [29], et qu'il ne doit pas intervenir sans que le travailleur ait eu la possibilité d'exposer son cas, avec éventuellement l'assistance d'une personne.

La Recommandation contient également une disposition indiquant que le licenciement ne saurait être motivé notamment par des activités syndicales ou par des opinions du salarié, ni par des considérations tenant à la vie privée, la race, la couleur, le sexe, l'origine nationale ou sociale de l'intéressé [30]. Rédigée en termes généraux, une telle énumération délimite le champ d'application de l'exigence d'un motif, mais laisse aux législations nationales la tâche

---

[28] H. SINAY, « Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel », *D.* 1972, p.243.

Voir également les souhaits quasi-unanimes de la doctrine en ce sens : P. DURAND, *Traité de droit du travail*, Tome II, n°464 ; G.-H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail* in Traité de droit du travail, Tome II, 2ème édition, 1982, Dalloz, La Chapelle Montligeon, n°208 ; G.-H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, *Droit du travail*, 3ème édition, p.173, n°172 bis.

[29] Article 2 alinéa 1 de la Recommandation n°119. Celui-ci fut adopté à l'écrasante majorité de 167 pour, 1 contre et 7 abstentions.

[30] Art. 3 de la Recommandation n°119.

de fournir des indications sur la manière dont les dispositions seront appliquées dans la pratique.

Par ailleurs, le texte recommande aux Etats de prévoir la possibilité, pour le travailleur, de recourir contre son licenciement devant une instance indépendante qui, en cas de licenciement illégitime, devrait pouvoir ordonner, à moins que le salarié n'ait été réintégré, une indemnisation adéquate ou toute autre forme de réparation [31].

Ce texte international comprend encore des dispositions sur le préavis, le certificat de travail, sur le licenciement pour faute grave.
Enfin, la recommandation met l'accent sur la prévention et la diminution de la réduction du personnel [32], en envisageant successivement la consultation des représentants du personnel, l'information des autorités publiques, l'ordre des licenciements, la priorité de réembauchage et le reclassement des travailleurs licenciés [33].

La même année, en 1963, la Charte Sociale Européenne, élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe [34], entre en vigueur. Elle ne tient qu'une place mineure dans le droit de la rupture du contrat de travail. Toutefois, deux dispositions y font référence : l'article 4 alinéa 4 garantit « *le droit de tous les travailleurs à un délai de préavis raisonnable dans le cas de la cessation de l'emploi* ». L'article 8 alinéa 2 prohibe, quant à lui, le congédiement d'une salariée signifié ou produisant effet pendant le congé maternité.

Ultérieurement, dans un rapport publié le 3 mai 1972, la Commission des Communautés européennes propose une harmonisation des législations concernant le licenciement en retenant les principes directeurs suivants : obligation pour l'employeur de communiquer par écrit au travailleur les motifs de son licenciement, consultation des organes de représentation des travailleurs, preuve du bien-fondé du licenciement à la charge de

---

[31] Article 4.6 de la Recommandation n°119.

[32] Article 12 de la Recommandation n°119.

[33] Articles 13 à 17 de la Recommandation n°119.

[34] Le Conseil de l'Europe a été créé en 1949. Sous l'égide de cette organisation, plusieurs conventions ont été signées. Elles comportent soit de façon accessoire, soit de façon exclusive des dispositions à caractère social.

l'employeur, délai de préavis et montant des indemnités modulés en fonction de l'âge et de l'ancienneté du salarié.

Ainsi, jusqu'en 1972, le droit français en matière de rupture du contrat de travail ne respecte ni les règles proposées par la Commission des Communautés européennes, ni même celles contenues dans la Recommandation n°119 de l'O.I.T.

20 Lorsqu'à l'automne 1972, le Président E. FAURE émet l'idée d'une réforme dans ce domaine, il propose un projet très prudent, nettement en retrait des propositions précitées émanant des organisations syndicales ou de la doctrine. Plan également éloigné de la recommandation internationale ou encore des réformes déjà adoptées dans les pays voisins. En effet, l'Allemagne, dès les années 1920 [35], avait pourvu la résiliation du contrat de travail par l'employeur de la nécessité d'un motif légitime. En outre, l'apparition d'un syndicalisme corporatiste puissant, dès la fin de la première guerre mondiale, a incité le législateur allemand, pour obtenir une relative paix sociale, à autoriser la représentation du personnel à apprécier la légitimité de la mesure [36].
En Grande Bretagne, l'« Industrial Relations Act », promulgué en 1971, est venu apporter des limitations au droit de priver le salarié de son emploi en imposant que la décision de licenciement repose sur un juste motif [37]. Cette exigence de juste motif se retrouve de la même façon dans la législation italienne de 1966 dite « Statut du travailleur » [38].
En Espagne, au Portugal ou encore en Russie, est injustifiée toute rupture non motivée directement auprès du salarié par une cause légale déjà prédéfinie [39]. Dès 1944, et plus

---

[35] Loi du 4 février 1920.

[36] À ce sujet, voir : F. GÉA, O. KAUFMANN, F. KESSLER, S. MICHEL, *La rupture du contrat de travail en droit allemand : présentation générale* in La rupture du contrat de travail en droits français et allemand, CERIT, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, p.23-50.

[37] I. LAURENT-MERLE, *Le licenciement individuel dans les quinze Etats membres de l'Union européenne*, Thèse, université de Limoges, 1996, p.181.

[38] Loi n°604 du 15 juillet 1966.
Voir également la loi du 20 mai 1970 portant dispositions relatives à la sauvegarde de la liberté et de la dignité des travailleurs.

[39] ◆ Espagne : Article 12 de la loi du 26 janvier 1944.
◆ Portugal : Article 9 du décret-loi du 24 novembre 1969.

nettement dans les années 1960, les lois vont directement énumérer les justes motifs du licenciement [40]. Ces motifs préétablis constituent une garantie pour le salarié. Grâce à une telle liste, non seulement l'employeur ne peut licencier sans motif, mais encore doit-il licencier pour un des motifs contenus dans l'énumération. Si l'employeur ne peut prouver que son acte repose sur les motifs objectifs et vérifiables limitativement définis, le licenciement est déclaré injustifié.

Ainsi, lorsque le projet de loi adopté par le Conseil des ministres le 7 décembre 1972 est présenté le 25 avril 1973, les différents acteurs sociaux l'accueillent avec réserve.
Le Conseil économique et social exprime un commentaire circonspect. Dans son avis du 21 mars 1973, le Conseil recommande d'une part, un renversement de la charge de la preuve et, d'autre part, une réintégration du salarié comme moyen de réparation en cas de licenciement abusif, celle-ci restant cependant subordonnée à l'accord des parties.
Quant aux députés de l'opposition, estimant que l'évolution exposée n'est pas assez importante, ils proposent d'adopter la règle selon laquelle la charge de la preuve incombe à l'employeur [41].

Ces divers amendements sont repoussés et, malgré de longues discussions et les votes émis par le Sénat, la loi finalement adoptée ressemble beaucoup au projet initial du gouvernement.

---

[40] ◆ Espagne : Articles 77 et 78 de la loi du 8 avril 1976.
◆ Portugal : Article 9 de la loi du 24 novembre 1969 précitée.

[41] Amendement n°43 : *« En cas de litige, l'employeur est tenu de faire la preuve du caractère réel et sérieux des causes du licenciement »*.
Dans le même sens, amendement n°28, *J.O. Débats Ass. Nat.* 30 mai 1973, p.1445, col.2. En effet, le rapporteur A. MERIC estimait qu'il était *« plus facile à l'employeur de prouver que son subordonné est inexact, incompétent, indélicat ou que le poste qu'il occupait se trouvait supprimé, qu'au salarié de démontrer de façon rigoureuse la mauvaise foi éventuelle de celui qui le licencie. Il ne s'agit nullement de faire peser une présomption d'abus sur l'employeur. L'employeur de bonne foi n'aura aucun mal à assortir ses allégations de faits précis qui en garantiront le bien-fondé. En revanche, il est presque impossible pour le salarié d'obtenir les documents et les témoignages qui peuvent lui permettre quand le licenciement est abusif de confondre l'employeur qui se retranche derrière un motif souvent imprécis »*. Propos cités par J.-R. BONNEAU, « La réforme du droit de licenciement », *Gaz. Pal*., 1973, doctrine, p.647.

21 Cette loi tellement attendue est définitivement votée étonnamment, en période de croissance économique [42], le 13 juillet 1973 [43].
Comme le souligne lors des débats parlementaires le Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Population de l'époque, M. Georges GORSE, cette loi a pour objectif de *« protéger les salariés contre les licenciements abusifs sans pour autant figer nos structures économiques ni porter atteinte à la responsabilité du chef d'entreprise »*.

Cette loi, en raison de son importance doit constituer *« une nouvelle étape sur le chemin du droit du travail vers l'autonomie »* [44]. **De vocation générale, ses dispositions ne sont limitées ni au licenciement pour motif personnel ni même à ce seul mode de rupture. Elle vise, de manière large, le droit de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée**.

Ainsi, si la loi du 13 juillet 1973 ne supprime pas la faculté de résiliation unilatérale de l'employeur elle y apporte des restrictions importantes à ce que le Code du travail dénomme, désormais, « contrat de travail » [45].
De la « rupture unilatérale » au « congédiement » en 1928, nous parvenons en 1973 au « licenciement ». **Le terme** est nouveau dans la législation de l'époque et a une importance capitale. Il **joue avec la « licence », qui vient du latin *licentĭa* et qui signifie permission, c'est à dire une autorisation encadrée**. L'encadrement de la rupture est ici de deux ordres.

22 Tout d'abord, sur le plan formel, une évolution notable voit le jour. Jusqu'à cette date, l'employeur n'avait aucune obligation procédurale à respecter avant de prononcer un licenciement individuel. Dorénavant, le licenciement doit être précédé d'une procédure se déroulant dans le cadre de l'entreprise [46].

---

[42] En 1973, le taux de chômage n'était que de 2.2 % de la population active. Et ce, en dépit du premier choc pétrolier.

[43] Loi du 13 juillet 1973, n°73-680, *J.O.* 18 juillet 1973, p.7763 ; *D.* 1973, 305.

[44] Ministre du travail, *J.O. Débats Ass. Nat.* 1973, p.1444.

[45] Article 1er de la loi du 13 juillet 1973 : *« Dans le Code du travail, l'expression « contrat de travail » est substituée à l'expression « louage de services »*.

[46] L'article L 122-14 du Code du travail (issu de l'article 24 l de la loi) prévoit que *« l'employeur ou son représentant, qui envisage de licencier un salarié doit, avant toute décision, convoquer l'intéressé par lettre*

L'instauration d'une procédure préalable au licenciement constitue une création remarquable. Pour la première fois, de véritables garanties procédurales sont imposées à l'employeur qui envisage de se séparer d'un salarié. C'est ainsi qu'un responsable syndicaliste de l'époque qualifie de « capitale » cette innovation [47]. En effet, imposer une entrevue entre salarié et employeur avant qu'une décision de congédiement ne soit prise bouleverse totalement les pratiques antérieures. L'obligation pour l'employeur d'expliquer auprès du salarié la mesure du licenciement est en elle-même une nouveauté. En outre, l'écoulement d'un certain délai entre l'entretien et la notification de la mesure permet d'éviter les mesures trop hâtives prises sous l'effet de l'énervement ou faisant suite à une information partielle quant aux faits reprochés. Tout ceci forme un véritable cadre apportant des garanties non négligeables au salarié menacé de licenciement. Comme l'écrit J. PÉLISSIER, *« le licenciement n'apparaît plus tout à fait comme l'expression d'un pouvoir absolu »* [48].

23 Les restrictions apportées en 1973 au droit de licencier se traduisent ensuite par des exigences de fond. Désormais, le droit de licencier est subordonné à l'existence d'une cause réelle et sérieuse. L'employeur ne peut plus rompre pour n'importe quel motif de son choix. Il ne peut mettre fin au contrat que pour un motif dont les juges contrôleront, en cas de litige postérieur, le caractère réel et sérieux. Cette loi de 1973 opère donc un changement fondamental en transformant le droit de rompre le contrat de travail à durée indéterminée en un droit « causé ». Comme l'écrit alors Mme BONNETÊTE en 1974, *« le licenciement « nécessité » est prêt à succéder au licenciement « opportunité » »* [49]. Et ce, grâce à la

---

recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge, en lui indiquant l'objet de la convocation. Au cours de l'entretien, l'employeur est tenu d'indiquer le ou les motifs de la décision envisagée et de recueillir les explications du salarié. En l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié a la faculté de se faire assister par un conseiller de son choix et l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation au salarié de la lettre recommandée de convocation ou sa remise en main propre. Lors de cette audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ».

[47] F. NAUDÉ, « Réflexion à propos du projet de loi modifiant le droit de licenciement », *Dr. soc.* 1973, p.144.

[48] J. PÉLISSIER, « La réforme du licenciement », *D.* 1973, chronique XXXVII, p.254.

[49] M.-C. BONNETÊTE, « De la notion de faute à la notion de cause », *D.* 1974, p.196.

nouvelle exigence légale d'une cause réelle et sérieuse. La théorie civiliste de l'abus de droit est désormais abandonnée au profit d'un concept inédit spécifique au droit du travail.

24 Enfin, le droit de contrôle du juge de la cause réelle et sérieuse est facilité par l'adoption dans cette même loi du 13 juillet 1973, de nouvelles règles de preuve. En effet, prenant conscience des multiples critiques exposées à ce sujet, le ministre du Travail déclare que *« la situation n'est pas satisfaisante. Le fardeau de la preuve est lourd pour le salarié. S'il s'agit d'une légèreté blâmable qu'il impute à l'employeur, il ne pourra en prouver la réalité que par l'intermédiaire de témoins pris dans le personnel de l'entreprise qui se récuseront pour des raisons bien compréhensibles »* [50].

La réforme la plus aisée consiste alors en un renversement pur et simple du mécanisme probatoire. Paul DURAND en avait d'ailleurs lancé l'idée dans les années 1950 [51]. Telle n'est pourtant pas la solution retenue en 1973.

En effet, le législateur choisit d'écarter la procédure accusatoire au profit de la procédure inquisitoire consistant à donner au juge le soin de réunir tous les éléments nécessaires à sa décision. Ainsi, la règle traditionnelle issue du droit civil, selon laquelle la preuve incombe au demandeur, cède devant les réalités de la vie salariale. Selon la formule de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, *« en cas de litige, le juge [...] forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles »*. C'est ainsi qu'au cours des débats, le ministre du travail se permet d'avancer : *« s'il me fallait répondre à la question de savoir qui de l'employeur ou du salarié porte la charge de la preuve, je serais tenté de dire, sans aucune ironie, c'est le juge »* [52]. Aucune des parties ne supporte particulièrement le fardeau de la preuve. Elles sont mises à égalité devant le juge qui établit sa conviction.

25 La loi de 1973 accomplit donc un véritable renversement des logiques. **À cette date, l'évolution glisse d'une rupture contractuelle à une décision statutaire réglementée.** Il ne s'agit plus de mettre fin à un lien fragile simplement et rapidement mais de mettre hors de l'entreprise un être humain engagé durablement, ce qui nécessite le respect d'un statut

---

[50] *J. O. Débats Ass. Nat*., 1973, p.1442.

[51] *« La charge de la preuve doit incomber à l'auteur de la résiliation, qu'il s'agisse de l'employeur, du salarié, ou des autorités autres que l'employeur qui décident la rupture du contrat ».*

[52] *J. O. Débats Ass. Nat.*, 1973, p.1442.

légal protecteur des droits fondamentaux. **La loi de 1973 réalise ainsi un passage du droit des obligations vers le droit des personnes. La logique issue du droit des contrats, participant à conforter le pouvoir de l'employeur, est écartée au profit d'une logique de protection du salarié visant à le faire entrer, de manière plus large, dans un statut social**. **Au-delà du contrat qui lie l'employeur à son salarié et des effets qu'il génère, le législateur impose, par ce texte, la reconnaissance d'une nouvelle voie juridique éloignée des concepts civilistes**. Désormais, il apparaît indispensable, spécifiquement au moment de la rupture du contrat de travail, de compenser l'inégalité structurelle dans laquelle se trouve le salarié en situation de subordination vis-à-vis de son employeur.

26 Le but de notre étude à venir est donc de **mettre en perspective la place respective de la logique contractuelle et de la logique statutaire lors de la rupture du contrat de travail**. En effet, **si la relation de travail a avant tout une dimension contractuelle patrimoniale** (le contrat de travail est en effet défini comme la convention par laquelle une personne, le salarié, place son activité au profit d'une autre, l'employeur, en se mettant sous la subordination de celui-ci, en échange d'une rémunération), **il n'en demeure pas moins qu'elle est un contrat entre deux personnes**. Ce faisant, la relation de travail présente également un **aspect extrapatrimonial** qui influe sur la sélection du personnel mais aussi sur la rupture du contrat. Au-delà du salarié, c'est la personne même qu'il convient de protéger juridiquement.

Ainsi, ce **conflit de logiques** se rencontre dans l'ensemble de l'évolution des ruptures du contrat de travail.

27 En premier lieu, il trouve à s'exprimer dans **l'évolution de la qualification** de la rupture du contrat de travail.
La qualification [53] s'entend comme *« l'opération intellectuelle d'analyse juridique, outil*

[53] Plusieurs thèses ont été consacrées à la qualification mais alors dans le cadre du contrat :

- X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse, Université de Nancy, 1992.
- F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957.
- M.-J. BRUSETTI, *Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes*, Thèse, Grenoble, 1977.
- D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innomé*, Thèse, Université de Lyon III, 1982.

Dans une optique plus générale, voir H. CROZE, *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, Thèse, Université de Lyon, 1981.

essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte par rattachement, le régime qui lui est applicable) en reconnaissant les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement » [54]. La qualification peut provenir aussi bien des parties en cause que d'un magistrat. En effet, d'une part, celui qui met un terme à la convention qualifie son acte de rupture, ne serait-ce que pour fixer le régime qui lui est applicable. D'autre part, c'est parfois au juge qu'il revient, en fonction de certains critères prédéfinis, de déterminer la nature de la cessation de la convention.

En présence d'un contrat de travail, la rupture peut revêtir diverses qualifications. Or, seule la qualification de « licenciement » déclenche le dispositif mis en place en 1973 et renforcé par la suite. C'est la raison pour laquelle les employeurs cherchent rapidement à masquer le licenciement derrière une autre qualification permettant de rompre le contrat de travail à moindres frais puisque les indemnités afférentes à la qualification de licenciement ne sont en principe pas dues au salarié. C'est ainsi que prolifèrent des modes de rupture du contrat de travail dits « autonomes », tels la résiliation judiciaire, la rupture d'un commun accord, la force majeure ou la retraite.

La Cour de cassation et le législateur, refusant de voir la loi de 1973 perdre toute efficacité, interviennent continuellement dans le sens d'une protection statutaire de la personne du salarié. À l'éclatement des qualifications de rupture du contrat de travail, succède alors une phase de recentrage autour de la qualification de licenciement. Celle-ci est retenue chaque fois qu'il est impossible d'imputer avec certitude la rupture du contrat de travail au salarié. Ce faisant, la conception traditionnelle du licenciement est profondément modifiée. Le licenciement n'est plus seulement l'acte volontaire unilatéral de rupture de l'employeur, il constitue également la qualification donnée en cas de doute sur le contractant qui a rompu la relation. En outre, la qualification de licenciement est systématiquement exploitée pour sanctionner des actes ou des faits juridiques de rupture de l'employeur. En effet, par la technique de « requalification », le juge ne cherche pas à restituer à l'acte sa véritable nature mais fait naître une fiction consistant à faire comme s'il y avait toujours « licenciement ».

---

[54] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, PUF, 2007, mot « qualification ».

Ainsi, la première partie de notre thèse relative à l'évolution de la qualification des différents modes de rupture du contrat de travail nous permettra de mettre en perspective que sur cet aspect l'analyse contractuelle originelle de la relation de travail a fait place à une logique statutaire (PREMIÈRE PARTIE). Modèle combinatoire qui est pourtant en passe aujourd'hui d'être déstabilisé par un mouvement le tirant dans la direction opposée.

28 Cette recherche d'équilibre entre idée contractuelle et idée statutaire se retrouve identiquement dans ce qui fera l'objet de la seconde partie de notre thèse, à savoir l'étude de **l'évolution du régime des ruptures du contrat de travail** (DEUXIÈME PARTIE). En effet, en ce domaine, la prévalence du droit du licenciement est incontestable depuis 1973. Tous les textes intervenus ultérieurement sont allés dans le sens d'une protection des droits fondamentaux du salarié. Et ce, qu'il s'agisse de la justification de la rupture, de la procédure imposée avant de se séparer ou de la délégation accordée au juge pour contrôler l'acte de rupture. Tous les modes de rupture résultant d'un acte de pouvoir de l'employeur sont empreints du droit du licenciement. Il s'agit de la sorte de défendre efficacement le droit des personnes. Dans le même dessein, demeure extérieur au champ magnétique du droit du licenciement l'acte de liberté du salarié. Nous poserons alors la question de savoir si le régime de la rupture du contrat de travail ne doit pas revenir à plus de nuances dans l'analyse statutaire de la relation de travail.

29 Notre propos est donc de tenter, ici, une mise en perspective des ruptures du contrat de travail afin de situer l'étape que nous vivons actuellement et risquer une prospective. Prospective cependant nationale dans la mesure où, aujourd'hui, une harmonisation des législations au niveau international est utopique. Quant à une harmonisation européenne, si elle ne relève pas de la chimère, elle paraît néanmoins à ce jour difficile à réaliser. En effet, en matière de rupture du contrat de travail, le constat est malheureusement sans appel : seuls quelques rapports abordent le droit du licenciement [55], deux directives concernent le

[55] ◆ Rapport de la Commission des Communautés Européennes du 3 mai 1972, Documents de séance, série A 1972.

◆ Projet de rapport de la Commission de 1975, « La protection des travailleurs en cas de licenciement individuel dans les Etats membres de la Communauté Européenne ».

◆ Projet de rapport de la Commission au Conseil.

Ce projet débouchait sur un schéma de protection contre les licenciements plus protecteur que les instruments de l'OIT. Mais il n'a débouché ni sur une directive ni même sur une discussion plus concrète au sein de l'Union Européenne.

rapprochement des législations relatives aux licenciements collectifs [56] une directive effectue une harmonisation des législations relatives au maintien des travailleurs en cas de transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'établissement [57] et enfin l'article 24 de la Charte sociale européenne [58] prévoit que les salariés ne peuvent être licenciés *« sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise »*. Quant au licenciement individuel, aucun texte européen n'y est consacré. Comme le souligne Mme LAURENT-MERLE, *« alors que tant d'efforts ont été faits pour harmoniser les législations sur les essuie-glace de voitures ou les additifs pour aliments de bétail, pourquoi ne pas imaginer une action européenne rapide pour harmoniser les législations sur le licenciement ? »* [59]. Harmonisation qui passerait obligatoirement par une adoption à l'unanimité de toute mesure sur le sujet.

À ce jour, le souci d'assurer une protection au salarié contre le licenciement individuel se traduit donc différemment selon les Etats membres de l'Union Européenne, chacun appliquant sa législation nationale. De ce fait, les comparaisons sont difficiles à effectuer. Les développements qui vont suivre s'attacheront, en conséquence, exclusivement au droit national français.

---

[56] ◆ Directive n°75-129 du 17 février 1975, *JOCE* du 22 février 1975, n°L. 48.
◆ Directive n°92/56 du 24 juin 1992, *JOCE* 27 juin 1992.

[57] Directive n°77-187 du 14 février 1977, *JOCE* du 5 mars 1977, L. 61.

[58] Signée au sein du Conseil de l'Europe en 1961 à Turin, entrée en vigueur en 1965 puis révisée le 3 mai 1996.

[59] I. LAURENT-MERLE, *Le licenciement individuel dans les 15 Etats membres de l'Union Européenne*, Thèse, Université de Limoges, 1996, p.42.

PREMIÈRE PARTIE L'ÉVOLUTION DE LA QUALIFICATION DES RUPTURES DU CONTRAT DE TRAVAIL : L'EMPREINTE DU DROIT DES OBLIGATIONS

À la Révolution française, la liberté de l'homme est proclamée. Les liens de type féodal sont abolis. Nul ne peut être lié à quelqu'un d'autre par un engagement à vie. Aussi, en matière de « contrat de louage de service », ancêtre du contrat de travail [60], la première liberté du cocontractant travailleur est de pouvoir se soustraire à l'autorité de son employeur en rompant le contrat qui les lie. Tel est le principe proclamé à l'article 1780 du Code civil [61]. Le droit de rupture se donne en ce sens pour *« garantie de la liberté humaine qui ne saurait être enchaînée à perpétuité »* [62].

Le droit de résiliation unilatérale des conventions conclues sans détermination de durée fait donc partie intégrante de la liberté contractuelle. Il s'agit même, aujourd'hui, d'un droit ayant valeur constitutionnelle [63]. Ainsi, les deux parties à un contrat de travail peuvent toujours mettre fin unilatéralement à un contrat dont la durée n'est pas limitée (TITRE I).

Mais le droit des obligations n'envisage pas uniquement le droit de résiliation unilatérale pour permettre aux parties de sortir d'un contrat. En effet, le Code civil prévoit en son article 1134 alinéa 2, qu'il est loisible aux cocontractants de convenir, ensemble, d'une rupture d'un commun accord [64]. Celle-ci peut alors intervenir tant en matière de contrat à durée déterminée que de contrat à durée indéterminée. De même, pour faire respecter le principe de la force obligatoire du contrat, le droit des obligations permet une rupture en cas

---

[60] La terminologie a été officiellement modifiée dans le Code du travail par la loi du 13 juillet 1973.

[61] Article 1780 du Code civil : *« On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Le louage de service, fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes »*.

[62] A. ROUAST, « La rupture abusive du contrat de travail », *D.* 1928, chronique, p.6.

[63] C'est, en effet, ce que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser, s'agissant du pacte civil de solidarité (P. A. C. S.) : *« la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants » :* Conseil constitutionnel, 9 novembre 1999, décision n°99-419, *J. O.* du 16 novembre 1999, p.1692 ; Observations J. MESTRE, *RTDciv*. 1999, p.654.

[64] Article 1134 du Code civil alinéa 2 : *«* [Les conventions] *ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel* […] *»*.

de non-respect du contrat. Et ce, qu'il s'agisse d'une inexécution volontaire [65] ou totalement involontaire [66] de la part du cocontractant.
Dans la mesure où le contrat de travail est soumis au règles du droit commun [67], ces différents modes de ruptures civilistes doivent trouver application en la matière. Or, nous constaterons que leur acceptation par le droit du travail ne s'est pas faite sans heurts. Et ce, principalement depuis 1973, date à laquelle le législateur a réglementé le droit du licenciement (TITRE II).

Ce faisant, l'empreinte originelle du droit des obligations s'est progressivement effacée sous le poids du droit du licenciement.

[65] Article 1184 du Code civil : *« La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.*
Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.
La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».

[66] Article 1148 du Code civil : *« Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait, ce qui lui était interdit ».*

[67] Article L. 121-1 du Code du travail : *« Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun ».*

TITRE I

L'ÉVOLUTION DE LA QUALIFICATION DES MODES DE RÉSILIATION UNILATÉRALE DU CONTRAT DE TRAVAIL

En vertu de l'article L. 122-4 du Code du travail, le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut toujours cesser à l'initiative de l'une des parties contractantes.

Originellement, quand l'initiative de la rupture est prise par le salarié, la rupture est qualifiée de démission. Tandis que, lorsque l'initiative de la rupture est prise par l'employeur, la rupture est qualifiée de licenciement et il revient alors au juge d'apprécier le bien-fondé du licenciement au regard des motifs éventuellement énoncés par l'employeur.

Ainsi présentée, la qualification de la résiliation unilatérale du contrat de travail semble ne poser guère de difficulté. Il ne faut cependant pas se fier à ces apparences. En effet, nous allons révéler que la qualification de démission a un domaine d'action très étroit. Si étroit que nous pouvons parler, à son propos, de catégorie fermée. Et ce, par opposition, au licenciement, catégorie ouverte, qui connaît une extension de son domaine, bien au-delà de l'engagement de la procédure de rupture par l'employeur.

C'est à l'étude de l'évolution de ces deux qualifications originelles que nous nous attacherons initialement (Chapitre I).

Mais ces deux modes de résiliation unilatérale ne sont pas les seuls concernant un contrat de travail.

En effet, en présence d'un contrat de travail, l'objet du contrat est différent de celui d'un contrat civil classique puisqu'il s'agit de la personne même du salarié [68], voire pour A. SUPIOT, du corps du salarié [69]. Il est, par conséquent, nécessaire de prendre en considération

---

[68] Sur ce sujet, voir principalement : ◆ E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc.* février 1997, p.140-151.

◆ M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives*, ouvrage collectif, LGDJ, 1998, p.101-124.

◆ T. REVET, *La force de travail (Etude juridique)*, Thèse Université de Montpellier I, Bibliothèque de droit de l'entreprise, LITEC, tome 28, 1992, préface F. ZÉNATI.

◆ T. REVET, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992, p.859-870.

◆ J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », *Dr. soc.* janvier 1990, p.49-58.

[69] A. SUPIOT, *Le juge et le droit du travail*, thèse, Université de Bordeaux, 1979.
Affirmation reprise dans *Critique du droit du travail*, PUF, Les voies du droit, 1994, spécialement pp.51-66.

l'aptitude physique de ce dernier. Le Code du travail intègre cette notion d'aptitude physique de différentes manières et, notamment, en donnant la faculté aux contractants de sortir unilatéralement du contrat de travail au-delà d'un certain âge du salarié. Il s'agit alors d'un mode autonome de rupture : la retraite. Mode de rupture unilatérale qui intervient en raison de l'âge du salarié de sa propre initiative (il s'agit, dans ce cas, d'un départ à la retraite) ou, au contraire, du chef de l'employeur (il s'agit, cette fois, d'une mise à la retraite).

Une autre spécificité différencie le contrat de travail de certains contrats civilistes. Il s'agit du caractère *intuitu personae* de cette convention. Aussi, le Code du travail prévoit il la possibilité d'inclure, dans le contrat de travail, une période d'essai. Période au cours de laquelle chaque partie au contrat examine si la relation contractuelle de travail est en mesure de se prolonger. À tout moment, l'employeur ou le salarié peut mettre fin, de façon unilatérale, à cette phase du contrat, sans avoir à respecter de délai de prévenance (sauf dispositions particulières du contrat de travail ou de la convention collective) ni de règle de procédure. Il n'apparaît pas davantage nécessaire d'alléguer des motifs à l'appui de la décision.

C'est donc à ces facultés de résiliation unilatérale particulières au contrat de travail que nous nous intéresserons dans la seconde partie de notre écriture (Chapitre II).

CHAPITRE I

La qualification des modes originels de résiliation unilatérale : une évolution asymétrique

Dans une première approche, nous pouvons penser qu'en présence d'un contrat de travail à durée indéterminée, la résiliation unilatérale exercée par le salarié se traduit par le terme « démission ». Parallèlement, côté employeur, elle est dénommée « licenciement ». Ces deux qualifications n'étant, en conséquence, que les deux facettes d'un seul et même droit.

Conçue ainsi, de façon primaire, la notion de licenciement se présente comme une simple variante sans grand intérêt. Elle permet seulement d'indiquer commodément que l'auteur de la résiliation est l'employeur.

Cette vision des choses est maintenue jusqu'en 1973, date à laquelle la loi réglemente le droit de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée. Si la loi ne supprime pas la faculté de résiliation unilatérale de l'employeur, elle y apporte des restrictions importantes. La symétrie entre la démission et le licenciement est alors définitivement rompue [70]. La qualification de licenciement emporte application d'un régime contraignant pour l'employeur.

Il devient alors indispensable de définir avec précision ce que recouvre le vocable « licenciement ».

Ce terme est usité pour décrire des situations hétéroclites. Au licenciement « libérateur » permettant à l'employeur de se dégager de la relation contractuelle [71], se greffe un autre pouvoir de l'employeur : celui de sanctionner un salarié. Le mot « licenciement » sert donc

[70] Une première loi, celle du 19 février 1958 est venue briser le parallélisme, d'origine civiliste, de la démission et du licenciement. Celle-ci instaure un embryon de procédure de licenciement ainsi qu'un préavis minimum légal applicable dans la seule hypothèse de la résiliation intervenue à l'initiative de l'employeur.

[71] Licenciement que le droit allemand appelle ordinaire (« Ordentliche Kündigung »).

également à définir la peine la plus forte que l'employeur peut infliger à un salarié [72]. Ainsi, le licenciement constitue un véritable polymorphisme (Section 2).

À l'inverse, la qualification de démission n'est retenue que dans une seule et unique hypothèse, celle où le salarié entend de façon libre, claire et non équivoque quitter son emploi pourvu sans détermination de durée. Une qualification étroite qui ne recouvre donc pas toutes les situations où le salarié rompt unilatéralement son contrat de travail (Section 1).

[72] Licenciement que le droit allemand appelle extraordinaire (« Ausserordentliche Kündigung »).

Section 1 - La qualification de la résiliation unilatérale du contrat de travail par le salarié

En vertu de l'article L. 122-4 du Code du travail, chacune des parties liées par un contrat de travail conclu pour une période indéterminée peut à tout moment mettre fin à son engagement.
L'acte juridique unilatéral de volonté par lequel un salarié signifie à son employeur qu'il entend « mettre fin à sa collaboration » est alors qualifié de démission [73].

Cet acte volontaire du salarié ne peut, en principe, se rencontrer en présence d'un contrat de travail à temps (§1).
Mais même en présence d'un contrat conclu pour une période indéterminée la Cour de cassation exige des critères très précis pour admettre la qualification de démission (§2).

§ 1 - La qualification de la résiliation par le salarié d'un contrat de travail à durée déterminée

30 Le contrat de travail à durée déterminée induit inévitablement, pour le salarié, une précarité de l'emploi [74]. C'est la raison pour laquelle le législateur, par des textes successifs, a limité les possibilités de recours à ce type de contrat [75]. Il ne peut, aujourd'hui, être conclu un CDD que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire [76] (à l'exception des contrats de

[73] Cass. soc., 5 novembre 1987, n°84-45.098, *Bull. civ.*, V, n°621.

[74] G. LYON-CAEN et J. PÉLISSIER, *Droit du travail*, 16ème édition, 1992, n°120.

[75] Article L. 122-1-1 du Code du travail.

[76] Article L. 122-1 alinéa 1er du Code du travail : *« Le contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise »*.

formation et d'insertion [77]).
En cas d'inobservation de cette règle, le contrat de travail est requalifié par les juges en contrat à durée indéterminée. Le CDD est réputé être un CDI depuis sa conclusion avec tous les droits et obligations attachés à ce type de contrat de travail.

Dans cette même optique de lutte contre la précarité, le Code du travail tente d'assurer pendant la durée convenue entre les parties le maximum de stabilité à la relation contractuelle. Ainsi, afin de rendre exceptionnelle la rupture anticipée du contrat, les modes habituels de rupture du contrat à durée indéterminée sont ici exclus [78]. Il en va ainsi de la résiliation unilatérale par le salarié.

L'exclusion du droit de résiliation unilatérale se justifie également en se référant à la logique de l'article 1780 du Code civil.
Ce texte prohibe les engagements à vie. C'est une mesure contre l'esclavage. Elle se montre donc inutile dans le contrat à durée déterminée dans lequel le risque d'aliénation durable ou perpétuelle est annulé par la fixation du terme ou de la fin de la tâche.

L'article 1134 du Code civil, sur la force obligatoire des conventions, trouve donc de nouveau à s'appliquer. En effet, cette disposition vise à la fois le contenu des obligations et la durée du lien contractuel.
Ainsi, en dehors d'un accord amiable, les contrats de travail à durée déterminée ne peuvent être révoqués avant leur terme que pour les causes que la loi autorise. Ici, la rupture n'est admise qu'en trois occasions : la faute grave, la force majeure, et depuis 2002, la justification par le salarié d'une embauche à durée indéterminée.

Ces dispositions régissant la résiliation des contrats à durée déterminée sont d'ordre public. Il en résulte, notamment, que toute clause résolutoire de plein droit inscrite dans un contrat à durée déterminée doit être réputée non écrite [79].

---

[77] Article L. 122-2 du Code du travail.

[78] L'article L. 122-3-8 du Code du travail rappelle que *« sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure »*.

[79] Circulaire DRT n°18-90, 30 octobre 1990, §2.4.1, *BO Travail* n°90/24.

Par conséquent, le salarié qui veut rompre unilatéralement un contrat à durée déterminée doit établir un cas de force majeure, l'existence d'une faute grave de l'employeur ou encore son embauche définitive. À défaut d'une telle preuve, il commet une faute contractuelle.

Par ailleurs, soulignons que **la rupture unilatérale anticipée par le salarié du contrat à durée déterminée ne peut être qualifiée de démission**. Le salarié ne dispose pas, en effet, du droit de démissionner [80]. Ce cas de rupture n'entre pas dans l'énumération limitative des cas de rupture autorisés avant terme par l'article L. 122-3-8 du Code du travail.

La rupture unilatérale du contrat de travail à durée déterminée par le salarié étant ainsi précisée, intéressons-nous dorénavant à celle du contrat conclu sans détermination de durée, plus communément dénommée « démission ». Cependant, pour pouvoir être qualifiée de telle, plusieurs critères doivent être réunis.

---

[80] ◆ Cass. soc., 5 janvier 1999, n°97-40.261, *Bull. civ.*, V, n°1 ; *CSBP* 1999, n°108, S 138, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* mars 1999, p.284, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 1999, n°482, p.299 ; *TPS* mars 1999, n°93, p.9, obs. P.-Y. VERKINDT : *« Le contrat à durée déterminée ne peut être rompu de manière anticipée par une démission »*.

◆ Cass. soc., 31 mai 2000, n°98-43.217, *TPS*, hors série, mars 2001, n°51, p.45, obs. F. BOUSEZ.

◆ Cass. soc., 28 mars 2001, n°99-41.900, *TPS*, juin 2001, n°209, p.11, obs. P.-Y. VERKINDT : *« Aux termes de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure ; qu'il s'ensuit que le contrat à durée déterminée ne peut être rompu de manière anticipée par une démission »*.

◆ Cass. soc., 25 avril 2001, n°99-41.421, *TPS*, juillet 2001, n°243, p.20, obs. P.-Y. VERKINDT : « *Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que le contrat à durée déterminée ne peut être rompu de manière anticipée par une démission et qu'en imputant la rupture au salarié, elle le considérait comme démissionnaire, la cour d'appel a violé le texte susvisé »*.

◆ CA Bastia, 26 octobre 2005, *Bulletin d'information de la Cour de cassation* publié sur son site Internet, n°651 du 1er décembre 2006, n°2366 : *« La démission n'est pas un cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée »*.

Voir, cependant, l'arrêt du 27 septembre 2006 où la Chambre sociale de la Cour de cassation utilise la qualification de « démission » à propos de la rupture anticipée, par la salariée de son CDD : *« La démission d'un salarié n'est valablement caractérisée qu'en cas de manifestation d'une volonté non équivoque de démissionner »*, n° 04-46.129, *CSBP* n°186, janvier 2007, S 6, obs. C. CHARBONNEAU.

§ 2 - La qualification de la rupture par le salarié d'un contrat de travail à durée indéterminée

31 Traditionnellement, la qualification attribuée à l'exercice de la faculté de résiliation unilatérale par le salarié est celle de « démission ».

Si nous nous en tenons à une affirmation générale, la démission se distingue aisément du licenciement et de la rupture d'un commun accord.
Elle se différencie, tout d'abord, nettement du licenciement en ce que le droit de résilier unilatéralement le contrat de travail à durée indéterminée est exercé par le salarié.
Quant à la rupture d'un commun accord, la démission s'en particularise en ce qu'elle n'a pas à être acceptée par l'autre partie au contrat. En effet, la démission du salarié entraîne la rupture du contrat de travail sans qu'il soit besoin de l'accord de l'employeur [81]. Conformément à ce qui se passe en droit commun des obligations, la seule volonté du salarié met fin à la relation de travail.
De la même façon, la démission étant un acte de volonté unilatéral, le salarié ne peut par avance accepter d'être déclaré démissionnaire [82].

La loi ne donne pas d'autre précision sur ce qu'il faut entendre par démission.
C'est donc la Cour de cassation qui, au gré de ses décisions, est venue enserrer la qualification de démission. **La démission n'est plus seulement l'exercice par le salarié de sa faculté de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée. Elle est entendue comme l'acte juridique mis en oeuvre par le salarié résultant d'une volonté libre, sérieuse et non équivoque visant à mettre fin au contrat de travail**. À défaut d'une telle volonté, la qualification de démission est écartée au profit d'une requalification en licenciement (A).
L'étude des circonstances entourant la rupture prend donc une réelle importance en matière de

[81] Cass. soc., 27 novembre 1968, n°67-40.312, *Bull. civ.*, V, n°533.

[82] Cass. soc., 27 avril 1989, *Bull. civ.*, V, n°310 : en l'espèce, le salarié avait signé, avant de partir en vacances, un document mentionnant la date de retour sauf à être considéré comme démissionnaire.

démission [83]. C'est pourquoi, dans les développements qui vont suivre, seront exposées de très nombreuses décisions jurisprudentielles.

Cependant, cette nécessaire prise en compte des éléments de fait ne doit pas, selon nous, nuire à la sécurité juridique des parties contractantes qui, par avance, ne peuvent savoir comment les juges qualifieront la rupture.

De la même façon, l'étroitesse de la définition de la démission implique que les magistrats rejettent cette qualification lorsqu'ils se trouvent confrontés à la pratique dite de « prise d'acte » de la rupture du contrat de travail par le salarié. Dans cette hypothèse, le salarié prend l'initiative de rompre le contrat de travail en quittant l'entreprise. Puis, il saisit les juges prud'homaux afin de faire imputer à l'employeur la responsabilité de la rupture du contrat de travail.

Selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, cette « prise d'acte » ne doit être qualifiée ni de démission ni de licenciement. Nous nous interrogerons donc pour savoir quelle qualification doit recevoir cette rupture de fait intervenant à l'initiative du salarié (B).

Puis, nous proposerons une évolution des critères de qualification de la démission en vue d'une souhaitable objectivation (C).

A - La qualification traditionnelle de démission et sa requalification

La Haute Cour veille à une délimitation très étroite de la catégorie démission. Il convient en effet de protéger le salarié à la fois contre son employeur mais également contre lui-même.

Tout d'abord, la jurisprudence vérifie que certains employeurs, désireux d'échapper à un droit du licenciement de plus en plus complexe, ne dissimulent la rupture derrière la qualification de démission. Les juges ont donc souvent à se prononcer sur la nature de la cessation des relations contractuelles.

Ensuite, il convient parfois de protéger le salarié contre lui-même. En effet, sous l'emprise de la colère ou de la fatigue, un salarié peut brusquement décider de quitter son emploi, pour ensuite se rétracter.

---

[83] Cass. soc., 1er juin 1999, n°97-41.683 : Les juges du fond doivent se fonder sur les circonstances entourant la démission.

C'est pour éviter ces deux écueils que la Chambre sociale de la Cour de cassation a exigé différents critères pour que soit qualifié de démission l'acte du salarié (1°).
À défaut, de réunir les caractéristiques requises, la qualification de démission est écartée. Les juges procèdent alors à une requalification de l'acte de rupture mis en œuvre par le salarié. La requalification n'a pas exactement pour objet de restituer à l'acte son exacte qualification. Elle a davantage pour dessein *« de sanctionner l'employeur qui viole la réglementation impérative »* [84]. Il s'agit alors d'une « requalification – sanction » en licenciement (2°).

1° - La qualification de démission

Pour être valable, la Chambre sociale de la Cour de cassation exige que la démission résulte d'une volonté libre (a), sérieuse (b) et non équivoque (c) [85]. Ce sont les juges du fond qui apprécient souverainement si ces caractéristiques sont réunies et si l'acte litigieux constitue ou non une démission.
Les critères ci-dessus exposés feront l'objet d'une vigilance encore plus accrue de la part des juridictions en cas de démission d'un salarié protégé. Et ce, compte tenu de la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun contre le licenciement dont ce salarié bénéficie.

---

[84] C. ROY-LOUSTAUNAU, « Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée : requalification - interprétation et requalification - sanction – Commentaire de Cass. soc., 27 mars 1991 », *Revue de recherche juridique*, Droit prospectif, 1992, III, n°17, p.863.
Sur la technique de la requalification – sanction en droit du travail, voir également les travaux de D. BAUGARD, *La sanction de la requalification en droit du travail*, Thèse, Université de Paris I, décembre 2006 sous la direction de G. COUTURIER.

[85] Jurisprudence constante :
- Cass. soc., 7 mai 1987, n°84-42.203.
- Cass. soc., 12 décembre 1991, n°88-40.643, *Bull. civ.*, V, n°576.
- Cass. soc., 30 novembre 1994, *RJS* 1/95, n°6, p.19.
- Cass. soc., 1er mars 2000, n°98-40.596.
- Cass. soc., 29 juin 2002 : *« La démission d'un salarié ne se présume pas : elle suppose une volonté claire, sérieuse et non équivoque de démissionner »*.

a - Une volonté libre

32 Le critère liminaire exigé par la Cour de cassation pour qualifier l'acte du salarié de démission est l'expression d'une volonté libre.

La démission du salarié est un acte juridique unilatéral. Elle émane d'une seule personne, le salarié, et crée des effets de droit. Or, en France, aucune théorie générale n'a été dégagée par le législateur, la doctrine ou la jurisprudence [86]. En effet, tous s'accordent à penser que cette situation n'est pas gênante dans la mesure où le droit des contrats permet de résoudre les interrogations posées par l'acte unilatéral. Ainsi, J. GHESTIN affirme que *« l'exposé d'une théorie générale de l'acte juridique ferait assez largement double emploi avec celui de la théorie générale du contrat. Or, il semble que ce soit cette dernière qui constitue le degré d'abstraction le plus adéquat, à mi-chemin entre l'obligation et l'acte juridique [...] Le régime des autres actes juridiques, dont l'importance pratique est d'ailleurs bien moindre, peut alors être présenté sous forme de renvois ou de compléments »* [87].
De la sorte, la théorie des vices du consentement, figurant dans le Chapitre II du Titre III du Livre troisième du Code civil consacré aux *« conditions essentielles pour la validité des conventions »* doit, en principe, s'appliquer à l'acte juridique unilatéral. Cette question n'est plus discutée. Les auteurs admettent que cette théorie concerne toute manifestation de volonté, et donc l'acte juridique unilatéral.

En conséquence, conformément à l'article 1109 du Code civil [88], la démission doit être exempte de tout vice du consentement. Ainsi, la volonté du salarié ne vaudra démission que lorsqu'elle a été émise librement.

Tel n'est pas le cas lorsque le salarié est atteint d'un trouble mental au moment où il donne sa démission. Dans cette hypothèse, conformément à l'article 489 du Code civil [89], il

---

[86] Nous pouvons simplement citer, pour mémoire, la réglementation française existante en droit successoral à propos du testament et de l'option successorale (acceptation pure et simple, acceptation sous bénéfice d'inventaire, renonciation). Le droit de la famille connaît également la reconnaissance d'enfant.

[87] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat : formation*, LGDJ, 3ème édition, 1993, n°2, p.2.

[88] Article 1109 du Code civil : *« Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par la violence ou surpris par dol »*.

faudra prouver que l'état psychique du salarié ne lui permettait pas à cet instant de délivrer une démission exempte de vice.

La démission n'est pas émise plus librement quand le consentement du salarié a été vicié par le dol (α), l'erreur (β) ou encore la violence (γ). La démission ne peut alors être qualifiée de telle.
Ainsi, l'analyse des décisions jurisprudentielles rendues depuis plus de trente ans nous montre que bien des démissions ne sont qu'apparentes. La tâche du juge est alors de leur rendre leur véritable qualification.

α – L'erreur dans la démission

33 En droit des contrats, l'erreur est définie comme une représentation inexacte de la réalité. Pour être reconnue, elle doit porter sur une qualité substantielle et doit être commune. À notre connaissance, le contentieux relatif à l'erreur proprement dite, c'est à dire celle amenant le salarié à démissionner, est de faible importance.

Il a été, néanmoins, jugé que la lettre de démission d'une employée est *« dénuée de toute valeur »* parce qu'elle avait *« commis une erreur en se croyant coupable de vol et en signant une lettre de démission »* [90].

Ne peut davantage être qualifiée de démission la rupture du contrat de travail d'une salariée qui, croyant avoir fait l'objet d'un licenciement *« suite aux propositions intimes que lui avait faites son supérieur hiérarchique »* ne s'est plus présentée au magasin [91].

De façon identique, la Cour d'appel de Besançon a déclaré *« nulle la démission »* suite à *« l'erreur commise par un salarié démissionnaire sur l'étendue de ses droits au regard des*

---

[89] Article 489 du Code civil : *« Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. Mais c'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte ».*

[90] CA Bourges, 3 mai 1985, Riautey c/ Société Sodicentre.

[91] CA Montpellier, 28 mars 1991, SA Frio Center c/ Carreras.

allocations chômage ». En l'espèce, les juges relèvent que l'erreur *« avait été entretenue par l'employeur »*, sans toutefois se placer explicitement sur le terrain du dol [92].

Enfin, est admis que lorsque la décision du salarié de mettre un terme au contrat procède *« d'une erreur sur l'étendue de ses droits »*, elle n'a pu *« avoir aucun effet »*. En l'espèce, le salarié ignorait qu'en vertu de l'article L. 122-12 du Code du travail, son contrat se serait poursuivi malgré le transfert d'entreprise [93].

À l'inverse, il a été jugé que l'épouse d'un gendarme ne peut revenir sur sa démission au motif qu'elle *« ne l'aurait donné qu'en raison de l'assurance qui lui avait été donnée d'une réembauche dès qu'elle aurait été innocentée »* ; elle *« était à même, mieux que quiconque, de se rendre compte que son innocence ne pouvait être établie en quelques jours compte tenu de la nécessité d'une enquête »* [94]. En l'espèce, les magistrats ont donc tenu compte de la qualité de la salariée pour décider qu'elle n'avait pu commettre d'erreur sur la portée de sa démission.

Comme l'erreur, le dol de l'employeur permet de ne pas qualifier de démission la rupture du contrat de travail mise en œuvre par le salarié.

β – Le dol de l'employeur

Le dol est constitué de manœuvres de l'une des parties, destinées à tromper l'autre, pour l'amener à conclure un contrat. Quelques adaptations, tenant à la nature particulière de l'acte juridique unilatéral de rupture émanant du salarié, doivent cependant être réalisées pour déterminer si le salarié est ou non l'auteur de la fin de la relation de travail. Ainsi, le dol peut, dans ce cas, émaner d'un tiers quelconque, l'employeur à titre principal ou par complicité avec l'un de ses collaborateurs.

34 S'agissant des manœuvres de l'employeur, le terme « dol » n'est pas toujours mentionné de façon expresse par les magistrats, mais c'est bien la mise en scène de

---

[92] CA Besançon, 8 mars 1994, Amghar c/ SARL Les Enrobés de Courmont.

[93] Cass. soc., 24 janvier 1980, *Bull. civ.* 1980, V, n°75, p.53.

[94] CA Metz, 7 avril 1997, Chevrier épouse Joscht c/ SA EDS.

l'employeur qui est prise en compte.
Ainsi, la Cour de cassation a estimé que *« la Cour d'appel relevant que les manœuvres de la société avaient amené le salarié à démissionner, a pu en déduire que l'employeur était responsable de la rupture »* [95].
Une solution similaire a été retenue lorsque l'employeur a *« provoqué le départ d'une employée dont il était insatisfait »* en lui conseillant d'entrer en contact avec un de ses collègues afin de se faire embaucher chez lui [96].

Le mensonge, qui a également pour objet d'inciter l'autre à contracter ou à consentir à un acte, peut également constituer le dol.
Ainsi en est-il du comportement de l'employeur qui donne au salarié l'assurance erronée d'être embauché par la société ayant repris le marché, afin que ce dernier démissionne [97].
Comme en cas de manœuvres positives, le dol constitué par le mensonge du chef d'entreprise ne met pas le salarié en mesure de prendre sa démission en toute connaissance de cause.

Enfin, depuis un arrêt du 15 janvier 1971 [98], la jurisprudence civile admet, de façon générale, que le silence de l'un des contractants constitue un dol. Les juges prud'homaux ont fait leur cette position.
De la sorte, constitue une attitude dolosive le fait pour l'employeur de ne pas « informer loyalement » le salarié victime d'un accident du travail et déclaré inapte, sur l'étendue de ses droits. *« Le fait d'avoir passé sous silence les dispositions protectrices de la législation sur les accidentés du travail […] caractérise de la part de l'employeur une attitude dolosive révélant l'existence d'un vice du consentement du salarié »* [99]. Sa démission n'est donc pas valable.
De même, la *« seule absence de révélation du montant dérisoire du déficit pour faire croire*

---

[95] Cass. soc., 23 mars 1989, *Jur. soc.*,1989, p.276.

[96] Cass. soc., 3 mai 1989, *RJS* 6/89, n°782 (3ème espèce), p.276.

[97] Cass. soc., 2 juillet 1992, *Gaz. Pal.*, 1992, II, panorama de jurisprudence, p.232.

[98] Cass. civ. 3ème, 15 janvier 1971, *Bull. civ.* 1971, III, n°38, p.25 ; *RTDciv.* 1971, p.839, obs. Y. LOUSSOUARNE.

[99] CA Montpellier, 18 juin 1997, Keita c/ SNC DTP Terrassement.

qu'il s'agissait d'un montant important, ce seul silence est caractéristique d'une manœuvre dolosive exécutée dans le dessein d'obtenir la démission des intéressés » [100].

35 Une fois ces manœuvres constituées, le dol, pour être retenu, doit provoquer une erreur déterminante chez l'autre partie. Autrement dit, le salarié choisit de quitter son emploi en raison de l'attitude de l'employeur. Sans son intervention, il n'aurait pas mis un terme au contrat de travail, c'est à dire que la démission trouve *« sa cause dans le comportement fautif de l'employeur »* [101].

Il est, enfin, un dernier vice qui peut altérer la volonté du salarié. Il s'agit de la violence.

χ – *La violence dans la démission*

La violence est visée par les articles 1111 et suivants du Code civil [102].

36 Tout d'abord, concernant **l'auteur** de la violence, il peut bien sûr s'agir de l'employeur, la question ne pose guère de difficulté. Mais la violence peut également être exercée sur le salarié par n'importe quelle autre personne salariée ou non dans l'entreprise. Ainsi, un agent de maîtrise qui fait pression sur une salariée pour qu'elle démissionne engage en réalité l'employeur parce que ce dernier doit assurer la sécurité de ses salariés au sein de l'entreprise [103].
La même solution doit être retenue lorsque *« sous pression conjuguée de son directeur départemental et du directeur régional, elle* [la salariée] *rédigea une lettre de démission sur-*

---

[100] CA Paris, 11 octobre 1985, Epoux Souchu c/ Union des coopératives HLM.

[101] Cass. soc., 2 juillet 1992, *Gaz. Pal.* 1992, II, panorama de jurisprudence, p.232.

[102] Article 1111 du Code civil : *« La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite »*.

[103] CA Versailles, 28 juin 1985, *D.* 1986, I. R., p.19.
Dans le même sens, voir : Cass. soc, 3 juillet 1990, *Jur. soc. UIMM* 1990, p.433 : Par son comportement passif, l'employeur a « largement cautionné » les agissements du chef de chantier et rendu ainsi impossible la poursuite de la relation de travail.

le-champ » [104] ou encore lorsque après une discussion *« avec son supérieur hiérarchique qui lui avait déclaré qu'il devait aller à l'ANPE »*, le salarié dans un mouvement d'humeur avait demandé son compte [105].

N'a pas non plus été reconnue valable la démission d'une salariée repasseuse victime d'outrage public à la pudeur de la part du mari de l'employeur [106]. Cette solution peut paraître surprenante dans la mesure où c'est l'employeur qui n'a eu aucun rôle actif qui subit les conséquences de la rupture du contrat de travail. Sans doute, la nature particulière de la relation (ce sont des époux) est-elle à l'origine de la décision des magistrats, dont il faut relever qu'elle est parfaitement conforme à la lettre de l'article 1111 du Code civil.

37 Ensuite, concernant **la victime** de la violence, l'article 1113 du Code civil prévoit que *« la violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants »*. En matière de démission, ce peut donc être le salarié mais aussi toute personne qui lui est proche. À notre connaissance, aucune affaire n'a jamais été jugée à propos d'une démission obtenue par violence exercée sur la personne d'un proche du salarié. D'un point de vue théorique, cette situation reste cependant concevable et relèverait effectivement du domaine de la violence.

38 Enfin, il faut que la violence fasse impression sur une **personne raisonnable** pour être retenue [107]. Suivant une position bien établie par les juridictions civiles [108], les magistrats du

---

[104] CA Dijon, 3 mai 1985, SA Assurances Générales de France AGF c/ Arioli.

[105] CA Metz, 2 juin 1993, Schumacher c/ Bruder.

[106] Cass. soc., 17 décembre 1987, *Semaine Sociale Lamy*, 1988, n°393, p.54.
Dans le même sens : CA Metz, 19 mai 1992, Durr c/ Krumins. En l'espèce, l'épouse de l'employeur avait giflé le salarié devant la clientèle.

[107] Article 1112 du Code civil : *« Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.*

On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ».

[108]
- Cass. civ. 1ère, 3 novembre 1959, *D.* 1960, p.187, note G. HOLLEAUX.
- Cass. civ. 1ère, 22 avril 1986, *Bull. civ.*, I, n°98.

travail se livrent à une appréciation *in concreto* de cette « personne raisonnable ». Ainsi prennent-ils en considération différents éléments.

Tout d'abord, nous pouvons citer l'état de santé du salarié. La démission est viciée quand l'état de santé nerveux rendait la salariée fragile [109] ou encore quand l'employée, en situation de veuvage, souffrait de problèmes de santé [110].

L'âge du salarié n'est pas non plus indifférent. Son jeune âge [111] ou, au contraire, son grand âge [112] sont pris en compte par les magistrats.

De même, le niveau intellectuel du salarié est pris en compte par les magistrats du travail. Les « faibles capacités intellectuelles » [113] peuvent être un indice de la pression exercée sur le salarié. À l'inverse, un salarié de « niveau universitaire » [114] ou « licencié en droit » [115] est plus à même d'apprécier les conséquences de sa démission.

Les fonctions occupées dans l'entreprise retiennent également l'attention des juges. Un cadre supérieur [116] ou de haut niveau [117] est jugé moins impressionnable qu'un simple employé dont

---

- Cass. civ. 3ème, 19 février 1969, *Bull. civ.*, III, n°157.
- Cass. civ. 1ère, 3 novembre 1976, *Gaz. Pal.* 1977, I, 67, note DAMIEN.

[109] CA Nancy, 12 octobre 1994, SA Deneudis Unico c/ Legrand.

[110] CA Nancy, 16 novembre 1993, Kempf c/ SA Serad supermarché.

[111] - CA Besançon, 11 juin 1985, SA Deschaseaux c/ Etienne : En l'espèce, le salarié avait 19 ans.

- CA Paris, 18ème chambre, 21 mars 1989 : *« Il convient d'annuler la démission de la salariée dès lors que son jeune âge et son inexpérience ne lui ont pas permis de résister aux pressions de l'employeur et des autres salariés »*.

[112] CA Angers, 20 juin 1988, Cadic c/ Coubard : En l'espèce les juges parlent de *« vieille salariée »*.

[113] CA Bordeaux, 17 avril 1989, Dardaillet c/ Di Pasquale.

[114] CA Paris, 24 juin 1986, Ashorgbor c/ Société Témat.

[115] CA Nîmes, 22 juillet 1993, Bourdelles c/ CRAM Vaucluse.

[116] Cass. soc., 25 avril 1984, *Bull. civ.*, V, n°142.

[117] - Cass. soc., 8 janvier 1985, *Dr. soc.* 1985, p.701 : La Cour de cassation décide qu'une Cour d'appel ne peut condamner un employeur à payer des indemnités de rupture sans préciser en quoi la menace d'un licenciement, même pour faute grave, adressée à un cadre de haut niveau avait pu vicier la démission donnée par ce cadre.

- CA Nîmes, 22 septembre 1994, Gonzales c/ SARL Hortiflor : S'agissant d'un salarié, cadre de

la « faible qualification professionnelle » [118] amène les juges à plus de sévérité à l'égard de l'employeur.

Enfin et surtout, les circonstances de la rupture sont examinées. La démission étant donnée dans les locaux de l'entreprise, le Conseil de prud'hommes a pu considérer que *« cette situation était intimidante et comportait un élément émotionnel de nature à mettre l'employée en position d'infériorité »* et qu'en conséquence la démission *« intervenue dans ces conditions de précipitation n'avait pas été l'expression sereine d'une libre volonté »* [119].

39 Concernant les **manifestations de violence**, elles peuvent se traduire diversement. Les principales étant les pressions morales. Mais, il existe également, parfois, des actes de violence physique sur le salarié en vue de le faire quitter son emploi.

Nous ne trouvons (heureusement !) que peu, en jurisprudence, d'exemples de violence physique explicites.

Tel est tout de même le cas du salarié qui a été roué de coups par son employeur [120], aspergé avec une bombe lacrymogène [121] ou encore lorsqu'une salariée a dénoncé son contrat de travail suite à des violences exercées sur elle par un agent de maîtrise. Elle n'est alors pas considérée comme démissionnaire car l'employeur a commis une faute [122].

---

haut niveau, disposant d'un niveau intellectuel suffisant pour apprécier si les menaces de licenciement étaient ou non sérieuses, la démission a été déclarée valable.

[118] CA Poitiers, 29 juin 1994, Vignault c/ SA pain Jacquet.

[119] Cass. soc., 13 novembre 1986, *Bull. civ.*, V, n°520 ; *JCP* 1987, G, IV, p.27.

Voir également : ◆ Cass. soc., 14 octobre 1992, n°89-40.937 : Le salarié signe une lettre de démission dans des circonstances suffisamment ambiguës pour que l'employeur estime lui-même devoir les dissimuler.

◆ Cass. soc., 11 octobre 2000, n°98-43.954 : Le salarié accepte de mettre fin à son contrat par une lettre de démission rédigée après un entretien avec son employeur sur le lieu de travail.

[120] ◆ Cass. soc., 14 mars 1979, *D.* 1979, I. R., 424.

◆ Cass. soc., 4 décembre 1991, SARL Lhomme c/ Mme Maublanc épouse Lhomme.

◆ CA Toulouse, 23 octobre 1998, Melle Dulau-Solier c/ SARL DS Digit.

◆ CA Dijon, 12 juin 1997, Hugot c/ Mme Brigand.

[121] CA Bourges, 22 mars 1996, SARL Le Petit Gourmand Harmonic c/ Gaillard.

[122] CA Versailles, 28 juin 1986, *D.* 1986, p.19.

Il faut, par ailleurs, souligner que les violences physiques exercées par un employeur sur une salariée, quels qu'en soient l'heure et le lieu, vicient nécessairement son consentement [123].

La jurisprudence relative à la violence physique de l'employeur sur son salarié va dans le sens d'une protection étroite de ce dernier. Aucun lien ne semble exigé, comme en matière contractuelle, entre l'acte d'agression et le fait que le chef d'entreprise veuille voir son salarié quitter le schéma contractuel. Dès lors que le dirigeant commet un acte de violence physique, les magistrats du travail décident que la qualification de démission ne peut être reconnue. La solution se comprend aisément. En effet, lorsqu'il est frappé par son employeur, le salarié n'a plus de choix ou en tout cas, celui-ci est tellement réduit qu'il en devient inexistant. L'intégrité physique du subordonné impose en quelque sorte de rompre le contrat de travail.

La protection de l'intégrité morale peut également, parfois, contraindre le salarié à rompre la relation de travail.

Les cas de violence morale sont retenus comme altérant la démission. Ils sont de plus en plus fréquents en jurisprudence. En effet, sur le mode de la guerre psychologique ou du harcèlement moral, l'entreprise va contraindre le salarié au départ, sous les apparences de la démission.

Ainsi, n'ont pas été reconnus démissionnaires : l'ouvrier boulanger qui démissionne après que son employeur l'ait menacé de le renvoyer, injurié, menacé et poussé à bout jusqu'à ce qu'il s'en aille [124] ; le candidat aux fonctions de représentant du personnel qui, après avoir été successivement licencié verbalement et, dans la même journée, réintégré puis muté, enfin

---

[123] Cass. soc., 29 janvier 2003, n°00-45.476, *CSBP*, n°149, S 152, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 4/03, n°424 : *« Une cour d'appel ne saurait débouter une salariée de ses demandes liées à la rupture du contrat de travail et la condamner à payer à son employeur une indemnité compensatrice de préavis à la suite de sa démission alors qu'elle a relevé que l'intéressée subissait de la part de son employeur, de surcroît son concubin, des violences physiques, peu important que celles-ci n'aient pas été subies au lieu et au temps de travail, ce dont il résultait que sa démission était équivoque »*. En l'espèce, la salariée avait quitté simultanément et sans préavis son emploi et son concubin qui se trouvait être son employeur. La Cour d'appel considérait qu'elle était démissionnaire dans la mesure où les correspondances qu'elle avait adressées à son concubin ne laissaient planer aucun doute sur sa volonté d'abandonner définitivement son travail. En outre, dès lors que les violences s'exerçaient dans le cadre de sa vie privée et non au travail, la rupture ne pouvait être imputée à l'employeur. Cette solution est censurée par la Chambre sociale de la Cour de cassation.

[124] Cass. soc., 13 novembre 1970, n°69-40.493, *Bull. civ.*, V, n°603 ; *D.* 1971, sommaires commentés, p.87.

convoqué pour voir licencier le salarié qui l'avait accompagné à la Bourse du travail, signe à cette occasion une déclaration dans laquelle il affirme « ne plus faire partie du personnel de la société » [125] ; le salarié qui donne sa démission au cours d'un entretien avec l'employeur alors que les circonstances de cette conversation (présence de hauts responsables de l'entreprise) ont créé une situation déstabilisante emportant un facteur émotionnel et viciant l'expression d'une volonté libre [126] ; le salarié qui, suite à des mesures vexatoires, donne sa démission [127] ; le salarié qui démissionne après que l'employeur lui ait fait de vifs reproches injustifiés et l'ait insulté en employant à son égard des termes particulièrement blessants, notamment sur son origine professionnelle [128] ; la salariée qui donne sa démission suite à un entretien avec son employeur au cours duquel des reproches lui avaient été adressés et une mise à pied conservatoire notifiée [129] ; le salarié qui donne sa démission sous la menace d'un licenciement

---

[125] Cass. soc., 25 novembre 1970, n°70-40.013, *Bull. civ.*, V, n°653.

[126] CA Pau, 29 janvier 1993, Juris-Data n°044457.

[127] ◆ Cass. soc., 17 octobre 1984, *JCP* 1985, E, I, 13 998.

◆ Cass. soc., 13 novembre 1986, n°84-41.013, *Bull. civ.*, V, n°520 : En l'espèce, la salariée, à la suite d'une erreur de facturation, se voit imposer un inventaire hebdomadaire et non plus mensuel et rédige aussitôt sa lettre de démission dans les locaux de la direction. Il s'agit d'une situation d'infériorité et de précipitation empêchant *« l'expression sereine d'une libre volonté ».*

◆ CA Angers, 20 juin 1988, Cadic c/ Melle Coubar : En l'espèce, il s'agit d'interdictions vexatoires faites à une salariée bénéficiant d'une grande ancienneté, qui l'ont conduite à donner sa démission sous l'effet « d'une émotion évidente ».

◆ Cass. soc., 16 février 1989, n°86-41.104, *Bull. civ.*, V, n°137.

◆ Cass. soc., 16 décembre 1993, Baudelocque c/ Melle Malnar : En l'espèce, l'employeur soumet la salariée à des harcèlements insidieux lui rendant intolérables les conditions d'exécution de son travail.

◆ CA Nancy, 29 janvier, 1996, SARL Solorel c/ Lattemann, SA Sogetrel : En l'espèce, l'employeur inflige une « brimade » au salarié en décidant de lui retirer son véhicule de service après que ce dernier se soit rendu chez l'inspecteur du travail. Le départ du salarié en réaction à cette mesure n'est pas une démission.

◆ CA Grenoble, 17 décembre 2001, *Bulletin d'information de la Cour de cassation* du 1er août 2002, n°1010 : En l'espèce, l'employeur soumet la salariée à des conditions de vexation et d'humiliation constante qui se traduisent par des propos outrageants et injurieux sur son travail et sa vie privée, la fouille de ses placards et poubelles ainsi que le jet d'un boulon en sa direction avec l'intention de la blesser.

[128] Cass. soc., 10 avril 1986, n°83-43.449, *Bull. civ.*, V, n°127.

[129] Cass. soc., 5 novembre 2003, n°01-45.231, *CSBP*, n°157, février 2004, S 58, obs. C. CHARBONNEAU.

pour faute grave [130], voir lourde avec dépôt d'une plainte pénale [131] ; la salariée qui démissionne alors qu'elle présente un état de dépression, médicalement constaté, lié à un conflit avec son employeur [132] ; le salarié qui démissionne en alléguant des pressions excessives et déstabilisatrices de l'employeur à la suite de son engagement syndical [133] ; le salarié qui démissionne en raison de l'attitude préalable de l'employeur qui avait exercé une pression morale de nature à le déstabiliser [134].

Est également viciée la démission du salarié faisant suite à des suggestions plus ou moins pressantes de l'employeur. En effet, il arrive parfois que l'employeur suggère la démission à son salarié, notamment en présence d'une faute grave risquant d'engendrer la mise en œuvre d'une procédure de licenciement.

---

[130] ◆ Cass. soc., 14 mai 2002, Juris-Data n°2002-014524.

◆ CA Angers, 16 mars 1993, Robert c/ Caisse d'épargne Ecureuil Angers Saumur.

◆ CA Poitiers, 17 août 1995, SA Rodial Supermarché Unico c/ Menard : En l'espèce, il apparaît finalement que « l'accusation était injustifiée ».

[131] Cass. soc., 25 juin 2003, *Semaine Sociale Lamy* du 7 juillet 2003, n°130, p.15 : *« Un salarié ne peut être considéré comme ayant exprimé une volonté claire et non équivoque de démissionner dès lors que, d'une part, cette démission a été donnée lors d'un entretien avec l'employeur et avec son supérieur, sous la menace d'un licenciement pour faute lourde et du dépôt d'une plainte pénale, et, d'autre part, que le salarié s'est par la suite rétracté ».*

Dans le même sens : ◆ Cass. soc., 24 mars 2003, n°02-41.650, *Semaine Sociale Lamy* du 5 avril 2004, n°1163, p.14 : En l'espèce, le salarié avait rédigé sa lettre de démission sous la menace du dépôt d'une plainte pénale pour vols. Il s'était rétracté dès le lendemain. En conséquence, la Chambre sociale de la Cour de cassation estime que la cour d'appel pouvait décider que *« l'intéressé n'avait pas manifesté une volonté claire et non équivoque de démissionner ».*

◆ CA Colmar, 6 mai 2004, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n°646 du 15 septembre 2006, n°1773 : *« L'employé, auteur d'un vol dans son entreprise, qui remet sa démission par écrit à son employeur qui le lui propose pour ne pas porter plainte, n'a pu manifester de manière libre et consciente une volonté claire et non équivoque de mettre fin au contrat ».*

[132] Cass. soc., 18 juin 2003, n°00-46.438, *Semaine Sociale Lamy*, n°1129 du 30 juin 2003, p.15. Le caractère conflictuel était d'ailleurs tel que l'employeur mettait en œuvre un projet de licenciement de la salariée.

[133] Cass. soc., 27 octobre 2004, n°01-46.413.

[134] Cass. soc., 19 octobre 2005, n°04-42.902.

Ainsi, chaque fois qu'il apparaît que la décision de partir n'est pas libre, l'acte du salarié ne sera pas qualifié de démission.
La jurisprudence ne reconnaît pas davantage la qualification de démission lorsque la mise en œuvre de la rupture ne procède pas d'une volonté sérieuse du salarié, deuxième critère exigé par la Chambre sociale de la Cour de cassation.

b - Une volonté sérieuse

40 La volonté du salarié de démissionner doit être sérieuse. Il ne doit pas s'agir d'une démission irréfléchie.

Cela signifie, pour la jurisprudence que le salarié ne doit pas avoir pris sa décision sous le coup de la colère ou d'un mouvement d'humeur. Ainsi, par exemple, le fait d'affirmer « je vais donner ma démission » à un moment d'irritation ou d'énervement ne constitue pas une volonté réfléchie, sérieuse de démissionner [135].
De même les démissions données sous l'empire de l'émotion, du désarroi [136] ou encore de la

---

[135] Cass. soc., 30 novembre 1983, n°81-41.566, *Dr. ouvrier* 1985, p.324.

Dans le même sens : ◆ Cass. soc., 3 octobre 1958, *Bull. civ.*, IV, p.751, n°990 : La démission avait été donnée au cours d'une discussion sous le coup de l'énervement

◆ Cass. soc., 10 mars 1965, *D.* 1965, jurisprudence, p.603 : *« Le mouvement d'humeur de la de la salariée ne pouvait être considéré comme une démission »*.

◆ Cass. soc., 8 janvier 1969, *JCP*, G, II, 1969, n°15 912 : *« Les juges du fond ont pu estimer que le salarié, qui s'était laissé aller à un simple mouvement de mauvaise humeur, n'avait pas sérieusement donné sa démission »*.

◆ Cass. soc., 19 octobre 2005, n°04-41.628. En l'espèce, le salarié avait quitté précipitamment l'entreprise sous l'emprise de l'énervement.

[136] Cass. soc., 9 avril 1974, n°73-10.148, *Bull. civ.*, V, n°233 : Démission donnée dans le feu d'une discussion, par une salariée enceinte, à la suite d'un reproche, et fatiguée par un travail pénible, puis contestée et rétractée.

Voir également : ◆ Cass. soc., 27 septembre 1989, n°86-40.802, *Cahiers prud'homaux* 1990, p.38 : Démission donnée dans un mouvement d'humeur lors d'un incident concernant le travail et contestée le lendemain.

◆ Cass. soc., 15 janvier 1987, n°83-46.059, *Cahiers prud'homaux* 1988, p.15 : Démission d'une salariée sous le coup de l'émotion.

◆ Cass. soc., 10 novembre 1998, n°96-44.299 : Démission donnée de façon précipitée, sous le coup de l'émotion provoquée par l'imputation d'une faute non justifiée, invoquée à son encontre par

maladie « anxio - dépressive » [137] ne peuvent être qualifiées de sérieuses dès lors qu'est prouvée l'absence d'intention consciente et raisonnée de rompre le contrat.
La même solution s'impose lorsque le départ précipité fait suite à un incident [138]. Dans cette hypothèse, le salarié ne voulait réellement démissionner.

En revanche, est considérée comme sérieuse, la démission donnée par lettre manuscrite datée et signée par le salarié, rédigée en dehors de l'entreprise et non remise en cause par le salarié dans les jours qui suivent.

Comme nous le constatons, le caractère sérieux de la démission ne suscite que peu de contentieux. Bien différente est la situation en ce qui concerne l'aspect non équivoque que doit présenter la démission.

c - Une volonté non équivoque

Selon une jurisprudence constante, la démission ne se présume pas [139]. Elle doit être certaine quant aux intentions réelles du salarié.
Ce principe fait échec à la pratique patronale de la « prise d'acte » par laquelle dans des circonstances laissant supposer les intentions du salarié, telle une absence prolongée sans autorisation, l'employeur se borne à constater une démission non expressément signifiée.

---

l'employeur.

- Cass. soc., 7 avril 1999, n°97-40.689 : Démission donnée sous le coup de la colère.

[137]
- Cass. soc., 4 décembre 1986, n°84-41.120, *Cahiers prud'homaux* 1988, p. 12.
- Cass. soc., 19 juin 1996, n°93-43.609.
- Cass. soc., 13 octobre 1988, *Bull. civ.*, V, n°496, p.322.

[138] Cass. soc., 10 janvier 1991, SA Henry c/ Allera : En l'espèce, le salarié a signé sa lettre de démission quelques heures après un accident de la route au volant de son camion. L'intention de démissionner n'est donc pas sérieuse, le salarié se trouvant en état de choc.

[139]
- Cass. soc., 7 mai 1987, n°84-42.203.
- Cass. soc., 12 décembre 1991, n°88-40.643, *Bull. civ.*, V, n°576.
- Cass. soc., 1er mars 2000, n°98-40.956.
- Cass. soc., 19 juin 2002, *RJS* 10/02, n°1189 : *« La démission ne se présume pas et suppose une volonté claire, sérieuse et non équivoque de démissionner »*.

Le droit français est très protecteur des intérêts du salarié. Contrairement au droit allemand, il n'est nullement tenu compte de la manière dont l'employeur perçoit la manifestation de volonté de démissionner du salarié [140]. Seule la volonté interne du salarié doit être prise en compte. Elle seule est créatrice de droits. La volonté déclarée, exprimée n'est efficace que dans la mesure où elle est l'exact reflet de la volonté réelle du salarié. En cas de discordance, c'est cette volonté réelle qu'il faut rechercher. Le rôle des juges est donc d'interpréter un acte qui a l'apparence d'une décision volontaire et de lui restituer au besoin sa véritable qualification [141].

Il importe alors d'examiner en premier lieu les contours de la notion de « volonté non équivoque » (α), puis d'envisager les conditions de la rétractation (β).

α – La notion

La qualification de démission ne peut être retenue que s'il y a eu une expression claire et par conséquent non équivoque de l'intention de ne pas prolonger la relation contractuelle de travail. Selon la Cour de cassation, il ne peut y avoir de démission implicite.

Cependant, en la matière, la jurisprudence a notablement changé au fil des années. Pendant longtemps, la Cour de cassation a assimilé certains comportements du salarié à une volonté non équivoque de démissionner (i). Tel n'est plus le cas aujourd'hui. La jurisprudence récente considère, au contraire, que le comportement du salarié ne peut suffire à lui seul, à caractériser la volonté non équivoque de démissionner (ii).

(i) La volonté non équivoque de démissionner déduite du comportement du salarié

41 Pendant longtemps, la Cour de cassation jugeait que la volonté non équivoque de démissionner pouvait être déduite du comportement de l'intéressé.
Ainsi, les juges du fond ont eu à se prononcer sur différents comportements.

---

[140] Y. GASSER, « La démission » in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p.443.

[141] J. DUPUY, « La démission du salarié », *D.* 1980, chronique, p.253.

Tout d'abord, en présence d'une embauche chez un autre employeur, la Cour de cassation décidait qu'il y avait démission lorsque le salarié s'engageait au service d'un autre employeur [142].

De façon similaire, les juges du travail admettaient la qualification de démission en cas d'abandon de son poste par le salarié, notamment lorsque le salarié quittait son poste deux heures après la reprise de ses fonctions, en ne donnant aucune explication au moment de son départ et en n'adressant aucun avis d'arrêt de travail pendant une période de quinze jours [143] ; lorsque, ayant acquis un fonds de commerce, au cours d'un congé sabbatique, le salarié laissait sans réponse la demande d'explication de l'employeur suite à la non reprise de son travail [144] ; lorsque la salariée ne regagnait pas son poste de travail à l'issue du congé parental malgré plusieurs lettres de l'employeur l'invitant à reprendre son activité [145] ; lorsque le salarié ne se présentait pas pour reprendre son travail à l'issue d'un arrêt consécutif à un accident de travail [146] ; lorsque le salarié manifestait à plusieurs reprises son souhait d'être licencié et, devant le refus de l'employeur, adoptait une attitude agressive allant jusqu'à frapper un autre salarié et ne se présentait plus sur son lieu de travail malgré de nombreuses mises en demeure [147] ; lorsque le salarié abandonnait son poste avant la fin de la journée de travail, fait savoir à son employeur qu'il quitte l'entreprise et cesse de se présenter sur son lieu de travail [148].

Enfin, un autre comportement du salarié était assimilé par les juges à une démission. Il s'agissait de l'hypothèse où le salarié refusait de remplir l'essentiel de ses obligations contractuelles ou prétendait les modifier.
Tel fut le cas pour : un ingénieur qui avait exprimé clairement l'intention d'être délivré de la

---

[142] Cass. soc., 8 mai 1961, n°59-12.096, *Bull. civ.*, IV, n°492.

[143] Cass. soc., 2 juillet 1985, Coursole c/ Association d'éducation populaire.

[144] Cass. soc., 14 décembre 1995, *RJS* 1996, n°131.

[145] Cass. soc., 23 mai 1995, *Semaine Sociale Lamy*, n°753, p.16 ; *Jur. soc. UIMM* 1995, p.330.

[146] Cass. soc., 19 mars 1995, *CSBP* 1996, B 102.

[147] Cass. soc., 13 juin 2001, n°99-42.209.

[148] Cass. soc., 24 novembre 1999, n°97-44.183, *CSBP* 1999, n°117, S 73, p.436.

moitié du travail et des responsabilités qu'il assumait et de ne pas vouloir accepter à l'avenir qu'un poste purement technique, à délimiter dans le délai maximum de trois mois [149] ; un salarié qui tentait d'obtenir une modification de son salaire et qui cessait son travail parce que ses exigences n'étaient pas satisfaites [150] ; un salarié qui, après plus de neuf mois d'absence pour maladie, refusait de revenir travailler en se disant physiquement inapte à tous les emplois que son entreprise pouvait lui proposer bien qu'un certificat médical l'ait déclaré apte à reprendre ses fonctions [151] ; une aide-soignante qui, n'obtenant pas un poste de nuit, avait refusé d'assurer son service et avait quitté l'entreprise [152] ; le salarié qui refusait de poursuivre l'exécution du contrat de travail non modifié avec le cessionnaire du fonds de commerce dans lequel il était employé [153] ; la salariée qui refusait le travail avant même que son contrat n'ait fait l'objet d'une modification simplement envisagée [154].

Dans ces diverses hypothèses, les juges considéraient que le comportement des salariés était dénué d'équivoque et en conséquence devait être qualifié de démission.
En revanche, dès lors que le comportement ne révélait pas de façon certaine l'intention du salarié, la qualification de démission était écartée.

Progressivement, les juges ont refusé de voir en ces comportements l'expression d'une volonté non équivoque de démissionner. Aujourd'hui, la Chambre sociale de la Cour de cassation juge, plus largement que le comportement du salarié ne peut suffire, à lui seul, à caractériser la volonté non équivoque de démissionner.

---

[149] Cass. soc., 16 janvier 1963, *Bull. civ.*, IV, n°60.

[150] Cass. soc., 7 juin 1979, *Bull. civ.*, V, n°491.

[151] Cass. soc., 5 juin 1980, Thomas c/ Etablissements Picoly.

[152] Cass. soc., 31 mai 1993, Lagarde c/ L'hôpital clinique Claude Bernard.

[153]
- Cass. soc., 29 mai 1985, *Bull. civ.*, V, n°307.
- Cass. soc., 5 novembre 1987, *Bull. civ.*, V, n°616.
- Cass. soc., 4 juillet 1995, *CSBP*, 1995, S 123.

[154] Cass. soc., 10 décembre 1996, *CSBP* 1997, n°88, S 42.
Dans le même sens, antérieurement : Cass. soc., 3 janvier 1974, *D.* 1974, I. R., p.30 : Un nouveau contrat avait seulement été proposé par l'employeur au salarié.

(ii) Le comportement du salarié ne constitue plus en lui-même une démission

42 Nous avons vu que, en présence de certains comportements du salarié, la Cour de cassation appliquait la qualification de démission. Graduellement, les magistrats ont adopté une position inverse.

De cette manière, la Chambre sociale de la Cour de cassation a t-elle décidé que les cas où le salarié ne reprend pas son emploi après une période de suspension de son contrat de travail, que ce soit pour maladie [155], accident du travail, congés payés [156], congé sans solde [157], congé sabbatique [158] ou encore maternité [159] ne peuvent permettre de déduire une démission.

De façon plus générale, les absences injustifiées du salarié ou l'abandon de son poste ne peuvent plus être qualifiés de volonté non équivoque de démissionner.

---

[155] ◆ Cass. soc., 19 avril 2000, n°98-41.230.

◆ Cass. soc., 23 janvier 2001, n°98-44.922 : En l'espèce, la salariée était en conflit avec son employeur et ne reprend pas son poste à l'issue d'un long congé maladie. La Cour de cassation refuse d'y voir une volonté non équivoque de démissionner.

[156] ◆ Cass. soc., 5 février 2003, n°00-43.763, *Liaisons Sociales Juris. Actualité* du 18 mars 2003, n°807, p.6 : *« La non reprise de son poste par le salarié à l'expiration de ses congés payés, suivie de trois lettres adressées à l'employeur pour solliciter le bénéfice d'un licenciement économique ne caractérisaient pas une volonté claire et non équivoque de démissionner »*.

◆ Cass. soc., 30 avril 2003, n°01-41.355, *Semaine Sociale Lamy* du 19 mai 2003, n°1123, p.15 : *« C'est à tort qu'une cour d'appel impute à une salariée la rupture du contrat de travail, alors qu'elle a constaté que l'intéressée n'avait certes pas repris son travail après ses congés, mais en faisant grief à l'employeur d'avoir modifié son contrat de travail, ce qui ne caractérisait pas une volonté claire et non équivoque de démissionner »*.

[157] Cass. soc., 20 octobre 1998, n°96-45.847.

[158] CA Versailles (17ème Chambre sociale), 13 décembre 2001, *Bull. civ.*, V, n°293 : En l'espèce, le salarié, au terme de son congé sabbatique, ne reprend pas son travail.

[159] Cass. soc., 30 avril 2002, n°00-42.952, *CSBP* 2002, n°142, S 302, obs. F.-J. PANSIER ; *TPS*, août - septembre 2002, n°253, p.11 : *« Ni l'absence de reprise du travail à l'issue d'un congé parental, ni le silence de la salariée à l'issue de ce congé, ne caractérisent de la part de cette dernière une volonté claire et non équivoque de démissionner »*.

En pratique, il appartient alors à l'employeur de prendre l'initiative de mettre le salarié en demeure de reprendre son emploi en lui fixant un délai.
Dans l'hypothèse d'un refus du salarié [160], l'employeur doit mettre en œuvre la procédure disciplinaire s'il souhaite rompre le contrat de travail [161]. En effet, l'absence injustifiée, voire l'abandon de poste peuvent caractériser une faute justifiant le licenciement [162].

À noter, toutefois, que l'employeur n'est pas obligé de rompre le contrat de travail [163]. Dans ce cas, si le salarié persiste dans son refus de reprendre le travail, l'employeur peut suspendre le versement du salaire. Le contrat de travail subsiste donc mais il ne produit plus d'effet puisqu'il n'y a plus ni prestation de travail ni versement du salaire.
Mais, en aucun cas, l'employeur ne peut prendre acte de la rupture du contrat de travail aux torts du salarié en le considérant comme démissionnaire [164].

43 Exceptionnellement, les magistrats admettent que la volonté non équivoque de démissionner peut être déduite du comportement du salarié en raison des **circonstances** entourant la rupture. Les circonstances doivent établir que le salarié a pris ses responsabilités. Notamment, la Cour de cassation a qualifié de démission le fait pour un salarié de s'engager

---

[160] Cass. soc., 11 juillet 2000, n°98-45.342.

[161] Cass. soc., 10 juillet 2002, n°00-45.566, *CSBP* novembre 2002, n°144, S 403, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 11/02, n°1210, p.909 ; *TPS*, octobre 2002, n°296, p.12 : *« En l'absence de volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner, il appartient à l'employeur qui lui reproche un abandon de poste de le licencier »*.

[162] Cass. soc., 27 mai 2003, n°01-42.374.

[163] Cass. soc., 18 juin 2002, n°00-41.978.

[164] ◆ Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-40.235 et n°01-41.150, *Bull. civ.*, V, n°210 ; avis de l'avocat général P. LYON-CAEN, *Dr. soc.* 2003, p.814-816 ; *JCP*, E, 9 octobre 2003, 1438, note C. PUIGELIER ; J.-Y. FROUIN, « Rupture du contrat de travail : prise d'acte par l'employeur ou par le salarié – Commentaires des arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 25 juin 2003 », *RJS* 8-9/03, p.647-649 ; *RJS* 8-9/03, n°994 ; *TPS*, octobre 2003, n°323 : *«L'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail, ou qui le considère comme rompu du fait du salarié, doit mettre en œuvre la procédure de licenciement ; à défaut, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse »*.

◆ Cass. soc., 11 février 2004, n°01-45.220, *CSBP* 2004, n°160, S 191, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 4/04, n°388 ; *TPS*, avril 2004, n°108.

◆ Cass. soc., 23 mai 2007, n°06-40.484, *RJS* 8-9/07, n°924.

au service d'un autre employeur [165], ou encore le fait pour un salarié d'entamer des démarches qui démontrent sa volonté de rompre le contrat de travail, comme, s'inscrire auprès de l'ASSEDIC [166] ou enfin le fait pour un salarié de démissionner alors qu'une collègue atteste

[165] ◆ Cass. soc., 5 janvier 1999, n°96-45.475 : En l'espèce, le salarié avait informé son employeur de la prise immédiate de fonctions au poste de gouverneur du fonds de développement social du Conseil de l'Europe auquel il venait d'être élu.

◆ Cass. soc., 4 janvier 2000, n°97-43.572, *RJS* 2/00, n°167 : En l'espèce, le salarié n'avait pas repris le travail après un congé maladie malgré une mise en demeure de l'employeur et s'était mis au service d'une entreprise concurrente.

◆ Cass. soc., 27 février 2001, *TPS*, mai 2001, n°167, p.16 : En l'espèce, le salarié avait cessé de se présenter sur son lieu de travail, puis avait réclamé à son employeur un formulaire de démission qu'il avait rempli et remis pour transmission au service du personnel en précisant qu'il démissionnait car il travaillait pour une autre société.

◆ Cass. soc., 4 mars 2003, n°00-46.785, *Liaisons Sociales Juris. Actualité* du 18 mars 2003, n°807, p.6 ; *TPS*, juin 2003, n°215, note P.-Y. VERKINDT : *« Malgré les demandes réitérées à trois reprises par son employeur et sans faire connaître les raisons de son refus, la salariée n'avait pas repris son travail et avait été embauchée par un autre employeur [...] la salariée avait manifesté une volonté claire et non équivoque de démissionner »*.

◆ Cass. soc., 27 mai 2003 : En l'espèce, un cadre supérieur des Musées nationaux prend acte de la rupture de son contrat de travail puis assigne son employeur pour lui voir imputer la rupture. La Cour de cassation lui rétorque que *« la véritable cause de la rupture imputée à son employeur était la conclusion par le salarié d'un contrat de travail avec un nouvel employeur à des conditions plus avantageuses ; les juges ont pu décider que le salarié avait manifesté une volonté sérieuse et sans équivoque de démissionner »*.

◆ Cass. soc., 2 décembre 2003, *RJS* 2/04, n°178 : *« La Cour d'appel ayant constaté qu'avant la décision du tribunal de commerce adoptant le plan de cession proposé par l'administrateur judiciaire et ordonnant le licenciement des salariés non repris, le salarié s'était embarqué sur un autre bateau de pêche sans qu'il justifie y avoir été contraint par l'employeur, a pu décider que le salarié avait manifesté une volonté claire et non équivoque de démissionner »*.

◆ Cass. soc., 8 mars 2006, n°05-41.037, *Semaine Sociale Lamy* du 20 mars 2006, n°1253, p.15. En l'espèce, une salariée adresse à son employeur une lettre de démission ne mentionnant aucun grief. Puis, elle envoie, deux jours plus tard, une seconde lettre lui demandant de la dispenser d'exécuter son préavis « compte tenu d'une nouvelle prise de fonction dans une autre entité ». La Cour de cassation juge qu'il y a lieu de considérer que la volonté de démissionner exprimée par la salariée est claire et sans équivoque.

[166] Cass. soc., 10 mars 2004, n°02-40.652, *RJS* 5/04, n°512 : *« Ayant constaté que le salarié s'était inscrit dès avant son départ comme demandeur d'emploi auprès de l'ASSEDIC, la cour d'appel a pu décider que l'intéressé avait manifesté une volonté claire et non équivoque de démissionner »*.

avoir été présente, à sa demande, à l'entretien avec l'employeur et avoir insisté auprès de lui sur la différence entre un licenciement et une démission [167].

44 La volonté non équivoque de démissionner ne peut donc être déduite du seul comportement de l'intéressé. La jurisprudence garde, en effet, comme souci majeur de n'admettre la qualification de démission (mode de rupture lourd de conséquences pour le salarié) qu'en présence d'un signe fort et sans ambiguïté de mettre fin au contrat de travail.

Un tel indice n'est pas présent lorsque un différend oppose les parties au moment de la rupture du contrat de travail [168]. À l'inverse, les juges considèrent que la démission est claire et non équivoque lorsque aucun litige antérieur ou contemporain à la rupture n'existe entre le salarié et son employeur [169].

---

[167] Cass. soc., 5 avril 2006, *Semaine Sociale Lamy* du 2 mai 2006, n°1259, p.15. Cette même attestation relevait, en outre, que l'employeur avait informé le salarié démissionnaire qu'il n'aurait pas droit aux allocations de chômage et que l'intéressé avait maintenu sa volonté de démissionner en insistant pour être libre de tout engagement le plus vite possible. Enfin, la salariée témoin affirmait lui avoir lu et commenté à plusieurs reprises la lettre de démission, ainsi que la réponse de l'employeur.

[168] Cass. soc., 30 mai 2007, n°05-42.863, *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* du 24 août 2007, n°202, p.1 ; *RJS* 8-9/07, n°923. En l'espèce, un différend opposait les parties au moment de la rupture relativement à des heures supplémentaires que l'employeur n'avait payées que partiellement.
Dans le même sens : Cass. soc., 9 mai 2007, n°05-40.744, *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* du 24 août 2007, n°202, p.1. En l'espèce, la lettre de démission était accompagnée d'un décompte des sommes que le salarié prétendait lui être dues au titre des heures supplémentaires, de primes de productivité et de frais.

[169] ◆ Cass. soc., 9 mai 2007, n°04-48.029 et 05-41.944, *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* du 24 août 2007, n°202, p.1 : *« Alors qu'elle avait relevé que la lettre de démission ne comportait aucune réserve, que* ***le salarié, qui ne justifiait d'aucun litige antérieur ou contemporain de celle-ci avec son employeur****, n'avait contesté les conditions de rupture que plusieurs mois plus tard, ce dont il résultait que rien ne permettait de remettre en cause sa volonté claire et non équivoque de démissionner, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ».*

◆ Cass. soc., 20 juin 2007, n°06-42.372, *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* du 24 août 2007, n°202, p.1 : *« La Cour d'appel, qui a fait ressortir que la lettre de démission ne comportait aucune réserve, que* ***la salariée, qui ne justifiait d'aucun litige antérieur ou contemporain de celle-ci avec son employeur****, n'avait contesté les conditions de la rupture de son contrat de travail et réclamé des rappels de salaires à son employeur que près de trois mois plus tard, a pu déduire de ces circonstances que la volonté de démissionner de la salariée était claire et non équivoque ».*

De la même façon, pour apprécier le caractère équivoque ou non d'une démission, les juges se réfèrent au délai d'introduction de l'action en justice visant à contester la qualification de la rupture [170]. Plus ce délai sera tardif et moins le salarié aura de chance de voir sa volonté de démissionner qualifiée d'équivoque par les juges.

Une telle appréciation temporale se retrouve similairement lorsque le salarié rétracte sa décision de démissionner.

β – La rétractation

45 La rétractation est l'acte par lequel le salarié qui a démissionné entend manifester sa volonté de revenir sur sa décision.

Une telle rétractation est-elle autorisée ? Lorsque la démission est notifiée ne peut-elle plus être rétractée ? L'employeur a-t-il l'obligation d'accepter cette rétractation ?
Les juges du fond ne donnent pas de réponse unique à ces interrogations. Ils examinent l'ensemble des circonstances qui entourent la décision du salarié pour apprécier si elle procède ou non d'une volonté claire et non équivoque de démissionner. Dans un contexte marqué par l'augmentation de la pression dans le travail, la jurisprudence accorde de plus en plus un droit de rétractation au salarié.

Ainsi, les juges du fond ont pu déduire des circonstances de fait suivantes que le salarié n'avait pas exprimé une volonté formelle de démissionner : un salarié rédige sa lettre sous la menace d'un licenciement pour faute grave et du dépôt de plainte lors d'un entretien se déroulant dans le bureau du directeur, et la dénonce dix-sept jours plus tard, arguant des pressions de l'employeur [171] ; un salarié rédige sa lettre de démission sous la menace d'un licenciement pour faute lourde et du dépôt d'une plainte pénale, et se rétracte dès le

---

[170] Voir par exemple : Cass. soc., 12 juillet 2007, n°06-40.344, *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* du 24 août 2007, n°202, p.1 : *« La Cour d'appel, qui a relevé que le salarié avait démissionné le 11 juillet 1998 sans exprimer de grief à l'encontre de son employeur, a décidé, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation des éléments de fait et de preuve, que* ***la contestation de cette rupture plus de quatre ans après****, s'appuyant sur des témoignages rédigés en 2003,* ***ne remettait pas en cause la volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner*** *».*

[171] Cass. soc., 25 avril 2001, n°99-42.901.

lendemain [172] ; le salarié donne sa démission à l'issue d'une entrevue avec l'employeur au cours de laquelle des reproches lui avaient été faits sur la qualité de son travail puis se rétracte le lendemain [173] ; la lettre de démission est remise à l'employeur au domicile du salarié, ce dernier l'ayant rédigée alors qu'il se trouve dans un état dépressif de nature à altérer son jugement, puis se rétracte par lettre recommandée dix jours plus tard [174] ; le salarié signe le lendemain de sa condamnation pénale non définitive une lettre de démission dactylographiée par l'employeur qu'il rétracte dès le lendemain, réalisant que la peine qui lui avait été infligée allait être amnistiée [175] ; le salarié se rétracte trois jours après avoir signé une lettre de démission rédigée par l'employeur [176] ; le salarié donne sa démission suivant le modèle remis par son employeur lors d'un entretien avec celui-ci, en présence de collaborateurs et de l'avocat de l'entreprise, au cours duquel il lui a été reproché des malversations puis se rétracte dès le lendemain [177].

46 Aucune règle générale ne semble pouvoir être dégagée en matière de délai dans lequel la rétractation doit être exprimée. Cependant, une rétractation rapide en accroît la force. Le repenti rapide du salarié contribue à démontrer l'absence de volonté réelle et non équivoque de démissionner. En général, il s'agit d'un délai de quelques heures.
Lorsqu'elle intervient tardivement, la rétractation est rejetée. De cette manière, lorsqu'un salarié a attendu plus de trois mois avant de revenir sur sa décision, la validité de la démission est retenue [178].

---

[172]
- Cass. soc., 8 décembre 1999, n°97-44.097, *TPS*, mars 2000, n°83.
- Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-43.760, *Semaine Sociale Lamy* du 7 juillet 2003, n°1130, p.14.
- Cass. soc., 24 mars 2004, n°02-41.650, *Semaine Sociale Lamy* du 5 avril 2004, n°1163, p.14.

[173] Cass. soc., 5 octobre 1999, n°97-43.381.

[174] Cass. soc., 1er février 2000, n°98-40.244, *CSBP* 2000, n°119, S 167.

[175] Cass. soc., 20 juin 2002, n°00-44.530, *Semaine Sociale Lamy* du 1er juillet 2002, n°1082.

[176] Cass. soc., 26 septembre 2002, *RJS* 12/02, n°1369.

[177] Cass. soc., 30 septembre 2003, n°01-44.949.

[178]
- Cass. soc., 24 octobre 1989, Melle Antunez c/ Entreprise Franiau.
- Cass. soc., 13 novembre 1996, *RJS* 12/96, n°1243.

47 Mais le seul fait que le salarié se soit rétracté ne peut suffire à écarter la qualification de démission.

Ainsi, la Cour de cassation a estimé qu'un salarié qui signe un document polycopié en présence des responsables de l'entreprise et qui envoie le jour même une lettre de rétractation doit être tenu pour démissionnaire : *« La lettre de démission était sans équivoque et ne pouvait donner lieu à aucune interprétation. La rétractation dans un très court délai n'impliquait pas que la volonté du salarié n'eût pas été clairement manifestée »* [179].

Les juges du fond analysent, dans chaque espèce, si la démission est l'expression d'une volonté raisonnée, d'un projet professionnel mûrement délibéré.

Ainsi, la rétractation de la démission d'un cadre menacé de licenciement pour faute grave n'a pas été considérée comme valable, la lettre de démission ayant été rédigée quatre jours après l'entretien préalable, elle apparaissait comme l'aboutissement des discussions entre les parties, le salarié ayant pu pendant ce délai réfléchir librement et prendre conseil auprès des personnes compétentes [180].

De la même façon, pour avoir pris conseil auprès d'un avocat, n'a pas été retenue la rétractation du salarié ayant démissionné après que des vols avérés lui aient été reprochés [181].

48 Ces multiples et très nombreux exemples nous prouvent à quel point la Cour de cassation, et plus généralement **la jurisprudence sociale, est attentive à la qualification de démission. L'acte du salarié ne peut être qualifié comme tel que sous des conditions très strictes et de plus en plus réductrices**. Ainsi, l'exemple de l'abandon de poste par le salarié est particulièrement caractéristique de l'évolution qu'a fait subir la Haute Cour à la qualification de démission. Auparavant un tel abandon était nécessairement jugé comme

---

[179] Cass. soc., 19 mars 1981, n°78-40.392, *Bull. civ.*, V, n°239.

Voir également :
- Cass. soc., 13 juillet 1988, *Cahiers prud'homaux* 1989, p.116.
- Cass. soc., 13 octobre 1988, *Bull. civ.*, V, n°496, p.322.
- CA Nancy, 9 janvier 1991 : Le seul fait que la salariée se soit rétractée le lendemain ne suffit pas pour dire que sa volonté n'avait pas été libre.

[180] Cass. soc., 8 juillet 1992, n°89-40.627, *CSBP* 1992, n°43, S 140.

[181] Cass. soc., 19 avril 2000, n°98-40.067. En l'espèce, le salarié arguait de pressions et de la menace d'une plainte au pénal lors d'un entretien avec son employeur.

valant démission. Puis, les juridictions ont progressivement admis que les faits pouvaient en faire douter. Finalement, aujourd'hui, la Chambre sociale décide que l'abandon de poste par le salarié ne peut constituer en soi une démission [182].
Nous pouvons en conséquence affirmer que la démission est réellement une catégorie fermée.

Par ailleurs, lorsque la qualification de démission est écartée, c'est la qualification de licenciement qui trouve à s'appliquer. Et ce, à titre de sanction pour l'employeur qui a conduit le salarié à démissionner contre son gré.

2 °- La « requalification - sanction » de la démission en licenciement

La qualification de démission, nous l'avons vu, n'est retenue par les juges qu'en présence d'une rupture à l'initiative du salarié résultant d'une volonté à la fois libre, sérieuse et non équivoque. C'est donc une définition étroite ordonnée par les magistrats afin de protéger le salarié, partie faible au contrat. Or, la loi est muette sur la qualification à appliquer lorsque celle de « démission » n'est pas retenue.

49 Les juges décident de façon prétorienne que, lorsque la qualification de démission est écartée à défaut de volonté libre, sérieuse et non équivoque du salarié de rompre, la rupture est **requalifiée** en licenciement [183]. Et ce, à titre de **sanction** pour l'employeur qui, par son comportement contractuel, a poussé le salarié à la démission.

50 La requalification est une solution tout à fait particulière aux juges français.
Communément, la requalification est définie comme l'*« opération par laquelle le juge restitue à un acte ou à un fait son exacte qualification sans s'arrêter à la dénomination que*

---

[182] Cass. soc., 10 juillet 2002, n°00-45.566, *CSBP* novembre 2002, n°144, S 403, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* novembre 2002, p.1014, obs. G. COUTURIER ; *RJS* 11/02, n°1210, p.909 ; *TPS*, octobre 2002, n°296, p.12.

[183] Voir, par exemple : ◆ Cass. soc., 22 septembre 1993, *Dr. soc.* novembre 1993, p.877 : *« La rupture 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 »*.

◆ Cass. soc., 30 novembre 1994, *RJS* 1/95, n°6.

les parties en auraient proposée » [184]. La requalification a donc pour objet de revenir après coup sur une qualification initiale erronée.

L'opération intellectuelle de requalification suppose alors que les magistrats opèrent une qualification qui constitue *« un pont entre le fait et le droit »* [185], dans le but de rattacher à une ou plusieurs notions juridiques, une situation concrète. Dans leur processus, la qualification et la requalification sont donc identiques et mobilisent les mêmes concepts.

51 Mais, **en matière de rupture du contrat de travail, la requalification se distingue de la qualification en ce qu'elle est une sanction**. En effet, la requalification opère parce que le salarié conteste être l'auteur de la rupture du contrat de travail. Soit il nie avoir voulu démissionner, soit il plaide qu'il n'a pu le faire librement ou en toute connaissance de cause. Si la qualification a pour objet de faire ressortir la volonté du salarié, le juge chargé de requalifier s'attache uniquement à vérifier que le salarié n'a pas voulu rompre le contrat pour, en conséquence, sanctionner l'employeur. Il s'agit d'établir que la nature de la rupture n'est pas conforme à ce qu'elle devrait être, en vue de la requalifier.

Une fois que la requalification opère, aucune importance n'est plus attachée à la réalité. C'est une fiction qui se met en place. Cette dernière constitue *« un artifice de technique juridique* (en principe réservé au législateur souverain)*, mensonge de la loi consistant à supposer un fait ou une situation différents de la réalité en vue de produire des effets de droit… »* [186]. La requalification n'a pas pour objet de restituer à l'acte son exacte qualification. Au contraire, **les juges font toujours comme s'il y avait un licenciement**. Le but est indubitablement d'appliquer le régime favorable du licenciement au salarié, en dépit de la réalité de l'acte.

52 Ainsi, la sanction d'une démission viciée n'est pas la nullité de celle-ci, qui impliquerait un retour du salarié dans l'entreprise, mais la requalification de la rupture et l'attribution éventuelle au salarié des indemnités liées au licenciement. Il appartient donc à

---

[184] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2005, au mot « requalification ».

[185] F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, LGDJ, 1956, p.551.

[186] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2005, au mot « fiction ».

l'employeur de supporter la responsabilité de la rupture d'une rupture qu'il n'a pas directement initiée.

La solution ainsi adoptée peut paraître contraire au principe civiliste lié à la théorie des vices du consentement [187]. L'erreur, la violence physique ou morale, le dol entraînent la nullité de l'acte, c'est à dire l'effacement de ce qui a été fait et le rétablissement de l'état de choses antérieur [188].

Mais, en matière de démission, à défaut de privilégier l'intérêt premier du salarié qui est le maintien dans son emploi, la solution de la requalification est apparue plus adaptée aux impératifs du droit du travail et plus particulièrement à la notion de bon fonctionnement de l'entreprise, lequel serait sans doute perturbé par le retour du salarié, particulièrement dans une petite entreprise, de longs mois après la rupture.

Il n'empêche que rien n'interdit d'imaginer dans l'avenir qu'un salarié, qui conteste être l'auteur de la rupture du contrat de travail, fonde sa demande sur l'annulation de cette dernière [189].

Nous parvenons ici au terme de nos développements relatifs à la qualification traditionnelle de démission. Pour être qualifié de telle, la rupture unilatérale du contrat de travail à l'initiative du salarié doit donc résulter d'une volonté libre, sérieuse et non équivoque. Aussi, lorsque le salarié quitte l'entreprise en imputant à l'employeur la charge de la rupture, la qualification de démission est écartée. Ceci ne va pas sans soulever de nombreuses difficultés.

---

[187] En ce sens, voir Y. GASSER, « La démission » in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p.452.

[188] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, *Les obligations – L'acte juridique*, Collection U, Armand Colin, n°359.

[189] En ce sens :
- N. HAUSER-COSTA, *La qualification de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée en droit comparé franco-italien*, Thèse, Université de Nancy 2, 2000, p.330.
- J. PÉLISSIER, « La remise en cause des démissions », *RJS* 7/07, p.593.
- M. CARLES, note sous Cass. soc., 9 mai 2007, *RPDS*, juillet 2007, p.238.

B - La qualification de « prise d'acte » par le salarié de la rupture de son contrat de travail

La démission doit être distinguée d'une pratique issue du monde du travail : la « prise d'acte » de la rupture du contrat de travail par le salarié aux torts de l'employeur.

1° - L'apparition de la prise d'acte dans le contentieux

53 Mise en lumière par l'arrêt du 26 septembre 2002 [190], la prise d'acte de la rupture peut être définie comme la situation dans laquelle l'une des parties au contrat de travail considère que le comportement de l'autre rend impossible le maintien du contrat de travail.
De cette manière, la prise d'acte de la rupture du contrat par le salarié est le fait, pour ce dernier, d'annoncer à son employeur qu'il quitte l'entreprise en « prenant acte de la rupture de son contrat », puis de saisir les juges afin de faire imputer à l'employeur la charge de cette rupture, en motivant le plus souvent son acte par le non-respect des obligations contractuelles.

La prise d'acte constitue ainsi une **situation de fait** qui n'est pas réglementée par le Code du travail. La Cour de cassation a donc dû intervenir pour la définir et lui appliquer un régime juridique.

Selon les juges, en cas de prise d'acte de la rupture par le salarié, il n'y a pas de démission. En effet, comme nous l'avons précédemment exposé, l'acte du salarié ne peut être qualifié de démission qu'en présence d'une volonté libre, sérieuse et non équivoque de rompre le contrat de travail à durée indéterminée. Or, ne répond pas à une telle définition le simple fait pour le salarié de ne plus se rendre au travail ou le fait de justifier expressément son absence au travail par un manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles à son égard.

Ainsi, dans l'arrêt précité du 26 septembre 2002, la Chambre sociale de la Cour de cassation énonce logiquement que la démission *« n'est pas caractérisée lorsque le salarié prend acte de la rupture de son contrat en reprochant à l'employeur de n'avoir pas respecté*

---

[190] Cass. soc., 26 septembre 2002, Mocka c/ Centre sportif de Boyardville, n° 00-41.823, *CSBP* 2002, n°145, S 448, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 2003, n°6, sommaires commentés, obs. J. PORTA, p.386 ; *RJS* 11/02, n°1210 ; *TPS*, décembre 2002, n°370, p.15.

ses obligations contractuelles » [191].

Puis, constatant que l'employeur ne conteste pas la réalité de la rupture, la Haute juridiction en tire la conséquence inéluctable que, dès lors que le salarié n'a pas manifesté une volonté claire et non équivoque de démissionner, il en résulte que la rupture de son contrat de travail doit être requalifiée. Requalification qui, nous l'avons rapporté, s'oriente toujours vers la catégorie « licenciement ». Licenciement qui, en sus, n'étant pas motivé, est jugé sans cause réelle et sérieuse.

Il peut, par conséquent, être déduit de cette décision que, toutes les fois où nous sommes en présence d'une cessation du travail par le salarié sans explication ou avec une justification ambiguë, et que l'employeur assigné ultérieurement devant le juge prud'homal admet que le contrat de travail a été rompu, nous sommes automatiquement en présence d'un licenciement.

54 C'est en partant de ce constat de protectorat jurisprudentiel que M. RAY se demande en 2002 si ne nous sommes pas parvenus à la création d'un nouveau droit subjectif : le droit au licenciement exigé par le salarié ou encore dénommé droit à l'autolicenciement [192]. Il s'agit d'une nouvelle porte de sortie du contrat qui est offerte au salarié, une voie qui est à sa discrétion. Dès qu'un salarié veut quitter l'entreprise, il n'a plus besoin de démissionner. La moindre initiative de rupture de sa part, puis dénoncée par la suite en justice suffit à entacher celle-ci d'équivoque et par conséquent à la faire disqualifier.

---

[191] Cass. soc., 26 septembre 2002, n°00-41.823 susmentionné.

[192] ◆ J.-E. RAY, « Démissions réelles ou virtuelles », *Liaisons sociales magazine*, septembre 2002, p.64-65.

◆ J.-E. RAY, « Le droit à l'autolicenciement », *Liaisons sociales magazine*, janvier 2003, p.52-53.

◆ P.-Y. VERKINDT, « Démission motivée = licenciement sans cause réelle et sérieuse : l'équation infernale », *Bulletin d'actualité Lamy social*, n°167, mars 2003.

◆ *Liaisons sociales quotidien*, n°807 du 18 mars 2003, Jurisprudence Actualité, Spécial « autolicenciement » (prise d'acte de la rupture), 12 pages.

◆ Voir également le commentaire anonyme sous l'arrêt Cass. soc., 31 mars 1999, n°97-40.527, *CSBP* 1999, n°112, S 356, p.248.

En outre, peu importe, en vertu de ce même arrêt du 26 septembre 2002, que l'employeur n'ait pas commis de faute. Il peut se voir imputer la rupture par le salarié [193].

M. VERKINDT résume donc de la sorte la « recette » offerte par cet arrêt au salarié : *« - Vous êtes salarié et vous désirez quitter votre employeur ;*
- Mais comme vous êtes un salarié informé et que vous connaissez les conséquences d'une démission, annoncez à votre employeur qu'il a manqué à ses obligations ;
- Si vous ne trouvez pas de manquements, inventez-les, cela n'a pas d'importance ;
- Après les avoir inventés, prenez acte de la rupture puis saisissez la juridiction prud'homale pour voir dire qu'il s'agit d'un licenciement ;
- Puisqu'il ne s'agit pas d'une démission dans la mesure où votre volonté de démissionner n'apparaît pas sans ambiguïté, il s'agira nécessairement d'un licenciement ;
- Mais puisqu'il s'agit d'un licenciement et que par définition il n'y a pas de lettre de licenciement, à vous les dommages et intérêts » [194].

Ainsi, le salarié peut adopter de manière délibérée un comportement attentiste, puis procédurier. Face à l'abstention de l'employeur, le salarié saisit la juridiction prud'homale en vue, précisément, de faire reconnaître la rupture de son contrat de travail et de la faire déclarer imputable à l'employeur afin de percevoir les indemnités correspondantes à la qualification de licenciement.
Cette requête peut souvent être accueillie puisque la jurisprudence considère, comme nous

[193] Cass. soc., 26 septembre 2002, M. Mocka c/ Centre sportif de Boyardville, n°00-41.823, *CSBP* 2002, n°145, S 448, obs. C. CHARBONNEAU ; *TPS*, décembre 2002, n°370, p.15, précité : *« Une démission ne peut résulter que d'une manifestation non équivoque de volonté de la part du salarié, laquelle n'est pas caractérisée lorsque le salarié prend acte de la rupture de son contrat en reprochant à l'employeur de n'avoir pas respecté ses obligations contractuelles* ***même si, en définitive, les griefs invoqués ne sont pas fondés*** *»*.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 13 novembre 2002, n°00-45.846, *Liaisons Sociales* juris. Actualité du 18 mars 2003, n°807, p.7 : en l'absence de faute commise par l'employeur, la Cour d'appel de Rennes avait débouté le salarié de ses demandes indemnitaires. Arrêt ici censuré par la Cour de cassation au motif que le salarié n'avait pas manifesté une volonté claire et non équivoque de démissionner.

[194] P.-Y. VERKINDT, note sous Cass. soc., 26 septembre 2002, *TPS*, décembre 2002, n°370, p.15.

avons pu le montrer à travers les nombreux et divers arrêts préalablement cités, que la qualification de démission ne peut être déduite du seul comportement du salarié [195].

En conséquence, comme l'explique M. RAY [196] : *« Poussé à son terme, un tel raisonnement permettrait à n'importe quel salarié, déjà recruté par la concurrence ou voulant partir en vacances aux frais de l'ASSEDIC, de ne plus venir travailler, puis d'imputer la rupture à l'employeur si celui-ci tardait à le licencier ; en attendant avec sérénité le jugement du conseil de prud'hommes saisi d'un défaut de cause réelle et sérieuse en l'absence d'initiative patronale assez rapide à son goût »*.
Il poursuit ainsi : *« In fine, c'est la possibilité d'une fraude massive aux droits de l'UNEDIC : le « motif légitime » pour la prise en charge d'un démissionnaire devient la décision discrétionnaire d'un salarié choisissant de s'autolicencier »* [197].

55 Concernant un salarié protégé, la situation se trouve encore accentuée.
En effet, le licenciement d'un salarié protégé ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail. À défaut d'une telle autorisation, le licenciement intervenu en violation du statut protecteur est nul. D'où la question suivante : faut-il considérer que le licenciement résultant, non d'une procédure engagée à cette fin par l'employeur, mais d'une requalification *a posteriori* de la rupture par le juge, est nul comme intervenu en méconnaissance du statut protecteur ?

La Cour de cassation répond à cette question le 21 janvier 2003 [198].
En l'espèce, un salarié, délégué du personnel, prend acte de la rupture de son contrat de travail

---

[195] Il arrive cependant parfois que la jurisprudence refuse une telle attitude.
Voir notamment : Cass. soc., 9 janvier 2001, *Jur. soc.*, n°651, juin 2001, p.172. Dans cette affaire, une salariée avait quitté l'entreprise à la suite d'une modification de son lieu de travail, conforme à son contrat de travail. Elle avait ensuite assigné son employeur en paiement d'indemnités pour licenciement abusif. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir considéré que la rupture du contrat de travail était imputable à la salariée.

[196] J.-E. RAY, « Démissions réelles ou virtuelles », *Liaisons sociales magazine*, septembre 2002, p.65.

[197] J.-E. RAY, « Le droit à l'autolicenciement », *Liaisons sociales magazine*, janvier 2003, p.53.

[198] Cass. soc., 21 janvier 2003, Sté Sogeposte c/ Leservoisier, n°00-44.502, *CSBP* 2003, n°149, S 165, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* 2003, p.449, obs. J. MOULY ; *RJS* 3/03, n°367 ; *TPS*, mars 2003, n°114, p.25.

« aux torts de son employeur en raison des manquements de ce dernier dans le paiement de ses primes et au regard de sa situation dans l'entreprise ». Il présente alors des demandes complémentaires en paiement d'une indemnité conventionnelle de licenciement, d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de dommages et intérêts pour violation du statut protecteur.
La Chambre sociale décide à son propos que *« la rupture du contrat de travail s'analysait en un licenciement du fait de l'inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles […] ce licenciement intervenu en violation du statut protecteur était* ***nul*** *»*.

La Cour de cassation admet donc implicitement la recevabilité de la prise d'acte du salarié protégé.

Des voix s'élèvent alors en doctrine pour contester cette jurisprudence. Il est principalement souligné que cette solution offre au salarié protégé la possibilité « d'instrumentaliser son mandat » afin d'obtenir de substantielles indemnités pour violation du statut protecteur [199]. Une protection instituée en faveur du salarié contre la perte de son emploi se transforme en un véritable droit à une démission indemnisée [200].
Quelques salariés, peu scrupuleux, risquent de détourner abusivement les critères de qualification mis en place par la jurisprudence, pour venir mettre à mal un édifice protecteur créé progressivement.

Face à ces multiples et nombreuses critiques, la Chambre sociale de la Cour de cassation modifie sa jurisprudence le 25 juin 2003.

2 °- Les arrêts du 25 juin 2003 : la fin de « l'auto – licenciement »

56 La Chambre sociale de la Cour de cassation condamne « l'auto – licenciement » par trois arrêts en date du 25 juin 2003.
Dans ceux-ci, elle affirme sous forme de principe que *« **lorsqu'un salarié prend acte de la***

[199] Auteur anonyme sous Cass. soc., 21 janvier 2003, *Liaisons Sociales* Jurisprudence Actualité, n°807 du 18 mars 2003.

[200] À la fois par l'employeur, de façon instantanée (versement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse) et par la collectivité, de façon successive (versement de prestations mensuelles par les ASSEDIC pendant une durée variable).

rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission » [201].

En d'autres termes, il appartient au juge de déterminer si les fais invoqués justifient ou non la rupture du contrat de travail et d'en déduire si cette dernière produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse [202] ou d'une démission [203].

---

[201] Cass. soc., 25 juin 2003 (3 arrêts), n°01-42.335, n°01-42.679 et n°01-43.578, *Bull. civ.*, V, n°209. Sur le commentaire de ces arrêts, voir :

- C. CHARBONNEAU, « Le « licenciement » de l'employeur », *CSBP* 2003, n°153, D 17.
- G. COUTURIER et J.-E. RAY, « Auto - licenciement : dérives et revirement (à propos des arrêts des 25 juin et 8 juillet 2003) », *Dr. soc.* 2003, p.817-826.
- J.-Y. FROUIN, « Rupture du contrat de travail : prise d'acte par l'employeur ou par le salarié – Commentaires des arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 25 juin 2003 », *RJS* 8-9/03, p.647-649.
- E. MAZUYER, *JCP*, G, 3 septembre 2003, II, 10 138, p.1531-1534.
- J. PÉLISSIER, *D.* 2003, n°35, jurisprudence, p.2396.
- S. STEIN, « Autolicenciement – Vers une responsabilisation des salariés dans la rupture du contrat de travail ? », *Semaine Sociale Lamy* du 7 juillet 2003, n°1130, p.8-10.
- Y. TALLENDIER, « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail », *JCP*, E, 11 septembre 2003, pratique, 1289, p.1419-1421.
- P.-Y. VERKINDT, *TPS*, octobre 2003, n°323.

[202] Exemple : Cass. soc., 29 juin 2005, n°03-44.412, *D.* 2005, n°37, jurisprudence, p.2565, note A. BUGADA ; *JCP*, G, n°42 du 19 octobre 2005, 10 144, p.1964-1968, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *JCP*, E, n°50 du 15 décembre 2005, 1839, p.2169-2172, note M. MINÉ ; *RJS* 10/05, n°945 : *« la Cour d'appel a relevé que l'employeur, malgré les réclamations de la salariée, s'était borné à interdire aux autres salariés de fumer dans le bureau à usage collectif qu'elle occupait ; elle en a exactement déduit que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat vis-à-vis de ses salariés en ce qui concerne leur protection contre le tabagisme dans l'entreprise, n'avait pas satisfait aux exigences imposées par les textes précités et a, en conséquence, décidé que les griefs invoqués par la salariée à l'appui de sa prise d'acte justifiaient la rupture du contrat de travail, de sorte qu'elle produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ».*

[203] Exemples :

- Cass. soc., 16 novembre 2004, n°02-46.048, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* du 15 février 2005, n°229 : *« C'est dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient des articles L. 122-13 et L. 122-14-3 du Code du travail qu'une Cour d'appel estime que les faits invoqués par un salarié à l'appui de sa prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne la justifiaient pas, de sorte qu'elle produisait les effets d'une démission ».*
- Cass. soc., 19 janvier 2005, n°03-45.018, *CSBP* 2005, n°169, A 28, obs. F.-J.

Désormais, l'employeur ne peut donc se voir imputer la responsabilité de la rupture que si le juge constate que les faits qui lui sont reprochés sont fondés. Le juge doit contrôler le motif qui a conduit un salarié à prendre acte de la rupture de son contrat de travail : il doit vérifier la réalité des faits mais aussi, indique, la Cour de cassation, s'ils justifient la rupture.

Ces arrêts permettent de « responsabiliser » le salarié qui quitte l'entreprise en invoquant un ou plusieurs griefs contre son employeur. En effet, dorénavant, le salarié ne peut plus décider de rompre le contrat de travail sous n'importe quel prétexte tout en étant assuré de bénéficier des indemnités de rupture et de l'allocation de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il doit désormais assumer le risque de voir un juge décider que le motif utilisé pour justifier son départ soit considéré comme fallacieux et, par conséquent, que son acte produise les effets d'une démission.

57 Pour nombre d'auteurs, cette prise de position est parfaitement logique et justifiée [204]. MM. COUTURIER et RAY parlent ainsi de *« retour à la raison »* [205]. Mme MAZUYER salue, quant à elle, *« un tel retour à une position plus nuancée, tentant de concilier, dans la plus grande équité, le principe d'exécution de bonne foi des obligations et les particularismes de la relation de travail »* [206].

À l'inverse, certains tiennent des propos critiques sur ce revirement.
Particulièrement, J. MOULY dresse un véritable réquisitoire contre ces arrêts qui *« ressuscitent - au moins implicitement - la notion de rupture imputable au salarié que l'on*

PANSIER ; *Liaisons sociales* Juris. Hebdo du 31 janvier 2005, n°892 ; *Semaine Sociale Lamy* du 31 janvier 2005, n°1200, p.11 ; *TPS*, avril 2005, n°114 : *« La Cour d'appel, analysant l'ensemble des faits allégués par M. Cot au soutien de sa prise d'acte, a constaté qu'ils n'étaient pas établis, le seul décalage d'une journée ou deux de certains paiements s'expliquant par des jours fériés et ne pouvant en tout état de cause être considéré comme suffisamment grave pour justifier la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur ; ayant ainsi retenu qu'en l'absence de faits suffisamment graves pour justifier la rupture aux torts de l'employeur, la prise d'acte du salarié avait les effets d'une démission, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision »*.

[204] C. CHARBONNEAU, « Le « licenciement » de l'employeur », *CSBP* 2003, n°153, D 17, p.430 : *« La solution est conforme au droit commun des contrats. Elle doit être approuvée »*.

[205] G. COUTURIER et J.-E. RAY, « Auto - licenciement : dérives et revirement (à propos des arrêts des 25 juin et 8 juillet 2003)», *Dr. soc.* 2003, p.818.

[206] E. MAZUYER, *JCP*, G, 3 septembre 2003, II, 10 138, p.1534.

croyait pourtant condamnée, et prennent ainsi le risque de remettre en cause des solutions solidement établies » [207]. Ainsi, *« si l'alternative démission – licenciement constituait pour certains un « raccourci contestable », il faut bien constater qu'on l'a remplacée par une autre qui ne l'est pas moins, le choix étant désormais entre une rupture purement et simplement imputable au salarié ou un licenciement nécessairement sans cause réelle et sérieuse »*. Monsieur MOULY conclut, par conséquent, que *« cette solution n'est pas plus satisfaisante que la précédente »*.

58 Il n'en demeure pas moins que la solution ainsi dégagée par les arrêts du 25 juin 2003 à propos de salariés ordinaires a été étendue, par la suite, aux salariés protégés [208]. À la notable différence près que, dans l'hypothèse où les faits la justifient, la prise d'acte produit les effets d'un licenciement nul [209]. En effet, la rupture du contrat de travail d'un représentant du personnel suppose nécessairement l'intervention de l'inspecteur du travail qui doit autoriser ou non le licenciement. Or, par hypothèse, l'inspecteur n'a pu être saisi d'une demande qui n'a pas lieu d'être, la rupture étant déjà consommée par la prise d'acte. Il y a donc nécessairement et mécaniquement violation du statut protecteur qui conduit selon une jurisprudence constante à un licenciement nul. En conséquence, le salarié protégé a droit à une indemnité équivalent aux salaires qu'il a perdus depuis la date de rupture du contrat jusqu'à la fin de la période de protection restant à courir au jour de la rupture sans oublier les indemnités de rupture (indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, indemnité de préavis), mais également une indemnité au moins égale à six mois de salaires, comme dans le cas d'absence de réintégration. Assurément, la Chambre sociale analyse la prise d'acte de la

---

[207] J. MOULY, « Démission ou licenciement : une alternative très convenable – Propos critiques sur un revirement : Cass. soc., 25 juin 2003 », *Dr. soc.* 2004, p.92.

[208] Cass. soc., 25 janvier 2006, n°04-40.789, *CSBP* avril 2006, n°179, S 188, obs. H. GILLIER ; *Liaisons Sociales* juris. Hebdo du 6 février 2006, n°942 ; *RJS* 4/06, n°47 ; *Semaine Sociale Lamy* du 13 février 2006, n°1248, p.12-13.

[209] Cass. soc., 5 juillet 2006, n°04-46.009, *Bull. civ.*, V, n°237 ; *Semaine Sociale Lamy* du 17 juillet 2006, n°1270, p.11 : *« Lorsqu'un salarié titulaire d'un mandat électif ou de représentation prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit, soit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur lorsque les faits invoqués par le salarié la justifiaient, soit, dans le cas contraire, les effets d'une démission »*.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 25 juin 2007, n°06-40.667, *Liaisons sociales jurisprudence théma* des 30-31 juillet 2007, n°187, p.10.

rupture du contrat de travail par le salarié comme une renonciation *a priori* à la réintégration[210].

Il s'agit donc ici d'une solution mixte. Solution qui, d'ailleurs, est loin d'être approuvée par l'ensemble de la doctrine. En ce sens, J.-E. RAY estime que la prise d'acte de la rupture par un salarié protégé ne peut viser que son propre contrat et non le mandat qui dépasse sa personne. Aussi, *« l'indemnisation ne devrait venir sanctionner que le départ provoqué du salarié, et non la supposée violation d'un statut protecteur que l'employeur n'avait aucun moyen de prévenir ni d'empêcher »* [211]. P. WAQUET envisage, pour sa part, une solution plus radicale. Jugeant que le représentant du personnel dispose aujourd'hui d'un véritable arsenal civil et pénal pour faire respecter son mandat, *« il convient d'interdire aux salariés titulaires d'un mandat de prendre acte de la rupture de leur contrat »* [212]. De manière antithétique, J. MOULY complimente la prise de position de la jurisprudence sociale en ce qu'elle protège efficacement les fonctions représentatives du salarié [213].

Outre ces considérations fondamentales quant aux suites de la prise d'acte (qui susciteront encore à n'en pas douter des débats rhétoriques), il demeure une question non tranchée, celle de la qualification même de la prise d'acte de la rupture par le salarié. En effet, à compter des arrêts du 25 juin 2003, la prise d'acte de la rupture par le salarié de son contrat de travail aux torts de l'employeur n'est plus qualifiée ni de démission ni de licenciement. Il convient ici de se demander quelle est alors la nature de cette pratique. S'agit-il d'un nouveau mode de rupture ? S'agit-il simplement d'un dérivé de procédés civilistes ?

---

[210] P. WAQUET, « La nullité du licenciement, régimes et conséquences », *Semaine Sociale Lamy* supplément au n°1164 du 13 avril 2004.
Dans le même sens : J.-E. RAY, « L'auto - licenciement nul du représentant du personnel (à propos de l'arrêt Saman du 5 juillet 2006) », *Dr. soc.*, septembre octobre 2006, p.818.

[211] J.-E. RAY, « L'auto - licenciement nul du représentant du personnel (à propos de l'arrêt Saman du 5 juillet 2006) », *Dr. soc.*, septembre octobre 2006, p.821.

[212] P. WAQUET, « Coup de vent sur la jurisprudence Perrier », *RJS* 6/05, p.419 : *« le mandat dont un représentant du personnel est titulaire n'a pas vocation à lui permettre de s'enrichir. Ce n'est pas un titre monnayable, mais un service au profit de la collectivité des travailleurs »*.

[213] J. MOULY, note sous Cass. soc., 5 juillet 2006, *D.* 2007, n °1, p.54-57.
Dans le même sens : L. MILET, « Le double usage par le représentant du personnel de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail », *Dr. ouvrier*, février 2007, p.75-82.

3 °- La qualification de la prise d'acte après les arrêts du 25 juin 2003

59 Les arrêts du 25 juin 2003 ne règlent aucunement la question de la qualification de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié.
Ils visent uniquement les effets de celle-ci : soit les faits reprochés par le salarié à l'employeur sont justifiés et la rupture **produit les effets** d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ; soit les faits reprochés ne sont pas justifiés et la rupture **produit les effets** d'une démission. Face à une prise d'acte de la rupture du contrat par le salarié, **les juges ne la qualifient pas de démission ou de licenciement**.

Dès lors, quelle est donc la nature juridique de cette rupture du contrat de travail qui intervient à l'initiative du salarié mais qui ne constitue pas une démission parce que ce dernier entend se prévaloir d'une rupture du fait de l'employeur ? À quelle catégorie du droit faut-il rattacher la prise d'acte ?

Plusieurs conceptions s'affrontent en ce domaine.

a - La prise d'acte : la mise en œuvre de l'exception d'inexécution ?

60 La première conception, que nous trouvons en doctrine est celle exposée par C. CHARBONNEAU. Selon lui, la *« prise d'acte est un droit. Elle traduit en droit du travail le principe voulant que l'on puisse opposer à son débiteur l'exception d'inexécution »* [214].

L'exception d'inexécution invoquée par M. CHARBONNEAU mérite que nous nous y arrêtions quelques instants.
Elle se retrouve habituellement dans le droit commun des obligations. Il s'agit, pour le contractant qui ne reçoit pas son dû de ne pas exécuter immédiatement le sien corrélativement. C'est une inexécution de la contreprestation. Ainsi, par exemple, l'acheteur refuse de payer tant qu'il n'est pas livré. De façon identique, en droit du travail, le salarié dispose du droit de refuser de continuer à travailler tant qu'il n'est pas rémunéré.
Certains textes spéciaux envisagent alors la suspension du contrat [215]. La jurisprudence, quant

---

[214] C. CHARBONNEAU, note sous Cass. soc., 26 septembre 2002, *CSBP* 2002, n°145, S 448, précité.

[215] En matière d'assurance, la suspension de garantie est organisée après mise en demeure de l'assuré. En matière de vente, l'article 1612 du Code civil permet au vendeur de retenir la chose tant qu'il n'est pas payé

à elle, a reconnu d'une manière générale en toutes matières ce **droit de suspendre le contrat** à celui qui ne reçoit pas satisfaction. Ce mécanisme est d'ailleurs d'ordre public. Mais encore faut-il que plusieurs conditions soient réunies.

Reposant sur l'idée du « donnant-donnant », l'exception d'inexécution ne se conçoit que dans les contrats synallagmatiques, c'est à dire où existe une contreprestation. Tel est le cas du contrat de travail.
Ensuite, même au sein des contrats synallagmatiques, elle n'est concevable que si l'exécution simultanée des prestations a été prévue. Cela signifie que l'exception d'inexécution ne peut prendre appui que sur l'inobservation d'une obligation exigible.
Ainsi, le salarié est en droit de refuser de continuer de travailler si les salaires qui lui sont dus en vertu du mois écoulé ne lui sont pas versés. En effet, le salaire constitue une obligation exigible périodiquement.

Nous voyons donc que les conditions sont réunies pour que le salarié mette en œuvre l'exception d'inexécution en cas de manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles. Cette mise en action peut être décidée par le contractant lui-même, sans autorisation de justice.

Lorsqu'une telle démarche est entreprise, l'exception conduit à une suspension du contrat qui est purement provisoire. C'est une solution d'attente. Elle permet à son auteur de faire pression sur son partenaire pour obtenir satisfaction, mais ne résout pas la question définitivement. En effet, le contrat simplement suspendu reste valable et n'est pas anéanti [216], de sorte que, sitôt que l'autre partie s'exécutera, le créancier devra lui aussi reprendre l'exécution. Cette situation peut se révéler très embarrassante : par exemple, l'acheteur d'un matériel non livré devra payer le prix lorsque la livraison interviendra, même de nombreux mois plus tard, alors qu'il a pu entre temps prendre d'autres dispositions [217].

(s'il s'agit, bien entendu, d'une vente au comptant).
Il en va de même en matière d'échange, en vertu de l'article 1704 du Code civil.

[216] Voir pourtant J. ROCHE-DAHAN, « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1994, chronique, p.255.

[217] Cass. com., 24 juin 1980, *Bull. civ.*, IV, n°273.

61 Au vu de ces explications de droit commun des obligations, nous pouvons affirmer que le salarié qui reproche certains manquements à son employeur peut interrompre sa prestation de fourniture de travail. Le contrat de travail se trouve alors suspendu jusqu'à obtention de satisfaction. **En aucun cas nous ne pouvons parler de rupture du contrat**. Et ce, quand bien même la situation serait pénible pour le salarié (l'inexécution de la prestation de travail signifie le non versement du salaire pendant toute la période de suspension).

L'argument invoqué par C. CHARBONNEAU selon lequel la prise d'acte constituerait la mise en œuvre de l'exception d'inexécution ne nous paraît, en conséquence, guère fondé. En effet, en présence d'une prise d'acte, le contrat de travail est rompu. D'ailleurs, le salarié ne remet pas cet aspect en cause, il cherche uniquement à en faire supporter la responsabilité à l'employeur.

Il nous faut donc nous tourner vers une autre conception pour savoir à quelle catégorie juridique préexistante la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié doit être rattachée.

b - La prise d'acte : la mise en œuvre de l'action en résiliation pour inexécution ?

Lorsqu'une partie n'obtient pas satisfaction, elle peut craindre que le contrat ne lui apporte que des déboires, même en recourant à l'exception forcée : outre que celle-ci prend du temps et retarde d'autant l'exécution, la perspective de devoir renouveler ce recours à la contrainte de façon périodique dans les contrats à exécution successive peut être décourageante. Aussi, le contractant peut-il préférer anéantir ce contrat pour repartir ailleurs. Tel est l'objet de la résiliation pour inexécution.

Celle-ci doit, par principe, être prononcée par le juge. On parle alors de « résiliation judiciaire ». Toutefois, à titre exceptionnel, une résolution du contrat sans recours préalable au juge est envisageable.

α – La résiliation judiciaire

62 Selon J.-Y. FROUIN, l'action par laquelle le salarié, qui a pris l'initiative d'une rupture du contrat de travail, saisit le juge prud'homal d'une demande en paiement

d'indemnités de rupture et dommages et intérêts en invoquant divers griefs à l'encontre de l'employeur *« s'apparente à une action en résolution judiciaire »* [218].

Quelques rappels de droit commun nous semblent ici nécessaires afin d'être en mesure de juger si la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié correspond bien à cette catégorie juridique.

La résiliation judiciaire est prévue par l'article 1184 du Code civil : *« La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix, ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.* ***La résolution doit être demandée en justice*** *»*.
Le principe est donc que le recours au juge est obligatoire. Tant qu'elle n'est pas prononcée, le contrat conserve son caractère obligatoire [219]. Il y a là une application de l'idée qu'on ne peut se faire justice à soi-même.

Le juge pour décider ou non de la cessation du lien contractuel examine la gravité des manquements invoqués. Il peut accorder au défaillant un délai de grâce et retenir qu'à défaut d'exécution dans le délai qu'il impartit, la résolution sera acquise.
En cas d'inexécution totale, la résolution sera prononcée. Mais en cas d'inexécution partielle, et notamment d'exécution défectueuse, le juge mesurera la gravité de l'inexécution pour apprécier si elle met en péril l'ensemble du contrat et justifie ou non sa résolution.
Lorsqu'elle est prononcée par le juge, la résolution met fin au contrat à exécution successive pour l'avenir.

Voyons comment ces principes sont appliqués en droit du travail.
Tout d'abord, nous l'étudierons ultérieurement, la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée demandée par l'employeur est écartée au profit du régime spécifique du

---

[218] J.-Y. FROUIN, « Existe-t-il un droit à l'autolicenciement du salarié ? Bilan jurisprudentiel et perspectives d'évolution », *Semaine Sociale Lamy* du 22 avril 2003, n°1119, p.10.

[219]
- Cass. com., 24 juin 1980, *Bull. civ.*, IV, n°273, précité.
- Cass. civ. 3ème, 22 novembre 1983, *Bull. civ.*, III, n°239.
- Cass. com., 1er décembre 1992, *Bull. civ.*, IV, n°392.

licenciement [220]. Mais qu'en est-il pour le salarié ?

Il semble que rien ne fasse obstacle à la demande par le salarié de la résiliation de son contrat de travail dès lors que l'employeur ne remplit pas les obligations contractuelles qui lui incombent. Il lui suffit donc, dans cette hypothèse, de recourir au juge et de solliciter la rupture. Pendant toute la durée de l'instance, le contrat de travail perdure.

Si le juge prud'homal constate une violation des obligations patronales, alors sera prononcée la rupture du contrat. Celle-ci se voyant, en conséquence, appliquer le régime du licenciement. En revanche, si aucune transgression suffisamment grave n'est remarquée, le contrat de travail se poursuivra. Libre ensuite au salarié de quitter son entreprise en démissionnant s'il estime ne plus être comblé par sa relation de travail.

63 En aucun cas, la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié ne peut donc être assimilée à la résiliation judiciaire. Le juge n'intervient, en effet, en matière de prise d'acte, qu'*a posteriori* [221].

La prise d'acte de la rupture par le salarié ressemble donc mieux à un désir de justice privée en cas de manquement de l'employeur à ses obligations. Acte qui n'est qu'ultérieurement soumis à l'appréciation du juge.

---

[220] Pour les salariés protégés, la solution résulte des arrêts Perrier rendus par la Chambre mixte de la Cour de cassation le 21 juin 1974, n°71-91-225.

Pour les autres salariés, après avoir admis la possibilité de cette action en résiliation, la jurisprudence a interdit toute possibilité à l'employeur d'utiliser ce mode de rupture (Cass. soc., 13 mars 2001, n°98-46.411, *Bull. civ.*, V, n°89 : *« Attendu que l'employeur qui dispose du droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée par la voie du licenciement, en respectant les garanties légales, n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement à demander la résiliation judiciaire du contrat »*.

[221] La Cour de cassation distingue d'ailleurs nettement les deux modes de rupture :

- Cass. soc., 22 février 2006, n°03-47.639, *Bull. civ.*, V, n°81 ; *CSBP* mai 2006, n°180, A 32, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, S, n°15 du 11 avril 2006, 1294, note P.-Y. VERKINDT ; *RJS* 5/06, n°560 ; *Semaine Sociale Lamy* du 6 mars 2006, n°1251, p.12-13 : *« C'est à tort que la Cour d'appel a assimilé la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail à une prise d'acte de la rupture »*.
- Cass. soc., 21 mars 2007, n°05-45.392, *CSBP* juillet/août 207, n°192, A 51, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* juin 2007, p.773, obs. J. SAVATIER ; *RJS* 5/07, n°589 : *« Une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail formée par un salarié ne peut être assimilée à une prise d'acte de la rupture »*.
- Cass. soc., 28 mars 2007 (2 arrêts), *RJS* 6/07, n°730 : *« La saisine du Conseil de prud'hommes pour voir juger que la rupture est imputable à l'employeur ne peut être assimilée à une prise d'acte par le salarié de la rupture »*.

β – La résolution unilatérale pour inexécution

64 Dans certains cas exceptionnels, la loi permet au contractant insatisfait de décider unilatéralement la résolution du contrat, sans recours préalable au juge [222].

La Première Chambre civile de la Cour de cassation semble, depuis quelques années, avoir étendu cette résolution unilatérale à d'autres hypothèses non expressément mentionnées par la loi. Ainsi, pour la Cour de cassation, *« la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin à ses risques et périls »* [223]. Il a d'ailleurs été précisé que *« peu importait que le contrat soit à durée déterminée ou non »* [224].

Selon ce courant jurisprudentiel récent, une telle résolution unilatérale fondée sur la gravité du comportement de l'autre partie, ne constitue que le prolongement renforcé de l'exception d'inexécution. L'initiative privée permet alors à la résolution d'être dispensée de l'intervention judiciaire préalable prévue à l'article 1184, pour intervenir aux risques et périls de son auteur, comme l'exception d'inexécution, le juge pouvant ensuite contrôler le bien-fondé de la décision. Le risque est alors que si la rupture est ensuite jugée non fondée, le contrat sera résolu aux torts de son auteur [225].

Au regard de cette jurisprudence civiliste, G. COUTURIER et J.-E. RAY considèrent que la prise d'acte de la rupture par le salarié « *s'apparente manifestement [...] à la résiliation unilatérale mise en lumière par la jurisprudence récente de la 1ère Chambre civile*

---

[222] Ainsi pour l'assureur en cas de non-paiement des primes (Article L. 113-3 du Code des assurances), pour le consommateur en cas de non-respect du délai d'exécution (Article L. 114-1 du Code de la consommation), pour le vendeur d'objets mobiliers en cas de non-retirement (Article 1657 du Code civil).

[223] ◆ Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1998, *Bull. civ.*, I, n°300 ; *D.* 1999, jurisprudence, p.197, note C. JAMIN ; *D.* 1999, sommaires commentés, p.115, obs. P. DELEBECQUE ; *JCP*, 1999, II, 10 133, note N. RZEPECKI ; *RTDciv.* 1999, p.394, obs. J. MESTRE et p.506, obs. J. RAYNARD.

◆ Cass. civ. 1ère, 20 février 2001, *Bull. civ.*, I, n°40 ; *D.* 2001, 1568, note C. JAMIN.

◆ Cass. civ. 1ère, 14 janvier 2003, *Bull. civ.*, I, n°12.

[224] Cass. civ. 1ère, 20 février 2001, *D.* 2001, jurisprudence, p.1568, note C. JAMIN ; *D.* 2001, sommaires commentés, p.3239, obs. D. MAZEAUD ; *RTDciv.* 2001, p.363, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

[225] Cass. com., 17 novembre 1998, *Bull. civ.*, IV, n°271.

de la Cour de cassation » [226]. Autrement dit, la Chambre sociale appliquerait une solution identique pour le contrat de travail à ce qu'autorise la Première Chambre civile pour d'autres types de contrats.

65 Cette conception est séduisante mais nécessite, à ce jour, d'être consolidée légalement. En effet, une telle résolution unilatérale du contrat pour inexécution ne trouve aucun fondement dans le Code civil [227]. Elle n'en discerne pas davantage dans le Code du travail. Quant aux « principes UNIDROIT » [228] et ceux du droit européen des contrats [229], qui certes n'ont pas de valeur juridique réelle, mais ont pour ambition de servir de référence à chaque droit interne pour connaître une sorte de consensus international en matière de droit des contrats, ils retiennent assurément la possibilité d'une résolution unilatérale du contrat mais sous condition d'une *« notification au débiteur »*. D'autre part, toujours d'après ces principes, la résolution unilatérale par simple notification ne peut intervenir qu'en cas d'*« inexécution*

---

[226] G. COUTURIER et J.-E. RAY, « Auto - licenciement : dérives et revirement (à propos des arrêts des 25 juin et 8 juillet 2003) », *Dr. soc.* 2003, p.822.
Dans le même sens : P. LOKIEC, note sous Cass. soc., 29 juin 2005, *D.* 2005, n°39, jurisprudence, p.2724.

[227] D. TALLON souhaite d'ailleurs que l'article 1184 du Code civil soit réécrit pour ouvrir le choix entre une demande judiciaire et une déclaration unilatérale aux risques de son auteur : « Clés pour le siècle », *D.* 2000, 253.
Par ailleurs, un avant-projet de réforme du droit des obligations prévoit à l'article 1158 alinéa 2 que le créancier optant pour la résolution du contrat peut *« soit la demander au juge, soit, de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il sera en droit de résoudre le contrat »*. Pour une étude globale des effets de cet avant-projet de réforme sur le droit du travail, voir : S. BRISSY, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations : une source d'évolution pour le droit du travail ? », *Dr. soc.* janvier 2007, p.8-15.

228 Article 7-3-1 et suivants. Les Principes UNIDROIT forment un Code des obligations qui a vocation à régir des contrats du commerce international. Ils sont le fruit d'un vaste travail de recherche comparatif qui aboutit à une reformulation unifiée et idéale des droits des contrats nationaux. Texte disponible à l'adresse suivante : http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf.

[229] Article 9-301. Les principes du droit européen des contrats n'ont pas de valeur légale mais sont issus d'un travail de mise en ordre et d'harmonisation des différents droits européens qui pourrait, dans l'avenir, servir de base à un éventuel Code européen des contrats.

essentielle » de la part du cocontractant [230]. En cas de retard, elle est subordonnée à l'octroi d'un délai supplémentaire.

Or, à ce jour, la Chambre sociale qui a agréé la prise d'acte n'exige aucune de ces garanties. Le salarié peut prendre acte de la rupture et saisir le juge sans avoir, au préalable, notifié la résiliation à son employeur. En outre, nous le détaillerons plus tard, si une lettre de prise d'acte existe, elle ne fixe pas les limites du litige. Ensuite, la condition d'une « inexécution essentielle » n'est pas davantage présente dans la jurisprudence sociale. Le salarié peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail pour n'importe quel manquement de l'employeur. Certes, il le fait à ses risques et périls, à savoir avec la menace de voir la rupture produire les effets d'une démission.

La faculté de résiliation unilatérale pour inexécution ne nous paraît donc guère adaptée au droit de la rupture du contrat de travail.

Elle est apparue en droit des contrats et vise aujourd'hui plus spécifiquement les contrats commerciaux. Or, le contrat de travail est très différent d'un contrat commercial. En concluant un contrat de travail, le salarié entre plus largement dans un statut. C'est d'ailleurs ce statut qui protège également le salarié au moment de la rupture du contrat de travail. Employeur et salarié, s'ils peuvent l'un et l'autre rompre unilatéralement le contrat de travail, ne disposent pas de la faculté de le faire dans des conditions analogues. Le droit de l'employeur est subordonné à des garanties de forme et de fond et oblige celui-ci à verser des indemnités au salarié licencié. C'est pour cela que la voie de la résiliation judiciaire ou celle de la prise d'acte lui sont fermées. Au contraire, le salarié peut librement démissionner et, sauf abus de sa part, n'a pas à indemniser l'employeur. Or, lorsque le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur, il perd le bénéfice de ce statut. Seule une action judiciaire lui permet, à condition de prouver la réalité et la gravité du

---

[230] Article 7-3-1 alinéa 2 : *« Pour déterminer ce qui constitue une inexécution essentielle, on prend notamment en considération les circonstances suivantes:*

a) l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas prévu ou n'ait pu raisonnablement prévoir ce résultat;

b) la stricte exécution de l'obligation est de l'essence du contrat;

c) l'inexécution est intentionnelle ou téméraire;

d) l'inexécution donne à croire au créancier qu'il ne peut plus compter dans l'avenir sur l'exécution du contrat;

e) le débiteur subirait, en cas de résolution, une perte excessive résultant de la préparation ou de l'exécution du contrat ».

manquement contractuel de l'employeur, de bénéficier des effets du licenciement. Il s'ensuit une contradiction avec la logique poursuivie par ceux qui souhaitent la création dans le Code civil d'une faculté de résiliation unilatérale pour inexécution. Et ce, dans la mesure où, précisément, une des motivations tient en la « déjudiciarisation », c'est à dire en un recours moindre au juge. En matière de prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié, c'est alors le phénomène inverse qui se produit.

Ainsi, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne semble pouvoir être regardée comme un dérivé d'un procédé civiliste en devenir. De la sorte, nombre de théoriciens préfèrent parler, à propos de la prise d'acte, d'un nouveau mode de rupture du contrat de travail, un mode *sui generis*.

c - Un nouveau mode de rupture

66 Pour beaucoup de glossateurs [231], la Chambre sociale de la Cour de cassation a créé un nouveau mode de rupture du contrat de travail. Un mode de rupture autonome, ou tout le moins *sui generis* [232], qui résulte d'une situation de fait. La rupture est bien à l'initiative du salarié mais n'est pas qualifiée de démission, tout en pouvant malgré tout, éventuellement, produire les effets d'une démission. Elle n'est pas davantage qualifiée de licenciement car émanant du salarié, mais peut néanmoins recevoir application du droit du licenciement.

La prise d'acte ne doit donc, selon cette conception, être rattachée à aucune catégorie juridique préexistante quant à sa qualification. Elle constitue en elle-même une nouvelle catégorie juridique.

---

[231] ◆ S. STEIN, « Autolicenciement – Vers une responsabilisation des salariés dans la rupture du contrat de travail ? », *Semaine Sociale Lamy* du 7 juillet 2003, n°1130, p.8-10.

◆ C. CHARBONNEAU, « Le « licenciement » de l'employeur », *CSBP* 2003, n°153, D 17.

◆ P. LOKIEC, note sous Cass. soc, 1er octobre 2003, *JCP*, E, n°51-52 du 18 décembre 2003, 1793, p.2069-2071.

◆ F. FAVENNEC-HÉRY, note sous Cass. soc., 19 janvier 2005 (2 arrêts), *Dr. soc.* 2005, p.473.

◆ F.-J. PANSIER, note sous Cass. soc., 19 janvier 2005 (2 arrêts), *CSBP* 2005, n°169, A 28.

◆ Auteur anonyme sous Cass. soc., 29 juin 2005, n°03-42.804, *RJS* 10/05, n°959.

[232] Y. TALLENDIER, « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail », *JCP*, E, 11 septembre 2003, pratique, 1289, p.1420.

67 Cette conception semble être celle retenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation, comme le prouve un arrêt rendu le 15 mars 2006 [233].

Dans cet arrêt, le salarié démissionne par lettre en reprochant à l'employeur de ne pas lui avoir versé la rémunération à laquelle il pouvait prétendre puis demande ensuite la requalification de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les juges du fond considèrent que la démission du salarié est équivoque, sans rechercher si les griefs allégués sont fondés puisque, selon eux, cette démission n'aurait pas été présentée à l'employeur si sa demande (à savoir la rémunération à laquelle il pouvait prétendre) avait été satisfaite. De ce fait, ils requalifient la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Ils sont censurés par la Cour de cassation pour n'avoir pas recherché si les faits reprochés à l'employeur justifiaient la rupture du contrat de travail. Rupture, que la Haute juridiction requalifie de « prise d'acte ».

En d'autres termes, à l'heure actuelle, **une démission provoquée par le comportement de l'employeur doit être requalifiée en prise d'acte** et les griefs invoqués par le salarié doivent être analysés par les juges du fond.

Ainsi, au vu de cette décision, nous comprenons que non seulement la Cour de cassation ne qualifie pas l'acte par lequel le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail de « démission » mais, au contraire, qualifie une démission (catégorie juridique préexistante avec un régime juridique propre) de « prise d'acte » (nouvelle catégorie juridique mais sans régime propre). Une démission est donc disqualifiée au profit d'une nouvelle catégorie juridique qui produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission [234].

---

[233] Cass. soc., 15 mars 2006, n°03-45.031, *CSBP*, juillet - août 2006, n°182, S 322, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, S, n°18 du 2 mai 2006, 1356, note P.-Y. VERKINDT ; *RJS* 6/06, n°727 : *« **Lorsqu'un salarié démissionne en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture constitue une prise d'acte** et produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission ».*

Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 13 décembre 2006, n°04-40.527, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation*, n°658 du 1er avril 2007, n°685 ; *JCP*, S, n°8 du 20 février 2007, 1122, note L. DRAI ; *RJS* 2/07, n°203.

[234] En ce sens : Cass. soc., 9 mai 2007 (4 arrêts), n°05-40.315, 05-40.518, 05-41.325 et 05-42.301, *JCP*, E, n°30 du 26 juillet 2007, 1959, note S. BÉAL et C. TERRENOIRE ; *RDT*, juillet/août 2007, p.452, note G. AUZERO ; J. PÉLISSIER, « La remise en cause des démissions », *RJS* 7/07, p.591-594 ; Rapport de H.

68 J. PÉLISSIER s'offusque d'une telle solution dans la mesure où elle ne s'imposait pas. Il rappelle, à ce titre, que *« le droit exige habituellement plus de rigueur »* puis souligne que cette construction jurisprudentielle qui a essentiellement pour but d'assurer la protection des droits des salariés *« rend confuse la règle juridique »* [235].

Partageant entièrement cette opinion, nous pensons qu'**il est souhaitable de voir évoluer la qualification de démission**. Certes, une délimitation étroite de la catégorie démission est très favorable au salarié, partie la plus faible au contrat de travail. Mais, selon nous, une objectivation des critères de qualification aurait deux principales vertus.
D'une part, elle permettrait de sortir de l'impasse juridique de la qualification de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié.
D'autre part, une telle évolution garantirait davantage de sécurité juridique aux parties contractantes. En effet, en raison de l'appréciation souveraine des juges du fond pour chaque cas d'espèce, il est difficile pour les partenaires d'un contrat de travail de savoir au moment de la rupture comment celle-ci sera qualifiée par les juges, même en présence d'une démission « classique ». Ceci découle principalement du fait que la jurisprudence accorde une place particulièrement importante à la notion de manifestation de volonté non équivoque du salarié. Or, nous l'avons vu, cette notion a un contenu malléable, extensible.

C - La perspective souhaitable d'une évolution des critères de qualification

Nous l'avons précédemment exposé, la Cour de cassation requiert depuis fort longtemps les critères d'une manifestation de volonté à la fois libre, sérieuse et non équivoque pour retenir la qualification de démission. .

GOSSELIN, Conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation, *RJS* 7/07, p.603-605 ; *RJS* 7/07, n°823 ; *RPDS*, juillet 2007, p.237, note M. CARLES : *« La démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail ;* ***lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture*** *qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou, dans le cas contraire, d'une démission ».*
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 30 mai 2007 (2 arrêts), n°05-45.583 et 05-42.863, *RJS* 8-9/07, n°923.

[235] J. PÉLISSIER, note sous Cass. soc., 25 juin 2003, *D.* 2003, n°35, jurisprudence, p.2396.

Cette exigence est bien évidemment destinée à une plus grande protection du salarié. Mais, aujourd'hui, elle n'est pas sans poser d'importants problèmes pratiques tenant tant à l'incertitude juridique à laquelle sont confrontées les parties face à une démission, voire à une prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié.

Plusieurs solutions sont envisageables pour mettre fin aux problèmes soulevés par les présents critères de qualification de démission.
Une première consiste à remettre au goût du jour la distinction du critère de l'initiative de celui de l'imputabilité (1°).
Une autre solution, celle qui a notre préférence, consiste en une évolution de la qualification de démission (2°).

1° - Le retour à l'ancienne distinction entre initiative et imputabilité de la rupture[236]

Le Code du travail présente, en son article L. 122-4, la règle suivante : *« Le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser* ***à l'initiative*** *d'une des parties contractantes »*. Ce texte fait de l'initiative le critère de qualification de la rupture.
Mais, la construction du régime jurisprudentiel relatif à la qualification de démission a montré les limites d'un tel critère. La partie contractante qui a pris l'initiative de la rupture du contrat de travail n'est pas toujours celle qui doit en porter la responsabilité.

C'est la raison pour laquelle la jurisprudence avait créé une distinction entre l'initiative et l'imputabilité de la rupture (a). Mais une telle différenciation laisse subsister certaines imperfections (b).

---

[236] À ce propos lire les documents suivants :

- X. BLANC-JOUVAN, « Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement », *Dr. soc.* 1981, p.207
- P. CHAUMETTE, « Réflexions sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail », *D.* 1986, chronique, p.68-72.
- D. ARLIE, « Réflexions sur l'initiative et l'imputabilité en matière de cessation des relations de travail », *Petites Affiches* du 21 décembre 1990, n°153, p.22 – 30.

a - Présentation du dispositif

69 Dans la méthode de distinction mise en place par la jurisprudence à la fin des années soixante-dix [237], ce qui importe est de déterminer le responsable de la cessation du lien contractuel. C'est l'imputation [238] à une partie de la cause de la rupture du contrat qui, seule, permet l'opération de qualification. Dans ce système, l'initiative [239] ne commande que l'application des règles de forme.
De cette manière, si la rupture intervient du fait du salarié mais en raison du comportement fautif de l'employeur, la séparation est qualifiée de rupture imputable à l'employeur [240]. C'est cependant le régime du licenciement qui trouve à s'appliquer.

Avec ce mode de raisonnement, la qualification de la rupture n'intervient plus avant l'examen des responsabilités, mais postérieurement. Et précisément, la responsabilité est appréciée par les juges à l'aune du régime du licenciement ou de la démission.
Puis, **une fois établie l'imputabilité de la cause de la rupture, celle-ci reçoit sa qualification juridique**.

Ce procédé jurisprudentiel a connu un étiolement [241], et notamment dans le domaine de la démission. Dorénavant, la Cour de cassation ne distingue plus entre les deux notions

---

[237] Cass. soc., 24 octobre 1979, *Bull. civ.*, V, n°779, p.577 : *« L'initiative de la rupture est distincte de son imputabilité »*.

[238] ◆ Imputation : Fait d'imputer quelque chose à quelqu'un afin de lui en faire grief, de lui attribuer un acte à lui reprocher : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2005.

◆ Imputabilité : Caractère de ce qui peut être mis au compte d'une personne comme une faute, en raison que cette personne jouit d'une volonté libre et consciente ou, plus généralement, comme un fait à sa charge, en raison de ce que ce fait provient bien de sa part et non d'une cause étrangère : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2005.

[239] Initiative : Action de celui qui est le **premier** à proposer, entreprendre, organiser quelque chose.

[240] Voir par exemple : Cass. soc., 10 avril 1991, *RJS* 6/91, n°690 : *« **L'employeur peut se voir imputer la rupture du contrat de travail** lorsque, par son fait, il a rendu impossible pour le salarié la poursuite dudit contrat et contraint celui-ci à la démission »*.

[241] La notion de rupture imputable au salarié a été refoulée en différents domaines : L'accident du travail ou la maladie professionnelle (Loi n°81-3 du 7 janvier 1981) ; La maladie prolongée du salarié (Cass. soc., 21 avril 1988, *Bull. civ.* V, n°250 ; *D.* 1988, sommaires commentés, p.322, obs. A. LYON-CAEN *; Dr. soc.*

d'initiative et d'imputabilité. Elle préfère directement qualifier l'acte, voire le requalifier si nécessaire, en énonçant, par exemple, que : *« Constitue un licenciement et non une démission, la rupture du contrat résultant de l'attitude de l'employeur qui rend impossible la poursuite du contrat de travail »* [242].

70 Pour autant, l'idée d'un retour à l'ancienne distinction entre initiative et imputabilité est apparue face au problème de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié [243].

Ainsi, J.-E. RAY écrivait en janvier 2003 que *« le juge doit d'abord s'interroger sur la réalité de la modification du contrat de travail ou sur l'éventuel manquement aux obligations contractuelles évoquées par le demandeur avant d'imputer la responsabilité de la rupture à l'employeur »* [244]. De la sorte, si l'exactitude des griefs est prouvée, alors la démission doit être disqualifiée. À l'inverse, si les reproches s'avèrent erronés, l'employeur doit être mis hors

---

1989, p.244 avec la chronique de J. BARTHÉLÉMY et Cass. soc., 19 mai 1988, *D.* 1989, sommaires commentés, p.169, obs. J. PÉLISSIER) ; l'inaptitude physique à l'emploi (Cass. soc, 29 novembre 1990, *Bull. civ.* V, n°600 ; *Dr. soc.* 1991, p.115, obs. J. SAVATIER ; *D.* 1991, p.339, note N. DECOOPMAN ; *RJS* 1/91, n°11) ; ou encore le refus d'une modification non substantielle du contrat de travail (aujourd'hui changement dans les conditions de travail).

[242] Cass. soc., 2 avril 2003, n°01-41.494, *TPS* juin 2003, n°215, p.12.

Dans le même sens, voir : ◆ Cass. soc., 24 avril 2003, *RJS* 7/03, n°857 : *« Du fait du manquement délibéré et renouvelé de l'employeur à une obligation résultant pour lui du contrat de travail,* ***la rupture du contrat de travail lui était imputable et s'analysait en un licenciement*** *sans cause réelle et sérieuse »*.

◆ Cass. soc., 18 juin 2003, *Semaine Sociale Lamy* du 30 juin 2003, n°1129, p.15 : *« La démission avait été provoquée par l'employeur ; ce dont il résultait qu'elle ne procédait pas d'une manifestation de volonté claire et non équivoque et que la rupture du contrat de travail* ***s'analysait en un licenciement*** *sans cause réelle et sérieuse »*.

◆ Cass. soc., 11 janvier 2006, n°04-41.522, *CSBP*, juillet – août 2006, n°182, S 308, obs. H. GILLIER : *« Le non-paiement de la totalité du salaire dû à un salarié constitue une faute de l'employeur justifiant la démission de son emploi par le salarié et constituant de la part de l'employeur un licenciement sans cause réelle et sérieuse »*.

[243] P.-Y. VERKINDT, « Démission motivée = licenciement sans cause réelle et sérieuse : l'équation infernale », *Bulletin d'actualité Lamy social*, n°167, mars 2003.

[244] J.-E. RAY, « Le droit à l'autolicenciement ? », *Liaisons sociales magazine*, janvier 2003, p.53.

de cause et la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail qualifiée de démission car imputable au salarié.

71 Nous l'avons vu, telle n'est pas la solution retenue par les arrêts de principe du 25 juin 2003. Dans ces décisions, la Chambre sociale de la Cour de cassation refuse simplement de qualifier la prise d'acte de la rupture. Elle ne l'assimile à la démission ou au licenciement qu'en ce qui concerne les effets.
Si nous reprenons, cependant, la distinction classique entre initiative et imputabilité, nous comprenons que la question de l'initiative est rapidement tranchée puisque c'est le salarié qui met en œuvre la prise d'acte. Quant à l'imputabilité, elle ne sert, dans cette perspective, qu'à déterminer le régime applicable.

M. FROUIN souligne alors que l'inconvénient d'une telle solution est *« d'abandonner aux juges du fond la détermination, au cas par cas, de l'imputabilité de la rupture avec les risques de divergences de jurisprudence qui* [peuvent] *en résulter »* [245].

En outre, si cette solution est adaptée au problème de la prise d'acte de la rupture par le salarié suite à la modification imposée de son contrat de travail ou encore suite au comportement fautif de l'employeur, elle ne résout pas, en revanche, la difficulté relative à la flexibilité de la notion de « manifestation non équivoque de volonté » en présence d'une démission « classique ». C'est la raison pour laquelle, une amélioration du dispositif traditionnel est suggérée.

b - La possible amélioration du dispositif

72 N. HAUSER-COSTA envisage, dans sa thèse, une nouvelle approche de la démission. Et ce, à travers les concepts d'initiative et d'**imputabilité psychologique** [246]. Selon elle, l'imputabilité psychologique, définie comme la capacité d'un individu à vouloir et à comprendre son acte, constitue un concept qui permet de toucher la volonté du salarié, tout en autorisant la distinction entre son existence et ses qualités.

---

[245] J.-Y. FROUIN, « Existe-t-il un droit à l'autolicenciement du salarié ? Bilan jurisprudentiel et perspectives d'évolution », *Semaine Sociale Lamy* du 22 avril 2003, n°1119, p.8.

[246] N. HAUSER-COSTA, *La qualification de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée en droit comparé franco-italien*, thèse, université Nancy II, 2000, p.214-219.

En effet, l'imputabilité psychologique permettrait, tout d'abord, de savoir si la personne, en l'occurrence le salarié, a compris son acte (ce qui revient à s'intéresser aux qualités de sa volonté). Il s'agit de déterminer s'il ne s'est pas trompé ou s'il n'a pas été trompé. Cette recherche de l'imputabilité psychologique correspondrait aux réponses qu'apporte actuellement la mise en œuvre de la théorie des vices du consentement dans la démission.

Mais, selon N. HAUSER-COSTA, l'intérêt majeur du recours à la notion d'imputabilité psychologique, pour déterminer si le salarié est effectivement l'auteur de la rupture du contrat, se situerait en réalité à un autre niveau. Elle permettrait de n'imputer la rupture à son auteur que s'il l'a voulue. Appliqué à la démission, cet élément traduirait précisément la recherche chez le salarié de sa volonté de mettre fin au contrat. Aujourd'hui, c'est la notion de démission non équivoque qui est utilisée pour répondre à cette question.

Grâce à ce critère d'imputabilité psychologique, Mme HAUSER-COSTA pense que les magistrats disposeraient d'un outil unique adapté à tous les problèmes soulevés par la qualification de démission en permettant de ne faire supporter au salarié la rupture du contrat de travail que dans la mesure où il a effectivement voulu y mettre un terme.

Bien que la démonstration soit séduisante, nous ne partageons pas l'enthousiasme de Mme HAUSER-COSTA pour le recours aux concepts d'initiative et d'imputabilité psychologique. En effet, nous croyons que la mise en œuvre pratique de ces critères ne modifiera en rien la casuistique jurisprudentielle existante aujourd'hui à propos de la notion de « manifestation non équivoque de volonté ».
C'est la raison pour laquelle nous envisageons la modification de la définition juridique de la démission.

2 °- La création d'un nouveau système de qualification

73 Aujourd'hui, la définition jurisprudentielle de la démission est extrêmement étroite. Nous avons vu que la démission s'entend de la volonté à la fois libre, sérieuse et non équivoque du salarié de mettre fin au contrat de travail. La conséquence est qu'il n'y a démission que lorsqu'elle est exprimée comme telle par le salarié. Tout autre acte du salarié, même tendant à mettre fin au contrat de travail (comme la prise d'acte) ou toute démission assortie d'une quelconque réserve n'est pas juridiquement une démission en raison du caractère équivoque qui s'y attache. Aussi, en cas de contestation, le juge ne peut qu'écarter *a*

priori, avant tout débat, la qualification de démission toutes les fois qu'il y a la moindre équivoque quant à l'intention du salarié.

Nous avons expliqué auparavant les raisons de cette définition très étroite de la démission. Mais, comme le souligne J.-Y. FROUIN, nous sommes *« peut-être allés trop loin en calquant les conditions juridiques de la démission sur celles, logiquement très strictes mais pour des raisons qui lui sont propres, de la renonciation à un droit (volonté claire et non équivoque), alors que la démission est d'abord l'exercice d'un droit (même si elle implique renonciation à un droit). Or, s'agissant de l'exercice d'un droit, ce qui importe, c'est que l'acte qui l'exprime procède d'une volonté sérieuse (= réelle, certaine) et libre »* [247].
Dès lors, nous proposons de modifier la définition juridique de la démission [248].

Selon nous, l'évolution de la définition de la démission doit être menée de front par deux moyens complémentaires.
Tout d'abord, il faut ériger au rang de principe le critère de l'initiative de la rupture (a). Ensuite, ce mode de raisonnement risquant d'être trop strict et peu protecteur du salarié, il faut modifier la définition de la démission en mettant en exergue l'exigence civiliste de « volonté sérieuse et libre » (b).

a - La création d'une présomption basée sur le critère de l'initiative de la rupture

74 Avant la loi du 13 juillet 1973 [249], le Code du travail disposait en son article L. 122-4 que le contrat de travail pouvait *« cesser **par la volonté** d'une des parties contractantes »*. Dorénavant, nous l'avons vu, le Code présente la règle suivante : *« Le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser **à l'initiative** d'une des parties contractantes »*.
Si un tel changement terminologique n'a suscité guère de commentaires, il nous semble

[247] J.-Y. FROUIN, « Existe-t-il un droit à l'autolicenciement du salarié ? Bilan jurisprudentiel et perspectives d'évolution », *Semaine Sociale Lamy* du 22 avril 2003, n°1119, p.9.

[248] Dans le même sens, voir : J. MOULY, « Démission ou licenciement : une alternative très convenable – Propos critiques sur un revirement : Cass. soc., 25 juin 2003 », *Dr. soc.* 2004, p.90-99.

[249] Article 24b de la loi.

pourtant ne pas être anodin. En effet, ce texte fait de l'initiative le critère de qualification de la rupture.

La jurisprudence a considéré, pour sa part, qu'un tel critère était trop restrictif pour permettre de qualifier correctement l'acte du salarié. La partie contractante qui a pris l'initiative de la rupture du contrat de travail n'étant pas toujours celle qui doit en porter la responsabilité. C'est pourquoi, la Haute Cour a préféré avoir recours à l'ancienne formulation de l'article L. 122-4 du Code du travail, également présente à l'article 1780 du Code civil : elle s'attache à la manifestation de volonté du salarié et non plus seulement à l'initiateur de la rupture.

Il nous semble pourtant indispensable que la Cour de cassation applique à la lettre la formulation de l'article L. 122-4 du Code du travail et ne s'intéresse qu'à l'auteur de la rupture pour qualifier celle-ci. Elle doit mettre sa jurisprudence en accord avec le texte de loi.

Ainsi, selon nous, **par principe, toute rupture à l'initiative du salarié doit être qualifiée de démission**.

Cette présomption présente l'avantage d'écarter la prise d'acte de la rupture de son contrat par le salarié.
Comme nous l'avons exposé auparavant, une telle prise d'acte ne présente, selon nous, aucune assise légale en droit commun des obligations. Il ne s'agit que d'un droit que le contractant salarié s'est arrogé. N'ayant aucune base juridique, ce droit de prendre acte de la rupture doit, en conséquence, être écarté du paysage de la cessation des relations contractuelles de travail. Et ce, tant pour l'employeur que pour le salarié.

Dès lors que le salarié entend mettre fin à son contrat de travail conclu sans détermination de durée, il doit être regardé comme démissionnaire. Peu importe la forme que prend cette initiative. Il peut être question d'une lettre par laquelle le salarié informe son employeur de sa décision de partir en raison, par exemple, de salaires dus non payés ou encore de la modification du contrat de travail qui lui est imposée en dépit de son refus. Mais, il peut également s'agir d'un simple comportement du salarié, par exemple, un abandon de poste suivi d'une contestation de la nature de celle-ci devant les prud'hommes.

Chaque fois que le salarié a décidé que le contrat est rompu, c'est lui qui en est l'auteur. Il est donc démissionnaire. Et ce, conformément aux termes de l'article L. 122-5 du Code du travail.

Cette présomption de qualification qui responsabilise le salarié paraît cependant particulièrement restrictive et peu respectueuse des droits et libertés des salariés. C'est pourquoi, elle doit être atténuée par une application favorable de l'exigence civiliste d'une volonté réelle et libre de rompre.

b - L'application de la théorie civiliste : une volonté réelle et libre

75 La volonté manifestée par une partie n'a de signification et ne peut donc l'obliger que si elle est réelle, libre et consciente. À défaut, il s'agit d'une simple déclaration de volonté sans contenu véritable, à laquelle notre droit refuse d'attacher un effet créateur d'engagements.
Deux séries de dispositions assurent dans le Code civil le respect et le contrôle de cette exigence : certaines concernent le cas du trouble mental (article 489 et 489-1) ; les autres organisent ce qu'il est convenu d'appeler la théorie des vices du consentement.

La volonté réelle est *« la volonté qui tend vraiment à la rupture, par opposition à celle exprimée sur un coup de tête ; et la volonté libre est celle qui n'est pas contrainte »* [250].

Le Code civil définit trois catégories de vices du consentement à l'article 1109 et suivants : l'erreur, le dol et la violence.
Comme nous l'avons montré antérieurement, il existe peu de cas de dol ou d'erreur en matière de cessation du contrat de travail. Les principales espèces concernent la violence et essentiellement la violence morale.

Les arrêts rendus avant 2002 en matière de démission doivent, selon nous, perdurer sur la même ligne directrice. **Les juges du fond ont le pouvoir souverain de décider si l'acte du salarié a bien été pris de façon libre**, si la volonté du salarié de démissionner n'était pas viciée. Pour ce faire, ils doivent procéder, à l'instar du droit commun, à une double analyse.

En premier lieu, les juges du fond doivent analyser la situation psychologique de la personne qui déclare que son consentement a été vicié. La question est ici de savoir si le consentement du salarié a été donné correctement. Existe-t-il un vice du consentement ? Et si

---

[250] J.-Y. FROUIN, « Existe-t-il un droit à l'autolicenciement du salarié ? Bilan jurisprudentiel et perspectives d'évolution », *Semaine Sociale Lamy* du 22 avril 2003, n°1119, p.9.

oui, celui-ci a t-il été déterminant dans l'acte exercé par le salarié, à savoir quitter l'entreprise ?

En second lieu, les juges doivent examiner l'attitude de l'autre partie, regarder si elle a été ou non de bonne foi. Présentement, les juges s'attachent à étudier la bonne foi de l'employeur. Bonne foi qui, rappelons-le, est une notion qui a été intégrée par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 à l'article L. 120-4 du Code du travail [251]. Il faut, selon nous, exploiter le potentiel de cet article pour déterminer si la démission du salarié résulte d'une volonté libre.

De cette manière, si après examen *in concreto* des conditions dans lesquelles la démission a été donnée, il s'avère que celle-ci n'a pas été délivrée librement car ayant à son origine un manquement contractuel de l'employeur, les juges du fond pourront sanctionner ce dernier. Si nous nous conformons au droit commun des obligations, les magistrats devraient alors condamner l'employeur au versement de dommages et intérêts. Plus vraisemblablement, si nous nous référons à la sanction retenue classiquement en droit du travail, les juges requalifieront la démission. Et ce, qu'il s'agisse d'un manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles, d'une modification unilatérale du contrat de travail du salarié ou encore d'une pression exercée sur le salarié pour qu'il quitte l'entreprise. La requalification s'orientera ainsi, à titre de sanction, vers la catégorie « licenciement ».
À l'inverse, lorsque aucune inexécution contractuelle ne peut être instruite, l'acte par lequel le salarié a entendu mettre fin au contrat de travail doit être qualifié de démission.

76 L'avantage de ce raisonnement est relevé par J.-Y. FROUIN : *« en restituant au juge une certaine marge d'appréciation, il tend à responsabiliser davantage le salarié en lui faisant assumer un certain risque quand il prend l'initiative d'une rupture, sans pour autant remettre en cause la règle selon laquelle la démission ne saurait procéder que d'une volonté libre et réelle qui est conforme au droit commun des obligations »* [252].

Certains objecteront que cette solution (tendant à mettre en exergue le critère de l'initiative de la rupture et les notions civilistes de « volonté réelle et libre ») ne répond pas à

---

[251] Article L. 120-4 du Code du travail : *« Le contrat de travail est exécuté de bonne foi »*.

[252] J.-Y. FROUIN, « Existe-t-il un droit à l'autolicenciement du salarié ? Bilan jurisprudentiel et perspectives d'évolution », *Semaine Sociale Lamy* du 22 avril 2003, n°1119, p.9.

toutes les situations et, notamment, qu'elle ne règle pas l'hypothèse d'un abandon de poste par le salarié. En effet, en délaissant son poste, le salarié ne prend pas l'initiative de rompre le contrat de travail. De plus, un tel abandon ne caractérise pas une intention réelle de mettre fin au dit contrat.

Mais, dans une telle situation, il nous semble qu'il appartient à l'employeur d'exercer son pouvoir disciplinaire en mettant en demeure son salarié de reprendre son poste, voire ensuite s'il le souhaite de le licencier.

Notons, toutefois, que la situation est différente si le salarié, qui quitte son poste sans explication, saisit le juge prud'homal pour faire imputer à l'employeur la responsabilité de la rupture. Effectivement, dans ce cas, le salarié est bien à l'initiative d'une rupture et sa volonté de cesser la relation de travail est réelle. Son acte doit subséquemment être qualifié de démission. Ceci n'empêche nullement, ultérieurement, après examen des conditions de la rupture, le juge de le requalifier, à titre de sanction, en licenciement.

77 Au terme de ces développements, une évolution de la définition de la démission nous semble donc fondamentale [253]. En ayant recours au critère de l'initiative ainsi qu'à l'exigence civiliste d'une volonté réelle et libre de rompre, nous pensons que nous recouvrerions davantage de clarté et de rigueur juridique. En effet, **les motifs qui déterminent la volonté de démissionner n'ont pas d'incidence sur la qualification de l'acte**. Ni le fait que le salarié fonde la démission sur des reproches qu'il adresse à l'employeur, ni le fait que ces reproches ne soient, au final, pas fondés ou guère sérieux, ne sont des obstacles à la qualification de démission.

Autre chose est que le consentement du salarié ait été surpris. En ce cas, l'acte a encore la nature première d'une démission mais le juge pourra sans hésitation décider que la rupture du contrat de travail doit être requalifiée en « licenciement » et recevoir subséquemment application de son régime.

---

[253] En ce sens également, voir : ◆ J. MOULY, « Démission ou licenciement : une alternative très convenable – Propos critiques sur un revirement : Cass. soc., 25 juin 2003 », *Dr. soc.* 2004, p.90-99.

◆ S. VERNAC, « Variations autour de la prise d'acte », *RDT* mars 2007, p.161.

Ainsi, la démission pourrait être définie comme **l'acte juridique unilatéral par lequel le salarié met unilatéralement fin au contrat de travail à durée indéterminée. Celui-ci doit résulter d'une volonté réelle et libre.**

La notion actuelle de « manifestation de volonté non équivoque » disparaît donc de la définition que nous proposons car étant source d'incertitude juridique.

En outre, cette définition rénovée permet de clore le débat ouvert en 2002 par la Cour de cassation à propos de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié. En effet, depuis son arrêt du 26 septembre 2002 [254], la Chambre sociale se trouve prisonnière de la définition étroite actuelle de la démission. Dans la mesure où la démission n'est qualifiée ainsi qu'en présence d'une manifestation de volonté à la fois libre, sérieuse et non équivoque, la Cour de cassation ne peut que constater qu'un acte par lequel le salarié rompt son contrat de travail tout en reprochant à l'employeur de ne pas avoir respecté ses obligations contractuelles ne constitue pas une démission. Et ce, dans la mesure où un tel acte est équivoque.

La Cour de cassation s'est alors vue contrainte de bâtir (non sans mal), au fil des arrêts, un régime applicable à ce mode de rupture *sui generis* qu'est la prise d'acte de la rupture par le salarié. Selon nous, tout cela aurait pu être évité et peut encore faire l'objet d'un changement en retirant purement et simplement la notion de « manifestation de volonté non équivoque » des critères de qualification de la démission.

78 De cette façon, si nous appliquons la définition que nous proposons à la prise d'acte de rupture par le salarié ou à la plupart des démissions circonstanciées qui invoquent un fait ou un manquement de l'employeur, nous constatons que l'initiative de la rupture émane bien du salarié. Initiative qui prend soit la forme d'une lettre circonstanciée, soit la saisine du juge prud'homal. En conséquence, **la prise d'acte doit être qualifiée de démission** [255].

---

[254] Cass. soc., 26 septembre 2002, n° 00-41.823, *CSBP* 2002, n°145, S 448, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 2003, n°6, sommaires commentés, obs. J. PORTA, p.386 ; *RJS* 11/02, n°1210 ; *TPS*, décembre 2002, n°370, p.15.

[255] En ce sens, voir : ◆ J. PÉLISSIER, note sous Cass. soc., 25 juin 2003, *D.* 2003, n°35, jurisprudence, p.2398 : *« Il est indispensable d'affirmer clairement que la prise d'acte de la rupture qui intervient dans de telles conditions est une démission »*.

◆ G. AUZERO, note sous Cass. soc., 9 mai 2007, *RDT* juillet/août 2007, p.454 :

Assurément, nous pensons, contrairement à d'éminents auteurs, que **la prise d'acte de la rupture par le salarié de la rupture de son contrat de travail ne doit constituer qu'une subdivision de la catégorie « démission » et non un mode de rupture autonome**. La prise d'acte de la rupture ne forme, selon nous, rien d'autre qu'une démission motivée par des griefs retenus à l'encontre de l'employeur. Ce faisant, nous recouvrons la rigueur juridique exigée en matière de qualification de la rupture.

En effet, en présence d'une prise d'acte de la rupture par le salarié de son contrat de travail, il y a bien souvent une intention réelle, certaine du salarié de rompre la relation professionnelle. Si le salarié n'avait eu comme dessein que de faire respecter son contrat de travail, il aurait engagé une action contre son employeur tendant à l'exécution du contrat de travail.

Enfin, si le salarié ne parvient pas à prouver que sa volonté de mettre fin à la relation de travail a été contrainte, la prise d'acte conservera la qualification de démission. À l'inverse, si le salarié démontre, par exemple, que la violence dont il a été l'objet de la part de son employeur a été déterminante dans sa démarche consistant à prendre acte de la rupture de son contrat de travail, la démission sera jugée altérée et, ouvrira droit subséquemment, à des dommages et intérêts ou, plus vraisemblablement sera requalifiée par les juges. Requalification qui aura pour but de sanctionner l'employeur fautif puisqu'elle se dirigera vers la catégorie « licenciement » afin d'y appliquer le régime adjoint.

79 Au terme de ces commentaires, nous estimons donc que **la prise d'acte, mode de rupture sans régime juridique propre, ne doit pas trouver de place dans le paysage des ruptures du contrat de travail**. Si un tel mode de résiliation unilatérale peut se révéler tout à fait adapté et nécessaire en cas d'inexécution dans les contrats commerciaux, et particulièrement dans les contrats internationaux car satisfaisant aux exigences de simplicité et de rapidité, il nous semble ne pas en être de même en matière de contrat de travail. Au contraire, la prise d'acte de la rupture d'un contrat de travail implique un recours accru au

---

« La démission n'a jamais cessé d'être une démission […] Nul besoin de passer par le truchement d'une « analyse » de la démission en prise d'acte de la rupture ».

juge [256], sans par ailleurs faciliter la rupture pour le salarié lésé puisque la démission constitue déjà un acte unilatéral souple.
Acte de liberté dont la qualification peut et doit d'ailleurs progresser.

Nous avons exposé les solutions envisageables en ce sens.
Il peut, tout d'abord, s'agir d'un retour à l'ancienne différenciation entre « initiative » et « imputabilité » de la rupture, c'est à dire à une distinction qui, par delà l'auteur apparent de la rupture, s'applique à en rechercher le véritable auteur. Distinction qui a été abandonnée progressivement par la jurisprudence.
L'autre solution, et c'est celle qui a notre préférence, consiste à rénover la définition de la démission. Il s'agit alors de **différencier la qualification de démission de sa validité**. Dès lors que le salarié prend l'initiative de rompre unilatéralement le contrat de travail à durée indéterminée le liant à son employeur, nous sommes en présence d'une démission. Ensuite, il appartient aux juges saisis d'un litige à ce propos de vérifier que le salarié a bien réellement voulu démissionner et que cette volonté n'a pas été provoquée par l'employeur. En l'absence d'une telle volonté, la démission n'est pas valable et ouvre droit à des dommages et intérêts voire doit être requalifiée, à titre de sanction de l'employeur, en licenciement.

80 Mais, selon nous, la définition n'est pas le seul aspect qui doit subir une transformation en matière de démission. Aujourd'hui, en raison des récentes évolutions de la jurisprudence et dans l'intérêt des salariés, il paraît opportun de s'interroger, en sus de l'évolution de la qualification de démission, sur l'instauration d'un formalisme obligatoire en matière de démission. C'est ce que nous proposerons, de manière détaillée, dans la deuxième partie de notre thèse relative à l'évolution du régime de la rupture.

Pour l'heure, intéressons-nous dorénavant à l'exercice par l'employeur de sa faculté de résiliation unilatérale du contrat de travail.

[256] Ce qui fait écrire à J.-E. RAY que *« les juges n'auront donc pas à se plaindre dans les années qui viennent du surcroît de travail qu'ils ont eux-mêmes créé »* in « La démission est morte : vive l'autorupture ! », *Liaisons sociales magazine*, septembre 2007, p.67.

Section 2 - La qualification de résiliation unilatérale du contrat de travail par l'employeur

81 Le législateur et les partenaires sociaux se sont efforcés, régulièrement, de mettre en place un certain nombre de garanties pour les salariés, singulièrement à l'occasion de la rupture du contrat de travail. C'est ainsi que s'est construit, par strates nombreuses et successives, le droit du licenciement. Or, ce droit protecteur, qui n'a cessé de se consolider au fil des ans, se trouve subordonné à la qualification de « licenciement ».
Si la rupture du contrat de travail résulte d'une autre technique juridique, alors le régime du licenciement se trouve théoriquement éludé. C'est dire si la détermination du ou des critères de qualification de licenciement est primordiale.

Étymologiquement, le terme « licenciement » date de 1569 et vient du verbe « licencier » [257] qui signifie renvoyer, révoquer, destituer.
Par application aux relations de travail, le terme de « licenciement » signifie priver de son emploi, de sa fonction.

Le licenciement peut donc, de façon élémentaire, être défini comme l'exercice par l'employeur de son droit de résiliation unilatérale d'un contrat de travail à durée indéterminée. Il ne peut, en conséquence, se rencontrer en présence d'un contrat de travail à temps (§1). Mais, même en présence d'un contrat de travail conclu pour une période indéterminée, la définition n'a pas toujours été aussi réductrice (§2).

§ 1 - La qualification de la résiliation par l'employeur d'un contrat de travail à durée déterminée

82 L'article L. 122-3-8 du Code du travail énonce que *« sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure »*. Ainsi, les modes habituels de rupture du contrat de travail à

[257] « *Licentiare* » en latin médiéval.

durée indéterminée sont exclus ici. Il en va donc de la sorte pour la résiliation unilatérale par l'employeur.

Cette exclusion se justifie au regard de l'article 1780 du Code civil. Ce texte prohibe les engagements à vie afin d'empêcher un retour au servage. Il se montre donc inutile dans un contrat de travail à durée déterminée où le risque d'aliénation durable ou perpétuelle est annulé par la fixation du terme ou de la fin de la tâche.

Ainsi, en dehors d'un accord amiable, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être révoqué par l'employeur qu'en cas de faute grave du salarié ou de force majeure.
Mais, même dans ces hypothèses, **la rupture ne reçoit pas la qualification de « licenciement » mais celle de rupture anticipée du contrat de travail**. Et lorsqu'une telle rupture anticipée à l'initiative de l'employeur est injustifiée, ce n'est pas le droit du licenciement qui trouve à s'appliquer mais des règles spécifiques au contrat de travail à durée déterminée. Il appartient notamment aux tribunaux de fixer le montant des dommages et intérêts [258] que devra verser l'employeur pour réparer le préjudice subi par le salarié lésé et dont le montant ne peut être inférieur aux rémunérations qu'il aurait perçues s'il avait travaillé jusqu'au terme du contrat [259]. Il s'agit effectivement d'une réparation forfaitaire minimum

---

[258] Les dommages et intérêts alloués au titre de cette rupture ne se cumulent pas avec les indemnités ASSEDIC éventuellement perçues par le salarié pendant la période résiduelle du CDD : Cass. soc., 14 janvier 1997, *Bull. civ.*, V, n°15 ; *CSBP* 1997, n°88, A 16 ; *D.* 1998, sommaires commentés, p.239, note D. MOREL ; *Dr. soc.* 1997, p.315, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 2/97, n°188.

Solution confirmée par : ◆ Cass. soc., 5 mars 1998, *CSBP* 1998, n°100, S 73 ; *RJS* 1998, p.319, n°509.

◆ Cass. soc., 3 février 1999, *CSBP* 1999, n°109, S 192, obs. F.-J. PANSIER.

◆ Cass. soc., 15 octobre 2002, *JCP*, E, 31 juillet 2003, jurisprudence, 1162, p.1296, note L. PERU-PIROTTE ; *TPS*, janvier 2003, n°4, p.10.

Toutefois, le juge n'est pas autorisé à déduire ces allocations de l'indemnisation minimale forfaitaire. Ainsi, seule l'ASSEDIC est en droit d'obtenir la restitution des indemnités de chômage servies au salarié : Cass. soc., 27 février 2001, *TPS*, mai 2001, n°166, p.15.

Solution confirmée par l'arrêt Cass. soc., 6 juin 2001, n°99-43.095, *CSBP* 2001, n°133, S 393.

[259] Et ce, même si le contrat de travail n'a pas encore reçu de commencement d'exécution lors de la rupture : Cass. soc., 12 mars 2002, n°99-44.222, *RJS* 6/02, n°659 ; *TPS*, juin 2002, n°173, p.10.

Il s'agit d'un revirement de jurisprudence par rapport à Cass. soc., 27 octobre 1993, n°90-41.339, *RJS* 12/93, n°1181.

Confirmation de jurisprudence : ◆ Cass. soc., 26 septembre 2002, n°00-42.581, *CSBP* 2002, n°145, A 61, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 12/02, n°1363 ; *TPS*, décembre 2002, n°369, p.14.

laquelle ne peut subir aucune réduction [260]. Un surplus d'indemnisation pourra éventuellement être accordé si le salarié fait la preuve d'un préjudice distinct [261].
Le seul cas où la rupture peut être qualifiée de licenciement se rencontre lorsque le juge requalifie un CDD en CDI, par exemple quand les conditions de formation ne sont pas respectées. Subséquemment, *« la rupture de la relation de travail s'analyse en un licenciement »* [262].

Nous comprenons donc que la résiliation unilatérale par l'employeur ne peut recevoir la qualification de « licenciement » qu'en présence d'un contrat de travail à durée indéterminée.

§ 2 - La qualification de licenciement

La définition du licenciement semble si communément admise que la loi fondatrice de 1973, venue réglementer le droit de résiliation unilatérale, n'a pas pris la peine de définir plus précisément ce qu'est un licenciement (A). C'est donc la jurisprudence qui, au fil de ses décisions, façonne la notion de licenciement (B). Notion aux contours multiples puisqu'elle recouvre à la fois les hypothèses de licenciement pour motif personnel que celles où c'est un motif économique qui conduit à la rupture. Il convient donc de définir précisément ce que recouvrent ces expressions lourdes de conséquences tant en matière de procédure que de régime applicables (C).

Cependant, avant d'entrer dans de plus longs commentaires, nous devons mettre en évidence dès à présent trois éléments.

◆ Cass. soc., 16 octobre 2002, n°00-46.378, *CSBP* 2003, n°146, S 33, obs. F.-J. PANSIER ; *TPS*, janvier 2003, n°3, p.10.

[260] Cass. soc., 31 mars 1993, *Bull. civ.*, V, n°103 ; *Dr. soc.* 1993, p.596 ; *JCP*, E, 1993, II, 476, note F. TAQUET ; *RJS* 5/93, n°492.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 21 mars 2000, *TPS*, hors série mars 2001, n°45, p.41.

[261] Voir par exemple : Cass. soc., 5 juin 1996, *CSBP* 1996, B 162, p.235.

[262] Voir, par exemple : Cass. soc., 25 mai 2005, *RJS* 8-9/05, n°813.

83 Tout d'abord, pour que nous puissions parler de licenciement, il est indispensable que le contrat conclu soit un contrat de travail. Si le contrat est un contrat de mandat ou un contrat d'entreprise, il est impossible d'appliquer les règles propres au contrat de travail [263]. Ce constat vaut de la formation dudit contrat à sa rupture.
Ensuite, deuxième élément essentiel, il doit s'agir d'un contrat de travail conclu de façon ferme. Cette condition préalable à toute rupture n'est pas toujours évidente, notamment en cas de promesse d'embauche ou de pourparlers entre les futurs contractants [264].
Enfin, si le contrat de travail est bien formé de façon définitive, il convient de s'attacher à la durée de celui-ci. Comme nous l'avons exposé auparavant, le licenciement ne peut être envisagé que si le contrat passé est un contrat à durée indéterminée. Si tel n'est pas le cas, la cessation des relations de travail résultera soit de l'échéance du terme convenu, soit de la rupture anticipée du contrat. Dans ces deux hypothèses, la qualification de la rupture ne pourra être celle de « licenciement ».

Pour la suite de notre rédaction quant à la qualification « licenciement », nous posons maintenant en postulat que toutes ces conditions sont remplies. Dans tous les cas envisagés, la rupture concernera : ▪ un contrat de travail
▪ conclu de manière définitive
▪ sans limitation de durée.

Enfin, nous devons souligner que le licenciement que nous envisagerons ci-après ne concerne pas les salariés soumis à des statuts spéciaux, tels que les marins [265].

---

[263] Sur la difficile distinction entre contrat de travail et contrat d'entreprise, voir notamment l'article de J. BARTHÉLÉMY, « Essai sur la parasubordination », *Semaine Sociale Lamy* du 8 septembre 2003, n°1134, p.6-11.

[264] Pour approfondir ce sujet, voir la chronique de N. HAUSER-COSTA, « La promesse d'embauche », *RJS* 5/97, p.331-340.
Voir également : Cass. soc., 4 décembre 2001, n°99-43.234, *Dr. soc.* février 2002, p.212, obs. J. SAVATIER ; *Liaisons sociales juris. Hebdo* du 13 juin 2002, n°773, p.10 ; *RJS* 2/02, n°136 ; *TPS*, février 2002, n°35, p.8, obs. P.-Y. VERKINDT.

[265] En effet, la notion de licenciement maritime est spécifique.
Pour approfondir ce thème, voir l'article de P. CHAUMETTE, « Rupture unilatérale du contrat d'engagement maritime (à propos de CA Montpellier, 10 juillet 2002, navire Cap Canaille) », *Droit maritime français* 2003, p.627-637.

A - L'absence de définition par la loi fondatrice du 13 juillet 1973

84 L'article L. 122-4 du Code du travail issu de l'article 24*b* de la loi du 13 juillet 1973 est ainsi rédigé : *« Le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes »*.
À la lecture de ce texte, nous comprenons que le licenciement incarne le droit de résiliation unilatérale, tel qu'il est ouvert aux cocontractants par l'article 1780 du Code civil.

Si le terme de « licenciement » n'est pas usité dans le premier article de la loi relatif à la résiliation du CDI, il est en revanche présent dans les dispositions postérieures, notamment :

- Article 24*d* (codifié à l'article L. 122-6 du Code du travail) qui énonce le droit pour le salarié à un délai-congé en cas de *« **licenciement** pour un motif autre qu'une faute grave »*.
- Article 24*g* (codifié à l'article L. 122-9 du Code du travail) : *« Le salarié lié par un contrat de travail à durée indéterminée et qui est **licencié** […] a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité minimum de **licenciement** »*.
- Article 24*l* (codifié à l'article L. 122-14 du Code du travail) : *« L'employeur ou son représentant, qui envisage de **licencier** un salarié doit, avant toute décision, convoquer l'intéressé par lettre recommandée en lui indiquant l'objet de la convocation »*.
- Article 24*m* (codifié à l'article L. 122-14-1 du Code du travail) : *« L'employeur qui décide de **licencier** un salarié doit notifier le licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception »*.
- Article 24*n* (codifié à l'article L. 122-14-2 du Code du travail) : *« L'employeur est tenu […] d'énoncer la ou les causes réelles et sérieuses du **licenciement** »*.
- Article 24*p* (codifié à l'article L. 122-14-4 du Code du travail) : *« Si le **licenciement** d'un salarié survient sans observation de la procédure requise […] le tribunal saisi doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ; si ce **licenciement** survient pour une cause ne répondant pas aux exigences de l'article 24 n, le tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise »*.
- Article 24*q* : *« Les dispositions des articles 24l, 24n et 24p ne sont pas applicables aux salariés qui font l'objet d'un **licenciement** collectif justifié par un motif économique »*.
- Article 24*r* : *« Les dispositions des articles 24l, 24n, et 24p ne sont pas applicables aux **licenciements** opérés par les employeurs qui occupent habituellement moins de onze salariés. […] Les salariés visés aux alinéas précédents peuvent prétendre, en cas de **licenciement***

abusif, à une indemnité calculée en fonction du préjudice subi ».

▪ Article 24*s* : *« Les règles posées au présent paragraphe en matière de* ***licenciement*** *ne dérogent pas aux dispositions législatives ou réglementaires qui assurent une protection particulière à certains salariés ».*

Avant même de nous intéresser au contenu de ces dispositions, ce qui nous saisit à la lecture est le nombre de fois où la loi fait référence au terme « licenciement ». Ce vocable, qui pouvait apparaître insignifiant auparavant, se retrouve cité en pas moins d'une dizaine de circonstances.

Partant de ce constat, il est indéniable que la qualification de licenciement allait prendre un nouvel aspect à partir de 1973.

Or, à la relecture des nombreux articles précités, le juriste n'est pas davantage instruit quant à la signification qu'il faut octroyer à ce « licenciement » si protecteur pour le salarié privé de son emploi.

S'agit-il toujours de la définition primaire que nous livrions préalablement, à savoir l'exercice par l'employeur de son droit de résiliation unilatérale d'un contrat de travail à durée indéterminée ? Le licenciement constitue-t-il toujours le geste individuel de l'employeur contractant qui se libère d'un accord qui ne lui convient plus ?

Ces interrogations ne discernant pas leurs réponses dans le texte législatif sont parvenues jusqu'aux juges prud'homaux. Ceux-ci, grâce à de nombreuses décisions, ont façonné une définition originale de cet illustre « licenciement ».

B - Une définition bâtie par la jurisprudence

85 Aux yeux du législateur du 13 juillet 1973, le paysage de la rupture du contrat de travail se schématise de la façon suivante : soit la rupture est à l'initiative de l'employeur, et dans ce cas, doivent s'appliquer toutes les garanties légales et conventionnelles prévues au bénéfice du salarié licencié ; soit la rupture est le fait du salarié, et ce dernier est alors privé de toute garantie procédurale et d'indemnisation tant de la part de l'employeur que de celle de l'assurance chômage.

Dans la très grande majorité des cas, cette description sommaire correspond à la réalité. Cependant, si nous étudions plus attentivement le contentieux, nous nous apercevons

que les données du problème sont plus complexes. En pratique, les juges prud'homaux sont confrontés à des situations floues, intermédiaires entre le licenciement et la démission.

Les magistrats du travail doivent alors procéder à un véritable modelage de la notion de licenciement afin d'adapter le droit aux situations concrètes.

Dès lors, la notion unitaire de licenciement va véritablement « éclater » [266]. En effet, interprétant l'article L. 122-4 du Code du travail, les juges vont assouplir la définition traditionnelle du licenciement pour en étendre le domaine d'application et, par conséquent, faire bénéficier le plus grand nombre de la protection enfantée par la loi de 1973.

Cette flexibilité de la notion va tout d'abord s'exprimer de façon duale (1°) pour ensuite se manifester par une conception unitaire (2°).

1° - Une qualification duale

86 C'est en faisant appel à un terme du vocabulaire de la responsabilité civile que les juges du travail dulcifient la qualification de licenciement. Il s'agit de distinguer l'initiative de la rupture du contrat de travail de son imputabilité.
Nous avons approfondi cette séparation très nette entre l'initiative et l'imputabilité de la rupture dans nos développements précédents concernant la qualification de démission. En conséquence, nous ne rappellerons, dans les développements qui vont suivre, que les principales lignes directrices.

La différenciation de l'initiative et de l'imputabilité repose sur le texte même de l'article L. 122-4 du Code du travail qui ne prévoit plus que le contrat de travail conclu sans limitation de durée peut cesser par la volonté d'une des parties contractantes, mais qu'il peut cesser à leur initiative.
La détermination du régime juridique applicable à la rupture se décompose alors, dans ce processus de qualification, en deux étapes : initialement, le juge doit identifier l'auteur, l'initiateur ostensible de la rupture. Ensuite, il lui appartient de préciser le responsable de la rupture afin de faire prévaloir la réalité sur les apparences.

---

[266] L'expression vient de X. BLANC JOUVAN qui n'a pas hésité à intituler de la manière suivante un de ses écrits : « Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement », *Dr. soc.* 1981, p.207-218.

87 Cette démarche de dissociation est mise en œuvre, pour la première fois, à l'occasion de la qualification d'une rupture prononcée à l'initiative de l'employeur au motif de l'inaptitude physique définitive d'un salarié provoquée par le travail.
Dans un arrêt du 15 juin 1977 [267] la Cour de cassation décide que *« l'inaptitude définitive (du salarié) à son emploi, de même que la rupture du contrat qu'elle entraînait, résultant d'un accident du travail, étaient imputables à l'entreprise »*. L'utilisation du mot « licenciement » est ici évitée pour qualifier la rupture. En effet, même si l'employeur constate la fin de la relation de travail, cet acte positif ne correspond pas à la volonté de rompre que recouvre traditionnellement la notion de licenciement.

Puis, la solution est reprise quelques jours plus tard à propos de la prolongation de l'absence pour maladie non professionnelle. Dans un arrêt du 29 juin 1977 [268] la Cour de cassation considère que cette absence de longue durée rend la rupture imputable à la maladie. L'employeur qui prend acte de la rupture en est bien l'initiateur mais non le responsable. Subséquemment, il est tenu d'appliquer les préceptes procéduraux relatifs au licenciement sans pour autant devoir se conformer aux règles de fond instituées en la matière par la loi de 1973.
L'employeur prend donc l'initiative primaire de cesser la relation de travail avec le salarié malade, ce qui impose le respect de l'entretien préalable de licenciement ainsi que la notification de la rupture [269]. Mais, l'imputabilité, problème de fond, est disjointe. L'imputabilité est due à la maladie elle-même ou plus exactement à sa prolongation ou bien encore à sa répétition.

La rupture ainsi constatée est hybride, originale. Elle ne peut être qualifiée de licenciement. Et ce, même si une partie du régime de ce mode de rupture lui est apposée.

---

[267] Cass. soc., 15 juin 1977, *D.* 1978, jurisprudence, p.439, note A. JEAMMAUD.

[268] Cass. soc., 29 juin 1977, *Bull. civ.* V, n°241, p.177 ; *D.* 1978, jurisprudence, p.439, note A. JEAMMAUD.

[269] Relevons, cependant, que d'un point de vue formel, il fallait que l'employeur notifie dans la lettre de licenciement qu'il prenait acte de la rupture et non qu'il procédait au licenciement du salarié, sous peine de devoir en supporter les conséquences pécuniaires.

Étendant cette distinction entre initiative et imputabilité de la rupture, la jurisprudence a pu renommer par le passé, comme nous avons déjà pu le décrire, le départ volontaire du salarié. S'il s'avérait qu'en dépit de l'initiative prise par le salarié, le véritable responsable de la rupture était l'employeur, notamment par exemple en cas de manquement à ses obligations contractuelles, la rupture n'était pas qualifiée de démission mais de rupture imputable à l'employeur et le régime du licenciement était utilisé.

88 Au terme de cette analyse, nous comprenons que l'évolution jurisprudentielle engendrant une déconnexion entre l'initiative et l'imputabilité de la rupture assouplit, corrige la notion de licenciement. Quand bien même l'employeur utilise t-il le droit de résiliation unilatérale qui est le sien dans un contrat de travail à durée indéterminée, la rupture ainsi intervenue n'est pas nécessairement qualifiée de licenciement. Le licenciement n'est plus la manifestation de volonté de l'employeur de rompre le contrat mais, comme l'écrit M. PÉLISSIER, *« la sanction d'une responsabilité objective »* [270].

Sous l'empire de cette méthode duale de qualification, la rupture n'est dénommée licenciement que si, et seulement si, l'employeur en est le responsable. À défaut d'une telle imputation, la rupture intervenue a priori peut prendre l'appellation de « démission », lorsque l'initiative est salariale, ou encore de « rupture non imputable à l'employeur » quand ce dernier est le décisionnaire.
En conséquence, il semble que nous puissions définir, dans ce procédé, le licenciement comme **l'acte juridique unilatéral de l'employeur visant à rompre le contrat de travail qui, de plus, lui est imputable**. À défaut d'une telle imputation à l'employeur de la rupture, la qualification de licenciement est rejetée au profit de celle de prise d'acte de la rupture du contrat de travail par l'employeur.

89 Cette jurisprudence dissociative fut l'objet de diverses critiques doctrinales.
Tout d'abord, il est apparu que la notion d'imputabilité n'est pas très explicite pour le justiciable.

En outre, selon M. ARLIE, *« les qualifications de rupture imputable au salarié ou à l'employeur ont une connotation négative car elles évoquent la notion de faute (ce qui bien*

[270] J. PÉLISSIER, « Observations à propos de la notion de licenciement individuel » in Tendances du droit du travail français contemporain, *Etudes offertes à G.-H. CAMERLYNCK*, Dalloz, Paris, 1978, p.92.

entendu n'est pas exact car l'employeur peut être considéré comme responsable de la rupture sur la base de la notion de risque. En outre, le salarié peut démissionner pour une raison autre que la commission d'une faute. À l'inverse, l'employeur peut trouver dans la faute du salarié la justification de son licenciement) » [271].

Ensuite, la différenciation jurisprudentielle créée conduit à inverser l'analyse de qualification de la rupture. En effet, dans ce procédé, la qualification n'intervient plus avant l'examen des responsabilités mais postérieurement. Ce n'est qu'une fois établie l'imputabilité morale et matérielle de la cause de la rupture que celle-ci recevra sa qualification juridique. Nous aboutissons donc à un schéma d'analyse *a contrario*.
Par principe, en droit, il s'agit d'examiner la responsabilité d'un acte seulement après l'avoir qualifié. Tel est le cas en droit de la responsabilité civile ainsi qu'en droit pénal, domaines où le concept d'imputation est également usité [272]. Ainsi, en matière de responsabilité civile, l'imputabilité ne sert qu'à indemniser un préjudice une fois l'acte fautif qualifié.
En ce qui concerne la rupture du contrat de travail, la notion d'imputabilité est donc détournée de sa finalité. Elle sert directement à qualifier l'acte et non, uniquement comme tel devrait l'être, à indemniser un des cocontractants en cas de faute commise par l'autre.

Une autre critique exposée à l'encontre de la méthode qualificative distinguant entre initiative et imputabilité concerne l'esquive par celle-ci de l'examen judiciaire de la cause réelle et sérieuse de rupture. En effet, comme le souligne M. JEAMMAUD, *« lorsque la Cour de cassation énonce que la rupture est imputable à la maladie prolongée, elle entend que celle-ci en est à la fois le mode de rupture et le motif »* [273].
La protection législative ainsi mise en place successivement en 1973 et 1975 est éludée. Et ce, simplement en écartant la qualification de licenciement. M. JEAMMAUD conclut en conséquence que *« si cette attitude devait persister, le progrès par rapport à la jurisprudence antérieure serait bien timide : l'initiative de l'employeur ne serait décidément que de*

---

[271] D. ARLIE, « Réflexions sur l'initiative et l'imputabilité en matière de cessation des relations de travail », *Petites Affiches* du 21 décembre 1990, n°153, p.26.

[272] Voir la thèse de P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, Université de Paris II, 1982.

[273] A. JEAMMAUD, note sous Cass. soc., 29 juin 1977, *D.* 1978, jurisprudence, p.445.

constater la rupture intervenue malgré lui et d'en aviser le salarié, cette constatation devant simplement avoir lieu dans les formes du licenciement » [274].

De la sorte, si originellement la distinction entre initiative et imputabilité de la rupture a été regardée comme un moyen de lutte contre le détournement patronal des règles du licenciement en faisant prévaloir la réalité sur les apparences, il est apparu au fil des arrêts qu'une telle méthode de qualification n'était pas aussi favorable aux intérêts du salarié qu'elle pouvait y paraître de prime abord. En effet, elle conduisait notamment à priver de toute indemnisation les salariés malades depuis une longue période et en conséquence, à les traiter avec autant de dureté que les salariés fautifs.

La mutation duale de la définition du licenciement est alors progressivement abandonnée par la jurisprudence.

2 °- Le retour à une qualification unitaire

90 La première étape de l'abandon de l'analyse fondée sur la dissociation entre l'initiative et l'imputabilité se situe en matière d'absence pour maladie professionnelle ou d'accident du travail. La loi du 7 janvier 1981 [275] assimile purement et simplement la rupture consécutive à l'inaptitude professionnelle du salarié à un licenciement [276]. Dès lors, il n'est plus possible d'utiliser en la matière la qualification jurisprudentielle de « rupture imputable à l'entreprise ». La qualification de licenciement est restaurée.

91 La deuxième étape intervient dans le domaine de l'inaptitude résultant d'un accident de droit commun ou d'une maladie non professionnelle. Les salariés victimes de telles mésaventures n'étaient pas inclus dans la protection législative de 1981. Ils continuaient, par conséquent, de se voir appliquer les règles anciennes : la rupture résultant de leur inaptitude n'était pas imputable à l'employeur et n'ouvrait aucun droit à indemnité. Progressivement, la jurisprudence se modifie.

---

[274] A. JEAMMAUD, op. cit., p.445.

[275] Loi n°81-3 du 7 janvier 1981 relative à la protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

[276] Article L. 112-32-5 du Code du travail.

C'est d'abord à l'occasion des inaptitudes temporaires à l'emploi que la protection des salariés s'améliore [277]. Puis, la Cour de cassation juge en 1988 que, même lorsque l'inaptitude est définitive, la rupture du contrat de travail constitue un licenciement lorsque cette inaptitude n'est que partielle [278]. Enfin, dans un arrêt rendu le 29 novembre 1990, la Chambre sociale achève l'évolution en décidant que *« la résiliation par l'employeur du contrat de travail du salarié atteint d'une invalidité le rendant inapte à exercer toute activité dans l'entreprise s'analyse en un licenciement qui ouvre droit à l'indemnité légale de licenciement ou, si elle est plus favorable au salarié et si les clauses de la convention ne l'exclut pas, à l'indemnité conventionnelle »* [279].

Ainsi, désormais, lorsque l'employeur met fin aux relations de travail en raison de l'inaptitude du salarié, cette rupture est automatiquement qualifiée de licenciement, quelle que soit l'origine de l'inaptitude (professionnelle ou non professionnelle) et quelle que soit l'étendue de celle-ci (temporaire, définitive, partielle ou totale).

92 Une évolution parallèle et similaire s'effectue en matière de maladie prolongée du salarié.

Le rapprochement entre rupture pour maladie prolongée et licenciement se produit à partir d'un arrêt de la Chambre sociale du 8 octobre 1987 [280]. Dans cette décision, apparaît l'idée que, si la convention collective peut écarter du bénéfice de l'indemnité conventionnelle de licenciement le salarié dont la maladie se prolonge au-delà d'une certaine durée, ce salarié conserve son droit à l'indemnité légale.

L'évolution se précise l'année suivante et prend alors l'aspect d'un véritable revirement.

---

[277]
- Cass. soc., 25 juin 1987, *Jur. soc. UIMM* 1987, p.481.
- Cass. soc., 27 septembre et 15 octobre 1989, *CSBP*, 1989, p.255.

[278]
- Cass. soc., 24 mars 1988, *Bull. civ.*, V, n°206.
- Cass. soc., 9 juin 1988, *Bull. civ.*, V, n°350.

[279] Cass. soc., 29 novembre 1990, *Bull. civ.,* V, n°600 ; *Dr. soc.* 1991, p.115, obs. J. SAVATIER ; *D.* 1991, p.339, note N. DECOOPMAN ; *RJS* 1/91, n°11.

[280] Cass. soc., 8 octobre 1987, *Bull. civ.*, V, n°548.

D'une série d'arrêts rendus par la Cour de cassation à un mois d'intervalle [281], il est possible de déduire que la maladie prolongée du salarié est un motif légitime de licenciement et non plus un terrain d'application de la distinction entre l'initiative et l'imputabilité. L'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat, en prend en même temps la responsabilité et est donc obligé de verser l'indemnité légale de licenciement. Les règles du licenciement, déjà applicables sur le plan de la forme, le deviennent quant au fond.
La dernière étape de l'évolution se situe dans deux arrêts des 13 et 14 juin 1990 [282]. Ces arrêts ne parlent plus ni d'imputabilité ni de responsabilité de la rupture mais reconnaissent simplement que le salarié a été licencié.

Ainsi, à partir du début des années quatre-vingt-dix la Cour de cassation délaisse irrémédiablement sa jurisprudence distinguant entre initiative et imputabilité de la rupture pour y préférer une conception unitaire du licenciement. Désormais, les juges n'évoquent plus de rupture imputable à l'entreprise, à la maladie de longue durée, à l'inaptitude, κτλ. Ils préfèrent énoncer de façon plus radicale que *« la rupture s'analyse en un licenciement »* [283].

La détermination de la responsabilité de la cessation des relations de travail n'est pas supprimée mais elle ne suffit plus pour disqualifier l'acte d'un cocontractant en mode de rupture hybride.
La prise d'acte de la rupture par l'employeur disparaît de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Si l'employeur désire rompre le contrat de travail, il doit procéder au licenciement du salarié et non plus se contenter de constater la fin de la relation contractuelle.

---

[281] ◆ Cass. soc., 21 avril 1988, *Bull. civ.*, V, n°250 ; *D.* 1988, sommaires commentés, p.322, obs. A. LYON-CAEN *; Dr. soc.* 1989, p.244 avec la chronique de J. BARTHÉLÉMY.

◆ Cass. soc., 19 mai 1988, *D.* 1989, sommaires commentés, p.169, obs. J. PÉLISSIER.

[282] Cass. soc., 13 juin 1990 et Cass. soc, 14 juin 1990, *Dr. soc.* 1991, p. 113 sous la chronique de J. SAVATIER, « Le droit aux indemnités de licenciement en cas de rupture du contrat provoquée par l'état de santé du travailleur », p. 109-116.

[283] Voir pour exemple : ◆ Cass. soc, 29 novembre 1990, *Bull. civ.,* V, n°600 ; *Dr. soc.* 1991, p.115, obs. J. SAVATIER ; *D.* 1991, p.339, note N. DECOOPMAN ; *RJS* 1/91, n°11.

◆ Cass. soc, 30 janvier 1991, *Jur. soc. UIMM*, n°536, p.92.

◆ Cass. soc, 29 mai 1990, *Dr. soc*. 1991, p.115, obs. J. SAVATIER.

93 Cette conception unitaire du licenciement est toujours celle en place à ce jour.
Chaque fois que l'employeur prend l'initiative de rompre le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée, la qualification de licenciement est retenue par les juges. L'exercice par l'employeur de son droit de résiliation unilatérale est nécessairement qualifié de licenciement par les tribunaux du travail. Et ce, que le contrat de travail ait commencé à être exécuté ou non [284].

Ainsi, de façon épurée, le licenciement peut être présenté comme **l'acte unilatéral par lequel l'employeur procède à la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée qui le lie au salarié**. Qualification d'ailleurs reconnue de manière identique dans tous les Etats membres de l'Union Européenne [285].

Mais une fois cette qualification donnée à l'acte de l'employeur, encore faut-il savoir de quel type de licenciement il s'agit. En effet, le législateur s'est efforcé de réglementer séparément le licenciement prononcé pour un motif économique et le licenciement émis en raison d'un fait ou d'un comportement inhérent à la personne du salarié. À côté de la qualification de licenciement, s'ajoute la caractérisation catégorielle.

C - Qualification catégorielle

94 Dès lors que l'employeur a manifesté unilatéralement sa volonté de mettre fin au contrat de travail à durée indéterminée, la qualification de licenciement est adoptée.
Il ne s'agit alors que d'une première étape dans la tâche du juge. En effet, la qualification de licenciement ne suffit pas à déduire l'ensemble du régime juridique qui lui est applicable. À

---

[284] ◆ Cass. soc., 2 février 1999, *Bull. civ.*, V, n°52 ; *RJS* 3/99, n°349.

◆ Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-48.182, *CSBP* décembre 2006, n°185, S 485, obs. C. CHARBONNEAU; *RJS* 10/06, n°1036 : *« La circonstance que le contrat de travail a été rompu avant tout commencement d'exécution ne retire pas à cette rupture le caractère d'un licenciement »*.

[285] À ce sujet, voir la bibliographie complète de I. LAURENT-MERLE dans sa thèse *Le licenciement individuel dans les quinze Etats membres de l'Union Européenne*, 1996, Université de Limoges, p.6, note de bas de page n°15.

cette qualification primaire de licenciement, il est nécessaire d'adjoindre la nature de celui-ci. Pour ce faire, il faut se référer à son motif.

Le motif est défini, de façon générale, comme le mobile d'ordre intellectuel, la raison d'agir [286]. En matière de licenciement, le motif s'analyse davantage, selon nous, comme l'exposé des circonstances de fait au vu desquelles l'employeur a pris sa décision de rompre le contrat de travail.

95 Pendant longtemps, un régime unique s'appliquait, peu important les raisons de l'employeur et le nombre de salariés licenciés. La nature du motif était indifférente et aucun effet particulier n'était attaché à cette nature. Ainsi, elle était sans incidence sur l'étendue du contrôle de la légitimité de la décision patronale ou sur la forme de la rupture.

À la sortie de la seconde guerre mondiale, le droit [287] effectue une différenciation entre les motifs de licenciement. Le dirigisme nécessaire à la reconstruction de la France conduit le législateur à soumettre tous les licenciements à autorisation administrative. Mais, interprétant cette exigence, le Conseil d'Etat considère qu'un tel contrôle ne peut s'exercer effectivement qu'en matière de licenciement pour motif économique, en raison de la finalité de l'ordonnance. Les licenciements pour motif personnel, quant à eux, ne devant relever, en cas de litige, que de la seule compétence des tribunaux judiciaires.

Ultérieurement, cherchant à prévenir les licenciements et à assurer le reclassement des salariés privés d'emploi, les partenaires sociaux concluent, le 10 février 1969, l'accord interprofessionnel sur la sécurité de l'emploi, modifié par un avenant du 21 novembre 1974[288]. Ce texte institue notamment une procédure de consultation préalable du comité d'entreprise en cas de licenciements collectifs pour raisons économiques.

En 1973, la loi du 13 juillet vise de manière large le droit de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée. Aucun de ses articles ne définit, ni même ne parle expressément

---

[286] Définition issue du Petit Robert, dictionnaire de la langue française.

[287] Ordonnance du 24 mai 1945.

[288] Le texte de l'accord interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, modifié par l'avenant du 21 novembre 1974 est publié en annexe de l'ouvrage de J. PÉLISSIER, *Le nouveau droit du licenciement*, Sirey, 1980, 2ème édition, Paris, p. 345.

du licenciement pour motif personnel. Le licenciement est envisagé d'une façon générale. Pour autant, la distinction primaire entre motif personnel et motif économique n'a pas disparue. Au contraire, tenant compte du régime particulier organisé par l'accord interprofessionnel précité, l'article 24 *q* de la loi précise que *« Les dispositions des articles 24 l, 24 n et 24 p ne sont pas applicables aux salariés qui font l'objet d'un licenciement collectif justifié par un* ***motif économique*** *»*. Cette disposition signifie que la loi exclut les salariés licenciés à l'occasion d'un licenciement économique collectif du bénéfice de la nouvelle procédure d'entretien individuel préalable ainsi que des sanctions particulières en l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement. Ainsi, la nature du motif devient le critère véritable d'application d'un régime spécifique.

Ceci nous amène donc à définir précisément, d'une part, le motif personnel (1°) et, d'autre part, le motif économique (2°).

Si cette tâche peut paraître évidente de prime abord, elle s'avère en réalité complexe. Dans les faits, le motif est souvent mélangé de considérations se rapportant tant à la situation de l'entreprise qu'aux qualités personnelles du congédié. Or, les enjeux de la distinction sont essentiels, motifs et procédures de licenciement étant intimement liés. Le choix du motif par l'employeur est primordial, il détermine le type de procédure et de régime applicables. Une fois le motif notifié dans la lettre de licenciement [289], le décisionnaire est enfermé dans sa logique [290]. Les termes qu'il a pu y utiliser concernant ses griefs et le motif du licenciement constituent le cadre de la procédure de licenciement à observer. Autant dire qu'il s'agit d'un « choix » important.

96 Il arrive parfois que le juge prud'homal se trouve confronté à la présence de motifs complexes ou à un concours de motifs. En effet, comme nous aurons l'occasion de le souligner ultérieurement, les causes pouvant justifier un licenciement sont nombreuses. Le nombre d'arrêts de la Cour de cassation à ce sujet en témoigne. Le magistrat doit alors s'attacher à la cause première et déterminante qui a amené l'employeur à rompre

[289] Ce qui est obligatoire pour tous les licenciements depuis les lois n°86-132 du 30 décembre 1986 et n°89-549 du 2 août 1989.
Article L. 122-14-2 du Code du travail : *« 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 »*.

[290] Cass. soc., 21 mars 2007, n°05-45.060, *JCP*, S, n°22 du 29 mai 2007,1412, note L. DRAI ; *RJS* 5/07, n°573 : *« La qualification que l'employeur a donné au licenciement s'impose à lui »*.

unilatéralement le contrat de travail [291]. Le juge doit se poser la question de savoir si le fait générateur de la mesure est ou non personnel.

Intéressons-nous, dès à présent au licenciement de droit commun : le licenciement formulé pour un motif personnel.

1° - Le licenciement pour motif personnel

97 Le licenciement de droit commun, tel qu'envisagé par le législateur de 1973 est le licenciement fondé sur un fait du salarié. Ce motif de licenciement n'a pas été défini par le législateur du travail de 1973. Il ne l'a pas été davantage par la réglementation européenne.

De façon arbitraire mais également élémentaire, nous pouvons analyser le licenciement pour motif personnel comme **l'acte par lequel l'employeur procède à la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée qui le lie à son salarié en raison d'éléments tenant à la personne de ce dernier**.
Cette définition peut être déduite de différents arrêts rendus par la Cour de cassation dans lesquels il est évoqué *« le licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié »*.

Aussi, chaque fois que le juge se trouve en présence d'un licenciement prononcé pour un fait tenant à la personne du salarié, la cessation de la relation contractuelle de travail est qualifiée de licenciement pour motif personnel et le régime de droit commun est appliqué. Cependant, cette vision simpliste ne s'accommode que très mal avec la diversité des faits qui peuvent mettre en cause le salarié. Mais, aussi et surtout, elle ne prend pas en compte le régime légal spécifique créé, dès 1973, à propos des licenciements pour faute et accentué en 1982. C'est pourquoi, il est nécessaire de subdiviser le genre « licenciement pour motif personnel » en deux catégories : le licenciement pour motif personnel non fautif et le licenciement pour motif personnel fautif.

C'est ainsi que nous étudierons tout d'abord le licenciement pour motif personnel non fautif (a) découlant du pouvoir de direction de l'employeur, pour ensuite nous attacher à la

---

[291]
- Cass. soc, 24 avril 1990, *Bull. civ.*, V, n°181 ; *RJS* 6/90, n°480.
- Cass. soc, 10 octobre 1990, *Bull. civ.*, V, n°442.
- Cass. soc, 3 avril 2002, *RJS*, 6/02, n°697.

seconde catégorie qui est celle du licenciement pour motif personnel fautif (b) procédant quant à elle du pouvoir disciplinaire de l'employeur.

a - Le licenciement pour motif personnel non fautif

98 Nous exposions précédemment que la loi du 13 juillet 1973 ne définissait aucunement le licenciement pour motif personnel. En conséquence, il ne faut guère s'étonner que le motif permettant le congédiement du salarié en l'absence de toute faute de celui-ci ne soit pas davantage précisé. Ceci s'explique d'autant plus qu'il est impossible, en la matière, de dresser une liste exhaustive des faits ou des évènements qui, se rattachant à la personne du salarié mais non fautifs, peuvent conduire un employeur à rompre le contrat de travail.
Mme FOATA [292] , dans sa thèse, s'est attachée à proposer une typologie de ces différents motifs non fautifs de licenciement. Elle en est arrivée à la différenciation, d'une part, des motifs inhérents à la personne du salarié présentant un risque d'atteinte à l'intérêt de l'entreprise avec, d'autre part, le motif d'inaptitude physique du salarié, risque « consommé ». Mais, en aucun cas, une définition générale du motif personnel non fautif n'a pu être offerte.

En pratique, cette absence de définition légale du motif non fautif de licenciement n'est que peu préjudiciable. En effet, le licenciement pour motif personnel non fautif ne présente aucune spécificité de régime. Ce sont les règles de droit commun qui s'appliquent.

Bien différente est la situation dès lors que l'employeur envisage de licencier un salarié au motif de sa faute. Dans ce cas, **le pouvoir disciplinaire de l'employeur se superpose à son pouvoir de direction**.

b - Le licenciement pour motif personnel fautif [293]

99 En 1973, la faute n'a pas été définie par le législateur. Elle ne l'a pas davantage été en 1982. L'article L. 122-40 du Code du travail explique uniquement que : *« Constitue une*

---

[292] V. FOATA, *Contribution à l'étude du motif personnel non fautif de licenciement*, Thèse, Université de Nice, 1997, 392 pages.

[293] Pour une étude de droit comparé sur la qualification de licenciement disciplinaire, voir : I. LAURENT-MERLE, « Le pouvoir disciplinaire face aux droits et libertés du salarié en Europe occidentale », *RDT*, mai 2007, p.298-305.

sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prises par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ». Or, la faute reprochée au salarié peut être de nature assez différente.

La question se pose alors de savoir s'il faut décider que la mesure prise par l'employeur est une sanction quelle que soit la nature de la faute ou si, au contraire, il faut limiter le domaine du droit disciplinaire aux seules fautes dites disciplinaires. **Il importe de savoir en effet où s'arrête le champ du pouvoir et où commence celui de la liberté**.
Par ailleurs, la mesure que prend l'employeur envers un salarié insuffisant professionnellement peut-elle être qualifiée de sanction ?
Nous le voyons, la catégorie « licenciement disciplinaire » ne dispose pas de contours nets et étanches (α).

En outre, une fois le vocable licenciement disciplinaire déterminé, encore convient-il de s'intéresser à la gamme de fautes qui existent en droit du travail. En effet, de la qualification de la gravité de la faute dépend la mise en œuvre des différents régimes juridiques que nous avons développés antérieurement (β).

α – Le licenciement disciplinaire : une catégorie aux contours flous

100 L'article L. 122-40 du Code du travail vise, sans plus de précision, un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif.
Il résulte de ce texte que la faute susceptible de sanction est définie par le seul employeur. C'est la raison pour laquelle il convient de savoir si la faute susceptible de sanction se limite aux seuls manquements à la discipline ou bien englobe également les manquements aux obligations découlant du contrat de travail. Il faut donc distinguer la faute disciplinaire des autres fautes du salarié afin de déterminer lesquelles doivent effectivement relever du droit disciplinaire (i).

C'est à propos de l'insuffisance professionnelle qu'est apparue l'une des principales difficultés. Lorsque l'employeur la sanctionne, use t-il de son pouvoir de direction ou de ses prérogatives disciplinaires ? Le salarié licencié pour une telle incompétence doit-il bénéficier des garanties inhérentes à la qualification de licenciement disciplinaire ? (ii)

(i) La nature de la faute commise par le salarié

Les comportements fautifs du salarié sont divers et variés. Sous le vocable de licenciement disciplinaire se rencontrent des situations extrêmement différentes. La doctrine s'est alors attachée à distinguer diverses catégories de fautes afin de déterminer lesquelles d'entre elles doivent être punissables et relever en conséquence de l'application du droit disciplinaire.

De cette manière, nous pouvons discerner des fautes de trois natures différentes : la faute disciplinaire, la faute contractuelle et la faute civile.

101 Intéressons nous liminairement à la faute disciplinaire.
Selon Monsieur PÉLISSIER, *« une faute ne présente un caractère disciplinaire que lorsque le comportement du salarié constitue une violation des règles d'organisation générale de l'entreprise ou un acte d'insubordination à un ordre particulier donné par le chef d'entreprise, ou son représentant »* [294]. La référence aux « règles d'organisation générale » renvoie vraisemblablement au règlement intérieur de l'entreprise. Or, la loi n'oblige pas l'employeur à définir préalablement et de manière exhaustive les comportements répréhensibles. **Le principe de la légalité des fautes que consacre notre droit pénal ne trouve pas application en matière de discipline dans l'entreprise**. Il ne faut donc pas limiter le régime du droit disciplinaire aux manquements indiqués expressément dans le règlement intérieur.
Aussi, nous constatons que la notion de faute disciplinaire n'est pas simple à cerner. Nous pouvons, néanmoins, essayer de lui apporter un éclaircissement par opposition aux autres fautes.

102 Une faute d'une autre nature est la faute contractuelle. Deux approches de cette faute sont proposées en doctrine.
La première consiste à énoncer que la faute disciplinaire n'est qu'une variété de faute contractuelle, autrement dit, *« toute faute disciplinaire est également une faute contractuelle, alors que l'inverse n'est pas exact »* [295]. La faute contractuelle, de ce point de vue, est une

[294] J. PÉLISSIER, « Le licenciement disciplinaire », *Dr. soc.* 1992, p.753.

[295] P. ORTSCHEIDT, « Droit disciplinaire et droit du licenciement », *Dr. soc.* 1987, p.12.

notion plus large.

À l'inverse, la seconde approche retient que les deux notions ne se confondent pas l'une dans l'autre. De la sorte, Madame VENNIN affirme que *« le pouvoir disciplinaire conserve ses deux sources, le règlement intérieur qui reste lié au pouvoir de direction et le contrat de travail qui définit les obligations personnelles »* [296].

Nous comprenons donc que la classification de la faute disciplinaire parmi les fautes contractuelles demeure incertaine. L'unique certitude que nous ayons en la matière est qu'il existe bien des fautes contractuelles non disciplinaires. Résultant notamment d'une exécution défectueuse du contrat de travail, elles n'apparaissent pas pour autant comme une méconnaissance par le salarié du pouvoir disciplinaire de l'employeur [297].

103 La dernière catégorie de faute est la faute civile.

Selon Monsieur PÉLISSIER, *« par faute civile, il faut entendre toute faute commise par le salarié, que celle-ci soit dépendante ou indépendante de l'activité professionnelle »* [298]. Dans cette catégorie, entrent notamment les fautes qui ne peuvent être analysées ni comme un manquement au pouvoir de direction, ni comme un manquement à une obligation née du contrat de travail. Cependant, une faute peut cumuler la qualification de faute civile et celle de faute contractuelle ou disciplinaire.

Ainsi, par exemple, une salariée, rédactrice au contentieux de la CAF de Villefranche-sur-Saône, qui minore en tant qu'allocataire ses revenus à la CAF de Bourg-en-Bresse dont elle dépend commet une faute civile. Celle-ci se double ici aussi d'un manquement à son obligation contractuelle de loyauté et de probité dès lors que *« les faits commis par la salariée en qualité d'allocataire étaient ceux qu'elle était chargée de poursuivre dans ses fonctions de rédactrice d'une autre caisse, qui la soumettaient à une obligation particulière de loyauté et de probité »* [299].

---

[296] F. VENNIN, « L'aménagement du pouvoir disciplinaire de l'employeur », *Dr. soc.* 1983, p.492.

[297] Comme le cite par exemple Monsieur PÉLISSIER, l'ouvrier garagiste qui omet de remettre de l'huile dans le moteur qu'il vient de vidanger exécute mal son contrat de travail mais il ne viole pas pour autant les règles de discipline de l'entreprise : J. PÉLISSIER, « Le licenciement disciplinaire », *Dr. soc.* 1992, p.753.

[298] J. PÉLISSIER, « La définition des sanctions disciplinaires », *Dr. soc.* 1983, p.545.

[299] Cass. soc., 25 février 2003, *D.* 2003, n°16, jurisprudence, informations rapides, p.1077 ; *RJS* 5/03, n°581 ; *Semaine Sociale Lamy* du 24 mars 2003, n°1115, p.13 ; *TPS*, *mai* 2003, n°174, p.11.

Nous voyons, à travers cet exemple, qu'il est parfois très difficile de déterminer si une faute civile relève de la catégorie des fautes personnelles ou si elle entretient un lien suffisant avec l'exécution du contrat de travail pour se doubler d'une faute contractuelle ou disciplinaire.

104 La principale question qui se pose est de savoir si les différents manquements du salarié doivent relever du droit disciplinaire quelle que soit la nature du fait fautif ou si, au contraire, le droit disciplinaire doit être cantonné aux fautes disciplinaires au sens strict.

Deux positions peuvent alors être adoptées.

En premier lieu, il est possible de préférer une conception restrictive du pouvoir disciplinaire. De ce point de vue, la qualification de faute ne doit pas être entendue comme autorisant l'employeur à exercer son pouvoir disciplinaire pour des faits qui sont sans rapport avec l'exécution du contrat de travail. Ainsi, le licenciement disciplinaire ne peut être qu'un licenciement causé par une faute disciplinaire *stricto sensu*, comme définie auparavant.

La seconde approche se traduit par une conception extensive. La faute susceptible de sanction ne se limite pas aux seuls manquements à la discipline mais englobe également les manquements aux obligations découlant du contrat de travail. Quelle que soit la nature de la faute, le droit disciplinaire doit être appliqué.

Le lien de subordination se limitant au temps et au lieu de travail, la jurisprudence veille à ce qu'un employeur ne puisse sanctionner qu'exceptionnellement un salarié pour des faits commis dans sa vie personnelle.
Mais dans le même temps, la jurisprudence consacre une notion large de la faute. Qu'il s'agisse d'un licenciement ou d'une sanction moindre, les magistrats ne distinguent pas selon que le comportement est d'ordre disciplinaire ou contractuel. Il est désormais entendu que toute faute met en mouvement les procédures disciplinaires, même si elle trouve son origine dans une inexécution fautive du contrat de travail.
Se pose alors la question d'une pratique professionnelle courante : le licenciement prononcé en raison d'une insuffisance professionnelle du salarié.

(ii) L'insuffisance professionnelle et le droit disciplinaire

105 Le licenciement disciplinaire suppose nécessairement l'existence d'une faute commise par le salarié. Cette exigence, nous l'avons vu, n'est pas discutée en son principe. Il faut alors

s'interroger pour savoir si l'insuffisance professionnelle dont font parfois preuve certains salariés doit déclencher l'application du droit disciplinaire.

Très peu de temps après la loi de 1982, la Cour de cassation a affirmé, à titre de principe, que ne relevaient pas des procédures disciplinaires les licenciements causés par une insuffisance professionnelle [300]. Cette jurisprudence perdure aujourd'hui [301]. Il est ainsi acquis que les règles de prescription ne s'appliquent pas aux licenciements fondés sur une insuffisance professionnelle [302].

Il semble que ce soit la prise en considération de la constance de l'insuffisance professionnelle ainsi que de l'absence de mauvaise volonté du salarié qui conduise à ne pas inclure le grief d'insuffisance professionnelle dans le licenciement disciplinaire. En effet, l'insuffisance professionnelle est qualifiée comme telle chaque fois que sont relevés simultanément les caractères permanents et non intentionnels de la carence du salarié. L'insuffisance professionnelle doit découler de l'incapacité de l'intéressé et non pas de sa mauvaise volonté.

Nous nous apercevons, à la lecture de ces développements, que la frontière est mouvante entre ce qui est une simple insuffisance du salarié et ce qui peut être une faute professionnelle caractérisée. Ceci est d'autant plus vrai que la qualification des faits est laissée à la discrétion, subjective, de l'employeur. Or, de cette qualification dépend la mise en œuvre des différentes garanties de procédure et de contrôle.

---

[300] Cass. soc., 7 novembre 1984, *Bull. civ.*, V, n°416.

[301]
- Cass. soc., 8 mars 1990, *Bull. civ.*, V, n°11.
- Cass. soc., 27 mars 1996, *RJS* 5/96, n°541.
- Cass. soc., 7 janvier 1998, *RJS* 3/98, n°283.
- Cass. soc., 31 mars 1998, *RJS* 5/98, n°577.
- Cass. soc., 9 mai 2000, *RJS* 6/00, n°639.
- Cass. soc., 25 avril 2001, Ruffini c/ Société Securi France cité dans *Jur. soc.UIMM*, juillet 2003, p.219.

[302]
- Cass. soc., 30 octobre 1991, *Bull. civ.*, V, n°455.
- Cass. soc., 6 octobre 1998, ACAE c/ Bertrand (2 arrêts) cité dans *Jur. soc. UIMM*, juillet 2003, p.219.

Le domaine du licenciement disciplinaire étant quelque peu éclairci, nous devons à présent nous attacher à la description de la hiérarchie des fautes qui se rencontrent en droit du travail et particulièrement en matière de licenciement disciplinaire.

β – La gradation de la qualification des fautes

106 L'agissement fautif du salarié peut comporter des degrés divers de gravité auxquels correspondent des régimes nettement distincts.

De prime abord, nous pouvons penser que les fautes distinguées par le Code du travail sont les mêmes que celles existant en droit civil. Et ce, en vertu de l'article L. 121-1 du Code du travail qui envisage que *« le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun »*. Les fautes du droit civil se hiérarchisent en quatre degrés [303] :

◆ La faute volontaire

Elle se subdivise elle-même en faute intentionnelle d'une part, et faute dolosive d'autre part. La faute intentionnelle se présente comme *« tout acte intentionnel et illicite par lequel le débiteur refuse d'exécuter son obligation »* [304]. Elle comporte la volonté de causer non seulement l'acte dommageable mais encore le dommage lui-même. C'est la faute la plus grave.

La faute dolosive, quant à elle, implique la volonté délibérée de méconnaître son obligation, sans nécessairement causer un dommage.

◆ La faute grave

C'est celle qui, sans que la preuve d'une intention malicieuse soit rapportée, paraît grossière. Certes, cette définition est approximative, mais il semble impossible de caractériser plus précisément la notion de faute grave tant celle-ci varie selon le domaine où elle est appliquée.

---

[303] Et ce, bien que le Code civil ait en principe abandonné la hiérarchie tripartite (faute simple, faute lourde et faute dolosive) qui existait avant sa création. Désormais, toute faute, si légère ou si grave soit-elle, oblige pareillement son auteur à réparer le préjudice entier qui en découle. Mais, ce traitement uniforme étant trop contraire à l'équité n'a pas été admis durablement. Une hiérarchie s'est recréée au travers de la jurisprudence et de textes particuliers.

[304] F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Droit civil, Précis Dalloz, 5ème édition, 1993, n°549.

◆ La faute simple

Elle est en quelque sorte moyenne, ni spécialement grave ni légère. Elle est la base du droit commun.

◆ La faute légère

Elle est peu grave, elle constitue simplement le fruit d'une négligence ou imprudence. En principe, elle engage la responsabilité de son auteur comme toute autre faute. Cependant, dans certains domaines, elle joue un certain rôle empêchant que la responsabilité de son auteur soit engagée [305].

La différenciation retenue par le droit civil pourrait tout à fait trouver place en droit du travail. Pourtant, telle n'est pas exactement la gradation retenue par le Code du travail. La faute du salarié, à l'origine de son licenciement, recevra les qualifications de faute sérieuse (i), faute grave (ii) ou faute lourde (iii). Intéressons-nous successivement à ces concepts même s'il reste encore aujourd'hui à les définir avec précision. Et ce, malgré les intérêts attachés à chacune des qualifications.

(i) La faute sérieuse

107 Dans l'échelle des fautes en droit du licenciement disciplinaire, la faute sérieuse apparaît en première place. Lorsqu'une telle faute est reprochée par l'employeur à son salarié, le licenciement est envisageable mais le salarié doit bénéficier de l'ensemble des garanties non seulement disciplinaires mais également du droit commun du licenciement. Cette faute semble pouvoir être définie comme *« tout manquement sérieux du salarié au comportement que suppose son état de subordination »* [306].

(ii) La faute grave

108 La faute grave occupe l'échelon supérieur à la faute sérieuse sur l'échelle de gravité des agissements blâmables du salarié.

---

[305] Par exemple dans les contrats de bienfaisance.

[306] Y. SAINT-JOURS, « La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau », *D.* 1990, chronique XX, p.115.

La loi et les conventions collectives ont laissé à la jurisprudence le soin de définir la faute grave. L'employeur qui n'est pas familier du droit du travail est naturellement porté à tenir la faute pour grave. C'est le qualificatif qui lui viendra spontanément. Sinon, pourquoi licencierait-il le salarié ? Mais, cette terminologie morale n'est pas celle retenue par le juriste[307]. Ainsi, selon Monsieur SAINT-JOURS, la faute grave peut être explicitée comme *« une faute sérieuse aggravée en raison du tort fait à l'entreprise par le comportement du salarié »* [308].

La Cour de cassation a, pour sa part, esquissé les grands traits du concept de faute grave jusqu'à en arriver en 1991 à énoncer que cette faute résulte *« d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la période de préavis »* [309]. Si ces caractéristiques apparaissaient déjà dans des arrêts plus anciens, la Chambre sociale a pris soin de les synthétiser en une formule claire.
Tout comme la faute sérieuse, la faute grave s'oppose au maintien du salarié dans l'entreprise. Mais, en outre, elle se caractérise par l'impossibilité de poursuivre le contrat même pendant la période de préavis, mettant ainsi le droit français en conformité avec le droit international [310].

Cette définition, issue de la formule énoncée par la Cour de cassation en 1991, a le mérite de la clarté. Mais les critères proposés demeurent à un niveau d'abstraction tel qu'ils ne permettent pas de rendre compte du contenu concret de ces notions et d'en tracer les contours avec certitude. Et ce, contrairement à la faute lourde.

---

[307] J. LE GOFF, *Droit du travail et société*, tome I : les relations individuelles de travail, Presses Universitaires de Rennes, 2001, Laval, p.829.

[308] Y. SAINT-JOURS, « La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau », *D.* 1990, chronique XX, p.115.

[309] Cass. soc., 26 février 1991, *Bull. civ.*, V, n°97 ; *RJS* 4/91, n°448.

[310] La convention n°158 de l'O. I. T. relative au licenciement définit la faute grave comme *« une faute de nature telle que l'on ne peut raisonnablement exiger de l'employeur qu'il continue à occuper ce travailleur pendant la période de préavis »*.

(iii) La faute lourde

109 La faute lourde occupe, en droit du licenciement disciplinaire, le sommet de l'échelle.

Pendant longtemps, la faute lourde a été caractérisée par un degré de gravité supérieur à celui de la faute grave. Il s'agissait d'une faute encore plus grave que la faute grave. En quelque sorte, une faute gravissime, c'est à dire une faute particulièrement inexcusable et généralement détachable de l'exercice professionnel [311].

Dans les années quatre-vingt-dix, la définition de la faute lourde connaît un profond bouleversement. La Chambre sociale exige désormais que soit établie *« l'intention de nuire du salarié vis-à-vis de l'employeur ou de l'entreprise »* [312]. La faute lourde doit être une faute intentionnelle.

110 La doctrine émet des réserves quant à l'application d'un critère aussi restrictif pour la définition de la faute lourde.
Sur le plan de la théorie juridique, en ne se satisfaisant pas de la preuve de la mauvaise foi du salarié mais en exigeant son intention de nuire, la Chambre sociale retient une conception particulièrement restrictive de la faute intentionnelle [313]. En outre, nous aboutissons à

---

[311] J. LE GOFF, *Droit du travail et société*, tome I : les relations individuelles de travail, Presses Universitaires de Rennes, 2001, Laval, p.835.

[312] ◆ Cass. soc., 5 avril 1990, *Bull. civ.*, V, n°175, p.106 : En l'espèce le salarié *« avait manifesté une volonté certaine de nuire »*.

◆ Cass. soc., 16 mai 1990, *Bull. civ.*, V, n°228, p.138 : la Cour de cassation censure un arrêt d'appel ayant retenu une faute lourde à la charge d'une salariée et refusé à celle-ci l'indemnité compensatrice de congés payés, au motif *« qu'en statuant ainsi, sans relever l'intention de la salariée de nuire à l'employeur, la Cour d'appel a violé »* l'article L. 223-14 du Code du travail.

◆ Cass. soc., 31 mai 1990, *Bull. civ.*, V, n°260, p.156 : En l'espèce, il n'était pas prouvé que le déficit reproché au salarié ait été *« intentionnel et sciemment organisé »*.

◆ Cass. soc., 29 novembre 1990, *RJS* 1/91, n°17 : La Chambre sociale casse l'arrêt de la Cour d'appel, relevant que les juges du fond n'avaient pas caractérisé l'existence d'une faute lourde , car ils avaient statué *« sans avoir relevé l'intention de nuire du salarié vis-à-vis de l'employeur ou de l'entreprise »*.

[313] B. BOSSU, « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire », *Dr. soc.* 1995, p.27et 28.

« l'élimination de la faute lourde, au profit de la faute intentionnelle » [314].

Sur le plan pratique, les auteurs relèvent combien il paraît anormal qu'un salarié puisse échapper à toute responsabilité lorsque son imprudence ou sa négligence, même très lourde, ne s'accompagne d'aucune intention de nuire [315]. L'argument selon lequel l'employeur doit supporter les risques de l'exploitation [316] ne devrait s'entendre que des risques normaux [317]. Il reste alors à déterminer quelles fautes commises par un salarié dans l'exécution de son travail font partie des risques d'exploitation devant être assumés par l'employeur. Selon Monsieur SAVATIER, *« seules les fautes qui ne constituent pas un risque d'exploitation, à la réalisation duquel tout entrepreneur peut s'attendre, doivent engager la responsabilité du salarié. Cela permettrait d'englober dans la notion de faute lourde des actes qui ne correspondent pas à une volonté de nuire à l'employeur, mais qui manifestent un degré d'incurie de la part du salarié auquel on ne pouvait pas s'attendre, compte tenu du niveau de sa qualification ou de la nature des fonctions qui lui étaient confiées »* [318].

Il n'en demeure pas moins, qu'en son état actuel, la jurisprudence maintient la définition adoptée en 1990 pour qualifier les faits reprochés au salarié de faute lourde. Mais, la difficulté d'établir l'intention de nuire qui, sauf cas exceptionnel ne peut être déduite du comportement lui-même, explique le déclin de cette qualification désormais rarement admise par les juges.

---

[314] G. COUTURIER, « La faute lourde du salarié », *Dr. soc.* 1991, p.106.

[315] ◆ J. DÉPREZ, « Vers une évolution du régime de la responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur ? », *RJS* 5/92, p.321.

◆ J. SAVATIER, «La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité civile envers l'employeur en l'absence de faute lourde », *Dr. soc.* 1995, p.652.

[316] Cass. soc, 31 mai 1990, *RJS* 7/90, n°548 : *« Un salarié ne répond pas à l'égard de son employeur des risques de l'exploitation ».*

[317] Sur la distinction des risques normaux et anormaux d'exploitation, voir : M.-T. RIVES-LANGE, « Contribution à l'étude de la responsabilité des maîtres et des commettants », *JCP*, 1970, I, 2309, n°10.

[318] J. SAVATIER, « La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité civile envers un employeur en l'absence de faute lourde », *Dr. soc.* 1995, p.653.

Nous parvenons à présent au terme de nos développements relatifs au licenciement disciplinaire. Nous constatons que le législateur français n'a jamais pris le soin de définir la faute susceptible de donner lieu à sanction. Il n'a pas davantage jugé opportun d'établir une liste de fautes disciplinaires [319]. Ce faisant, la qualification de licenciement disciplinaire ne dispose que de contours imprécis. Or, nous le soulignerons ultérieurement, le licenciement disciplinaire bénéficie de garanties indemnitaires et procédurales spécifiques. En effet, en ce domaine, il convient tout particulièrement de permettre à l'employeur d'exercer son pouvoir de direction et son pouvoir disciplinaire tout en ne négligeant pas les droits et libertés fondamentales du salarié. Nous ne pouvons donc que déplorer l'absence de critères de délimitation clairs.

La même doléance s'impose d'ailleurs à propos de la seconde branche de qualification catégorielle, à savoir le motif économique de licenciement que nous allons désormais exposer.

2 °- Le licenciement pour motif économique

111 Le licenciement économique est longtemps demeuré ignoré en tant qu'institution originale, et soumis purement et simplement au régime juridique de droit commun du licenciement. C'est à la sortie de la seconde guerre mondiale que le droit français différencie le licenciement prononcé pour un motif économique du licenciement formulé à raison d'un motif tenant au salarié. Cette distinction permettant l'application d'un régime spécifique.

La différenciation de régime applicable en fonction de la nature du licenciement se voit confirmée par les textes successifs adoptés en ce domaine. Ainsi, et de manière significative, le régime du licenciement économique se trouve dans le Code du travail, non dans le Livre premier, Titre deuxième sur le contrat de travail (où se trouve intégrée la loi du 13 juillet 1973) mais au Livre trois, Titre deuxième relatif à l'emploi [320].

---

[319] Contrairement à ce qui existe en Allemagne, en Autriche, en Belgique, en Irlande, en Italie, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni où est appliqué le principe de la légalité des délits (Voir I. LAURENT-MERLE, « Le pouvoir disciplinaire face aux droits et libertés du salarié en Europe occidentale », *RDT*, mai 2007, p.300).

[320] En vertu de l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 inscrite dans un programme de « simplification » et adoptée par le Gouvernement en vertu d'une habilitation accordée par la loi du 9 décembre

112 Encore convient-il de définir ce qu'est un licenciement économique. En effet, tout licenciement n'a t-il pas un motif économique pour l'employeur ? Comme le souligne Monsieur RAY, *« licencier un salarié insuffisant sur le plan professionnel, fautif ou trop souvent absent, ne relève t-il pas également d'une logique économique ? »* [321]. Si une réponse positive semble pouvoir être soutenue, telle n'est pas la position du légiférant à partir de 1945. À compter de cette date, le licenciement économique est réglé séparément du licenciement pour motif personnel. Cependant, en dépit de la césure de régime, le licenciement économique n'est défini par aucun texte.

Il faut attendre la loi du 2 août 1989 pour qu'apparaisse pour la première fois, en droit positif français, une définition du licenciement pour motif économique. L'article L. 321-1 du Code du travail énonce alors : *« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la*

2004, puis prolongée par l'article 57 de la loi n°2006-1770 du 30 décembre 2006, un nouveau Code du travail entrera en vigueur au plus tard le 1er mars 2008. Dans celui-ci, la totalité des règles du Livre III sont rapprochées de celle du Livre I dans un nouveau Titre relatif à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée.
Pour une présentation approfondie du nouveau Code du travail et des commentaires relatifs à la recodification, voir : « Promenade dans le nouveau Code du travail », *Semaine Sociale Lamy* du 26 mars 2007, n°1300, p.4-11 ; A. JEAMMAUD et A. LYON-CAEN, « Ni indignité, ni excès d'honneur », *RDT* juin 2007, p.358-359 ; B. TEYSSIÉ, « Un nouveau Code du travail : quel résultat ? », *JCP*, S, n°12 du 20 mars 2007, 140 ; C. RADÉ, « Le nouveau Code du travail et la doctrine : l'art et la manière », *Dr. soc.* mai 2007, p.513-516 ; E. DOCKÈS, « La décodification du droit du travail », *Dr. soc.* avril 2007, p.388-392 ; H. MOYSAN, « Le droit constant n'existe pas : l'exemple du nouveau Code du travail », *JCP*, S, n°15 du 11 avril 2007, 185 ; J. BARTHÉLÉMY, « Recodifier : pourquoi ? comment ? », *JCP*, S, n°12 du 20 mars 2007, 139 ; J.-D. COMBREXELLE et H. LANOUZIÈRE, « Les enjeux de la recodification du Code du travail », *Dr. soc.* mai 2007, p.517-521 ; J.-D. COMBREXELLE, « Une réponse adaptée à un besoin manifeste », *RDT* juin 2007, p.356-357.
Voir également le site du Ministère du Travail, des relations sociale et de la solidarité : http://www.travail.gouv.fr/actualite-presse/dossiers-presse/les-travaux-recodification-du-code-du-travail-5500.html.

[321] J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, 2001-2002, Paris, Éditions Liaisons, 10ème édition, p.243. Voir également P. OLLIER, « Le contrôle du motif économique de licenciement », *Dr. soc.* 1978, sp.35 *: « Tout licenciement a un motif économique pour l'employeur : celui qui veut remplacer un travailleur par un autre qu'il paiera moins ou qui aura un meilleur rendement ou qui sera plus discipliné, celui qui veut diminuer son activité ou augmenter ses profits, tous ont un motif économique de licencier ; le motif économique n'est pas autre chose qu'un avatar de l'intérêt de l'entreprise, c'est à dire l'intérêt de l'employeur opposé à l'intérêt du salarié : c'est le licenciement vu du côté de l'employeur ».*

personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ».

Puis, en 2005, la loi de cohésion sociale fait sensiblement évoluer l'article L. 321-1 alinéa 1 du Code du travail de la manière suivante : *« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou* ***d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail****, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ».*

113 Si cette définition légale née en 1989, puis modifiée en 2005 est la bienvenue, elle ne clarifie pas complètement ce qu'est un motif économique.
En premier lieu, nous pouvons relever que le motif économique est défini *a contrario* par le législateur : est économique le licenciement qui n'est pas prononcé pour un motif personnel. Cette définition du licenciement économique trahit la difficulté du législateur à préciser la notion. D'ailleurs, que recouvrent précisément les expressions usitées à l'article L. 321-1 : *« un motif non inhérent à la personne du salarié »*, *« la suppression »*, *« la transformation d'emploi »*, *« la modification d'un élément essentiel du contrat de travail »*, *« les difficultés économiques »* ? En sus, quelles circonstances sont visées par l'adverbe *« notamment »* utilisé par le législateur ? En fait, le texte de l'article L. 321-1 ne fait que réutiliser des notions souvent imprécises qui existaient auparavant de façon éparse dans la législation et la jurisprudence.
Mais la principale difficulté réside dans le fait de savoir si la nature de licenciement économique doit être retenue chaque fois que le motif de congédiement est non inhérent à la personne du salarié ou bien s'il faut, en outre, pour adopter une telle qualification, que les autres critères de l'article L. 321-1 précité soient également réunis ?

À ce jour, le débat n'est toujours pas clos. Nous ne savons pas de manière certaine comment les critères énoncés à l'article L. 321-1doivent être distribués entre qualification et justification du licenciement économique.
Selon certains auteurs, la qualification de licenciement économique ne doit être adoptée que si les deux premières conditions données dans l'article L. 321-1 du Code du travail sont

cumulativement réunies [322]. En conséquence, un motif de licenciement extérieur à la personne du salarié mais ne résultant pas d'une suppression ou d'une transformation de son emploi n'a pas à être qualifié de motif économique.
Pour d'autres, en revanche, la qualification de motif économique de licenciement doit être retenue chaque fois que nous sommes en présence d'un motif non inhérent à la personne du salarié [323].

114 Pour notre part, nous nous en tiendrons à cette seconde conception. **Ce qui qualifie le licenciement économique est son motif qui est sans relation avec la personne du salarié**. La suite du texte de l'article L. 321-1 du Code du travail, tel qu'issu de la loi du 2 août 1989 et inchangé à ce jour, ne vise plus la **qualification** mais la **justification** du licenciement. Par conséquent, un licenciement est économique dès lors que son motif n'est pas inhérent à la personne du salarié, même si par ailleurs cette rupture peut ou non avoir une cause réelle et sérieuse au regard des deux autres conditions légales (à savoir que le licenciement résulte soit d'une suppression d'emploi, soit d'une transformation d'emploi, soit de la modification du contrat de travail refusée par le salarié ET que cette suppression ou transformation ou modification soit elle-même la conséquence de difficultés économiques, de mutations technologiques ou d'une autre cause valable).

Comme le souligne Monsieur WAQUET, si le texte légal avait été mieux rédigé, il aurait comporté un point après les mots *« ...pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié »*. Et il aurait continué en énonçant, par exemple : *« Il ne peut résulter que d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le*

---

[322] ◆ « Licenciement pour motif économique », *CSBP* n°spécial juillet- août 2000, p.59.

◆ G. COUTURIER, *Droit du travail*, tome I : les relations individuelles de travail, 3ème édition, Droit fondamental, PUF, 1996, p.268.

◆ M. ROUSSEAU, *La cause du licenciement*, thèse, 1994, Université de Rennes 1, p.59.

[323] ◆ M. HENRY, « La notion de motif économique », *Dr. soc.* 1995, p.551-558.

◆ P. WAQUET, « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.* 2000, p.168-177.

◆ P. WAQUET, « Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale », *Dr. soc.* 2002, p.264-273.

◆ J. PÉLISSIER, « La cause économique du licenciement, dans la loi votée le 19 décembre 2001 en dernière lecture à l'Assemblée nationale », *Dr. ouvrier*, avril 2002, p.145 –151.

salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques » [324].

Certes, en adoptant cette position nous donnons un champ très large à la qualification de licenciement pour motif économique : tout licenciement ne reposant pas sur un motif tenant à la personne du salarié est un licenciement économique, nonobstant la référence de l'article L. 321-1 à des circonstances tenant aux besoins de l'entreprise. Mais cette conception permet de mieux protéger le salarié dans la mesure où le licenciement économique est assorti de garanties légales qui sont inexistantes pour les autres licenciements. En outre, une définition aussi large est conforme à ce qui est enjoint par le droit communautaire. La directive du 20 juillet 1998 présente en effet le licenciement économique de la manière suivante : *« Aux fins de l'application de la présente directive, on entend par licenciement collectif les licenciements effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs ... »*. Il suffit donc que le licenciement ne soit pas inhérent à la personne du salarié pour qu'il soit qualifié de licenciement pour motif économique.

115 Cette position est également celle de la jurisprudence, même si trop souvent les arrêts sont rédigés d'une façon telle que l'ambiguïté est permise. En effet, dans de nombreux arrêts, la Cour de cassation affirme que *« le licenciement n'a pas de motif économique »* [325]. Or, dans

---

[324] P. WAQUET, « Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale », *Dr. soc.* 2002, p.265.

[325] Voir par exemple : ◆ Cass. soc., 24 avril 1990, *RJS* 6/90, n°481 : *« Le fait que ce salarié coûtait trop cher ne saurait constituer dans une entreprise où les profits étaient considérables un motif de rupture […] La Cour d'appel a, à bon droit, décidé que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique »*.

◆ Cass. soc., 16 janvier 2001, *RJS* 3/01, n°294 ; *TPS* mars 2001, n°89, p.10 : Pour juger que la cessation d'activité de l'entreprise peut être une cause économique réelle et sérieuse de licenciement, la Cour de cassation utilise la formulation suivante : *« la cessation d'activité de l'entreprise, quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable, constitue un motif économique de licenciement au sens de l'article L. 321-1 »*. En d'autres termes, lorsque la cessation d'activité résulte de la légèreté blâmable de l'employeur, le licenciement n'est pas un licenciement pour motif économique.
Solution reprise dans des termes identiques dans l'arrêt Cass. soc., 30 octobre 2002, *CSBP* 2003, n°146, S 26, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 1/03, n°18.

◆ Cass. soc., 11 juin 2002, *CSBP* 2002, n°143, S 375, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 8-9/02, n°954 : *« La fermeture de la ligne aérienne ne constituait pas en soi un motif économique de licenciement au sens de l'article L. 321-1 du Code du travail »*.

un souci de rigueur, il devrait être précisé si le licenciement a ou non un motif économique, puis, si ce motif constitue ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement [326].

En dépit de ces imprécisions rédactionnelles, les juges du travail distinguent entre, d'une part, la qualification du licenciement et, d'autre part, la justification de celui-ci : *« Le défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement n'enlève pas à celui-ci sa nature juridique de licenciement pour motif économique »* [327].

Le texte de l'article L. 321-1 du Code du travail distingue donc entre la nature du licenciement et la cause de celui-ci. Sans doute une réécriture de cet article serait-elle nécessaire afin de mettre un terme au débat doctrinal existant à ce sujet [328].

◆ Cass. soc., 24 septembre 2002, *Cahiers prud'homaux*, n°2, février 2003, p.28 : *« La réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique autonome de licenciement »*.

[326] Comme le font par exemple les arrêts suivants :

◆ CA Douai, 31 octobre 2001, *RJS* 6/02, n°770 : *« Un tel objectif, parfaitement respectable en termes de stratégie d'entreprise, ne saurait en revanche constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement économique »*.

◆ CA Versailles, 28 mars 2002, 17ème chambre, *RJS* 7/02, n°926 : *« Repose sur un motif économique réel et sérieux le licenciement… »*.

[327] Cass. soc., 13 avril 1999, n°96-45.028.

Dans le même sens : ◆ Cass. soc., 6 juillet 1999 ; Cass. soc., 1er décembre 1999, n°98-42.746 ; Cass. soc., 19 juillet 2000, n°98-43.944 ; Cass. soc., 12 octobre 2000, n°98-43.718 ; Cass. soc., 24 octobre 2000, n°98-40.951 : Arrêts cités par le doyen WAQUET dans son article « Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale », *Dr. soc.* 2002, p.265.

◆ Cass. soc., 29 janvier 2003, *CSBP* 2003, n°149, S 168, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 4/03, n°437 : *« Le licenciement avait la nature juridique d'un licenciement économique, peu important que la réorganisation ne soit justifiée, ni par des difficultés économiques, ni par la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise »*.

◆ Cass. soc., 14 février 2007, n°05-40.504, *CSBP* n°191, juin 2007, S 248, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. ouvrier*, août 2007, p.386, note E. LECHEVALIER ; *RJS* 5/07, n°580 : *« Le défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement prononcé pour motif économique ne lui enlève pas sa nature juridique de licenciement économique »*.

[328] Réécriture qui n'a pas eu lieu lors de la recodification du Code du travail intervenue par l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007. En effet, l'alinéa premier de l'article L. 321-1, devenu article L. 1233-3, conserve la même définition du motif économique.

116 Nous comprenons, après la lecture de ces développements relatifs à la qualification catégorielle de licenciement que tout licenciement qui n'est pas un licenciement économique est un licenciement pour motif personnel. En principe, il ne peut pas exister de licenciement de troisième type avec un régime particulier qui s'y accolerait.

Mais, ce principe connaît des exceptions. Il s'agit de dérogations légales et jurisprudentielle.

Ainsi, tout d'abord, dans les chantiers du bâtiment et des travaux publics, les licenciements pour fin de chantier font l'objet d'un traitement spécifique. Ils ne sont qualifiés ni de licenciements économiques ni de licenciements pour motif personnel. Ce sont des licenciements particuliers mais auxquels est adjoint le régime du licenciement pour motif personnel dans la mesure où ils revêtent un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession [329].

De la même manière, le licenciement des employés de maison, même s'il repose sur un motif étranger à leur personne, n'est jamais qualifié de licenciement pour motif économique. Ce sont les dispositions relatives au licenciement pour motif personnel qui sont applicables. Ceci dans la mesure où la jurisprudence considère que ces personnes ne travaillent pas dans une

---

Voir le site du Ministère du Travail, des relations sociale et de la solidarité : http://www.travail.gouv.fr/actualite-presse/dossiers-presse/les-travaux-recodification-du-code-du-travail-5500.html.

[329] Article L. 321-12 du Code du travail : *« Ne sont pas soumis aux dispositions du présent chapitre les licenciements qui, à la fin d'un chantier, revêtent un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession considérée, sauf dérogations déterminées par convention ou accord collectif. Ces licenciements sont soumis aux dispositions de la section II du chapitre II du titre II du livre 1er du présent code »*.

Trois types de situation répondent aux usages et dispositions conventionnelles en vigueur dans le Bâtiment et les Travaux Publics qui sont les principaux secteurs concernés :

- Licenciements de personnes dont le réemploi ne peut être assuré lors de l'achèvement des tâches qui leur étaient confiées, lorsque ces personnes ont été employées sur un ou plusieurs chantiers pendant une période continue inférieure à deux années.
- Licenciements de personnes engagées sur un chantier de longue durée dont le réemploi ne peut être assuré lors de l'achèvement sur ce chantier des tâches qui leur étaient confiées.
- Licenciements de personnes qui, quelle que soit leur ancienneté, ont refusé à l'achèvement d'un chantier l'offre faite par écrit d'être employées sur un autre chantier, y compris en grand déplacement, dans les conditions conventionnelles applicables à l'entreprise.

entreprise[330].

Enfin, la dernière exception est inscrite dans la loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction légale du temps de travail. Le législateur a créé, pour reprendre les termes de Madame AUBRY, un licenciement *sui generis* [331]. Il s'agit du licenciement qui résulte du refus par le salarié d'une réduction de la durée de son temps de travail à trente-cinq heures décidée en application d'un accord collectif et sans que cette réduction n'ait d'impact sur d'autres éléments de son contrat de travail, et notamment sa rémunération. Sans cette création du législateur, ce motif n'aurait vraisemblablement pu entrer dans aucune des deux catégories principales que sont le licenciement pour motif personnel et le licenciement pour motif économique. Il a donc été décidé pour ce motif qu'il ne s'agissait pas d'un motif économique de licenciement et qu'il devait recevoir application du régime de droit commun, c'est à dire le régime du licenciement individuel pour motif personnel non disciplinaire.

117 Nous achevons ici notre étude relative à la qualification catégorielle du licenciement. Elle nous a permis de comprendre que, si de prime abord, la distinction entre licenciement pour motif économique et licenciement pour motif personnel est simple, elle s'avère en réalité multiple. Or, les enjeux de la distinction sont essentiels dans la mesure où le type de procédure et de régime applicables sont très différents.

Cette étude catégorielle démontre, plus globalement, la complexité de la notion de licenciement. Nous pouvons à ce titre parler d'une véritable **notion polymorphique**.

Cependant, dans un souci de protection du salarié, partie faible au contrat de travail, la jurisprudence s'applique à retenir une conception unitaire, mais subséquemment primaire, de la qualification de licenciement. Et ce, afin de faire entrer dans cette catégorie juridique une multitude d'hypothèses où l'employeur rompt la relation de travail. Ainsi, chaque fois que l'employeur prend l'initiative de rompre le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée, la qualification de licenciement est adoptée.

---

[330] ◆ Cass. soc., 25 juin 1987, *Bull. civ.*, V, n°427.
◆ Cass. soc., 10 octobre 1989, *Bull. civ.*, V, n°573.

[331] *J.O.* Débats Ass. Nat. 16-10-1999, p.7523.

Conclusion du chapitre

Ce chapitre nous a permis de mettre en relief l'évolution subie par la qualification de chacun des modes originels de résiliation unilatérale du contrat de travail que sont la démission, côté salarié, et le licenciement, côté employeur.

118 En matière de démission, les critères de qualification instaurés par la jurisprudence sont restrictifs. **La qualification de démission est enserrée de façon rigide**. Cependant, nous suggérons des modifications qui pourraient sans doute faire progresser le système de qualification. Et ce, afin que le salarié ne perde plus son emploi par un acte qualifié de démission que lorsque telle est vraiment sa volonté. Se trouveraient ainsi conciliés le respect de la liberté du salarié et la nécessaire protection dont doit bénéficier la partie faible au contrat de travail.

119 L'évolution qu'a connu la qualification de licenciement est l'inverse de ce que nous venons de rappeler pour la démission.
Si durant une période la qualification de licenciement a été limitée au cumul des critères d'initiative et d'imputabilité de la rupture, tel n'est plus le cas aujourd'hui. En effet, désormais, **la qualification de licenciement est largement retenue** afin d'y englober une multitude de situations pourtant diverses.

Cette logique de protection de l'emploi est d'ailleurs la même qui domine l'évolution de la qualification des modes de résiliation unilatérale spécifiques au contrat de travail.

CHAPITRE II

La qualification des modes de résiliation unilatérale spécifiques au contrat de travail

En vertu de l'article L. 122-4 du Code du travail, le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut toujours cesser à l'initiative de l'une des parties contractantes.

Les deux modes originels de rupture unilatérale du contrat de travail sont la démission et le licenciement. Mais ces deux modes de résiliation ne sont pas uniques. En effet, le contrat de travail étant un contrat caractérisé par l'*intuitu personae*, le Code du travail prévoit la possibilité d'y inclure une période d'essai. Durant cette période, chaque partie au contrat examine si la relation contractuelle de travail est en mesure de se prolonger. À tout moment, l'employeur ou le salarié peut mettre fin, de façon unilatérale, à cette phase du contrat, sans avoir à respecter de délai de prévenance (sauf dispositions particulières du contrat de travail ou de la convention collective) ni de règle de procédure. Il n'apparaît pas davantage nécessaire d'alléguer des motifs à l'appui de la décision. C'est cette faculté de résiliation unilatérale « simplifiée » et particulière au contrat de travail que nous étudierons liminairement (Section 1).

Par ailleurs, le contrat de travail se différencie d'autres contrats civilistes classiques en ce qui concerne son objet. La personne même du salarié [332], voire pour A. SUPIOT, le corps

---

[332] Sur ce sujet, voir principalement : ◆ E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc.* février 1997, p.140-151.

◆ M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives*, ouvrage collectif, LGDJ, 1998, p.101-124.

◆ T. REVET, *La force de travail (Etude juridique)*, thèse Université de Montpellier I, Bibliothèque de droit de l'entreprise, LITEC, tome 28, 1992, préface F. ZÉNATI.

◆ T. REVET, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992, p.859-870.

du salarié [333] est au centre de cette convention. L'aptitude physique du travailleur est, en conséquence, un nécessaire paramètre du contrat de travail. Le Code du travail intègre cette notion d'aptitude physique de différentes manières et, notamment, en donnant la faculté aux contractants de sortir unilatéralement du contrat de travail au-delà d'un certain âge du salarié. Il s'agit alors d'un mode autonome de rupture : la retraite. Mode de rupture unilatérale qui intervient en raison de l'âge du salarié de sa propre initiative (il s'agit, dans ce cas, d'un départ à la retraite) ou, au contraire, du chef de l'employeur (il s'agit, cette fois, d'une mise à la retraite). C'est à cette faculté de résiliation unilatérale particulière au contrat de travail que nous nous intéresserons dans la seconde partie de notre écriture (Section 2).

◆ J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », *Dr. soc.* janvier 1990, p.49-58.

[333] A. SUPIOT, *Le juge et le droit du travail*, thèse Université de Bordeaux, 1979.
Affirmation reprise dans *Critique du droit du travail*, PUF, Les voies du droit, 1994, spécialement pp.51-66.

Section 1 - La qualification de la rupture en période d'essai

120 En vertu de l'article 1134 du Code civil, c'est la volonté de s'engager qui justifie la « force de loi » du contrat pour les parties. C'est elle qui constitue l'élément moteur de la formation du contrat, elle en est alors la condition essentielle. La validité du contrat suppose donc non seulement une volonté libre et entière, c'est à dire exempte de toute altération dite « vices du consentement » mais également une volonté certaine de s'engager. Une fois la rencontre des volontés intervenue, le contrat ne peut être révoqué que par *« consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise »*.

Or, dans certains contrats bien circonscrits, le légiste admet que la formation du contrat soit retardée afin que l'une des parties puisse, après avoir donné son accord, revenir sur celui-ci. Ces techniques du délai de réflexion et du droit de repentir ont été introduites dans notre droit en raison du développement de la législation protectrice des consommateurs. Pour laisser au client la possibilité de réfléchir, certains textes, aujourd'hui intégrés essentiellement dans le Code de la consommation, imposent soit un délai de réflexion préalable avant lequel l'acceptation ne peut être donnée [334], soit un délai de repentir pendant lequel l'acceptation peut être révoquée discrétionnairement [335].

Ces procédés, nous le comprenons, ont été instaurés dans un souci de protection de la partie

---

[334] Exemple : Article L. 312-10 du Code de la consommation pour le crédit immobilier : à partir de la réception de l'offre écrite, s'écoule un délai de dix jours pendant lequel l'offre ne peut être acceptée, puis s'ouvre un délai de vingt jours pendant lequel l'acceptation est possible.

[335] Exemples :
- L'article L. 121-20 du Code de la consommation accorde au consommateur un délai de réflexion de sept jours pour les contrats à distance.
- Articles L. 311-15 et L. 311-16 du Code de la consommation : un délai de réflexion de sept jours est accordé au consommateur pour les opérations de crédit à la consommation (sur demande de ce dernier, le délai peut être réduit à trois jours : article L. 311-24 du Code de la consommation).
- Article L. 121-64 du Code de la consommation : un délai de réflexion de dix jours est octroyé au consommateur pour le contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé.
- Article L. 121-25 du Code de la consommation pour le démarchage à domicile : dans les sept jours qui suivent celui de la signature, le client peut renoncer à sa commande.

faible au contrat : il faut protéger la réflexion du contractant consommateur dans les contrats particulièrement complexes ou ceux dans lesquels il risque de perdre son libre arbitre.

121 Bien différente est la finalité de la période d'essai, créée, pour sa part dans le seul contrat de travail. Bien que le droit de repentir se retrouve identiquement, cette période ne trouve pas sa justification dans la protection de la partie faible à ce contrat, à savoir le salarié. D'ailleurs, elle ne s'adresse pas à ce seul salarié mais vise au contraire, de manière globale, les deux parties.
Ainsi, auprès de l'employeur, la période d'essai a pour objet de permettre de juger, non seulement les qualités techniques du salarié recruté mais aussi ses facultés d'adaptation à l'emploi et au nouvel environnement. Quant au salarié, cette période d'essai lui offre la possibilité d'apprécier si ses nouvelles conditions de travail lui conviennent.

La période d'essai insérée au sein d'un contrat de travail se démarque également sur un autre aspect des techniques civilistes : sa nature juridique diffère.
Après de multiples controverses doctrinales, les avis convergent, aujourd'hui, pour reconnaître que la période d'essai fait partie du contrat de travail et n'en constitue pas simplement un avant contrat. Et ce, contrairement à ce qui existe en matière de législation protectrice des consommateurs où la formation du contrat est souvent purement et simplement retardée [336].

La période d'essai se détache donc des procédés existant en droit civil tant par sa finalité que par sa nature. Pour autant, le consensualisme prôné par le Code civil n'est pas absent de cette phase contractuelle. Au contraire, il y est même omniprésent. En effet, le Code du travail qui a conçu, par dérogation au droit commun, cette période d'essai ne l'a pas réglementée de façon générale. Seules quelques dispositions éparses y font référence pour l'exclure de leur champ d'application. Aussi, qu'il s'agisse de son existence ou de sa durée, la période d'essai est soumise à la commune volonté des parties.

---

[336] Ainsi, par exemple, dans le cadre du démarchage, la signature obtenue par le démarcheur constitue seulement une étape dans le processus de formation du contrat. Ce dernier ne sera parfait que sept jours après la signature quand le consommateur aura pu lire le contrat à tête reposée, réfléchir et éventuellement demander conseil.
De la même façon, dans le cas de la vente à distance, il faut considérer que la conclusion définitive est retardée jusqu'à l'expiration du délai de sept jours à compter de la livraison. En effet, pendant ce délai, le consommateur peut à tout moment faire retour du produit au vendeur, sans donner de motif ni verser d'indemnité.

C’est donc à la qualification de période d'essai que nous nous intéresserons initialement (§1).

Qualification qui est d’autant plus importante à livrer que, durant la période d'essai, chaque contractant est libre de mettre fin au contrat de travail, à tout moment, sans justification et sans avoir à respecter les délais et formalités normalement applicables en cas de licenciement ou de démission. Il s’agit là de la caractéristique primordiale de cette période. L’unilatéralisme retrouve toute sa place au moment de la séparation.
Il n’en demeure pas moins que la qualification de « démission » ou de « licenciement » est rejetée en la matière. Néanmoins, à titre de sanction, la requalification en « licenciement » recouvre entière application avec le régime qui s’ensuit (§2).

§ 1 - La qualification de la période d'essai

En l’absence de définition légale, et au regard de la diversité des sources, la période d'essai est d’une qualification d’autant plus difficile qu’elle se situe à cheval sur les phases de formation, d’exécution et de cessation du contrat de travail. Elle se trouve au carrefour de la politique de recrutement et celle du congédiement. Or, le recours à une période d'essai est une pratique généralisée dans les relations de travail. Il est donc indispensable de la définir précisément (A). Définition d’autant plus importante que la période d'essai est encadrée tant dans son existence que dans sa durée (B).

A - Définition de la période d'essai

Il convient, en premier lieu, de préciser l’objet de la période d'essai et de la différencier d’autres procédés pragmatiques mais recevant application d’un tout autre régime juridique (1°). Une fois nettement identifiée, nous regarderons la nature juridique exacte de cette période d'essai (2°).

1° - La distinction de la période d'essai avec des situations voisines

La crise économique a exercé de profonds retentissements sur les modalités d’accès à l’emploi. Des glissements successifs se sont opérés en la matière. L’un a consisté à recourir au contrat de travail à durée déterminée et au travail temporaire. Certains employeurs pensaient que ces techniques leur permettraient de ne pas s’encombrer de salariés dont ils n’auraient

qu'un usage réduit et temporaire.

La crise économique les a également conduit à chercher à se prémunir contre un autre risque : celui financier lié à l'engagement. Il s'est alors agi pour eux de n'embaucher et de ne conserver à leur service que les personnes les plus qualifiées et les mieux adaptées aux besoins de l'entreprise. En pratique, cette volonté s'est manifestée de plusieurs manières. Entre autres, les employeurs ont recouru de manière croissante à des périodes préliminaires au contrat de travail telles que les épreuves d'essai professionnel (b) et de stage (c). Mais ces formules ne disparaissent pas avec la conclusion du contrat de travail. Ainsi, en cours d'exécution du contrat, une période probatoire peut être convenue (d). Plus spécifiquement, dans les entreprises employant au plus vingt salariés, un contrat de travail appelé « contrat nouvelles embauches » a été créé avec pour particularité une période de consolidation d'emploi de deux années pendant laquelle l'employeur peut cesser la relation de travail sans avoir à se soumettre à l'ensemble des règles sur le licenciement. Si cette période s'apparente à la période d'essai, elle s'en écarte notablement sur certains points, principalement quant à la finalité qu'elle poursuit (e).

L'objet de la période d'essai mérite que nous nous y arrêtions maintenant (a).

a - L'objet de la période d'essai

122 Classiquement, la période d'essai est définie comme la première phase d'exécution du contrat de travail pendant laquelle l'employeur apprécie les qualités professionnelles du salarié tandis que celui-ci vérifie si la tâche et les conditions d'emploi lui conviennent [337].

Pour l'employeur, la période d'essai permet donc de juger, non seulement les qualités techniques du salarié, mais aussi ses facultés d'adaptation à l'emploi et au nouvel environnement ainsi que ses qualités sociales. En quelque sorte, la période d'essai donne la possibilité de s'assurer de la fiabilité des procédures de recrutement et sert, éventuellement, de soupape au début de l'exécution du contrat de travail.

---

[337] Des auteurs ont pu soulever que la liberté de rupture en période d'essai était purement théorique s'agissant du salarié contraint par les nécessités économiques de travail même si l'emploi ne lui convenait pas (P. AUVERGNON ; J.-Y. FROUIN ; H. SINAY). À l'inverse, selon N. BATAILLE-NEVEJANS, le simple exemple des cadres permettrait de nuancer cette affirmation : la période d'essai leur permet de mettre rapidement fin à l'emploi qui ne correspond pas à leur plan de carrière.

Le salarié est donc en « observation » pendant l'essai. Néanmoins, il fait partie intégrante de l'entreprise, c'est à dire qu'il doit bénéficier des mêmes droits que les autres salariés pour l'exécution du travail et est pris en compte dans l'effectif de l'entreprise.
L'unique, mais néanmoins primordial, aspect qui distingue le salarié en période d'essai est en réalité l'absence de protection légale en matière de rupture du contrat de travail. En effet, les dispositions du Code du travail relatives au licenciement sont écartées durant l'essai. Le salarié se trouve donc dans une situation de grande insécurité.
C'est la raison pour laquelle il est très important de distinguer la véritable période d'essai d'autres situations y ressemblant. Ainsi, en premier lieu, il faut différencier la période d'essai de l'essai professionnel.

b - Différence avec l'essai professionnel

123 La période d'essai doit être nettement distinguée de l'essai professionnel, également connu sous d'autres vocables, tels « épreuve d'essai », « exercice d'essai » ou encore « essai du travail ». En effet, l'essai professionnel se situe dans la phase précontractuelle (contrairement à la période d'essai qui, rappelons-le appartient véritablement à la phase d'exécution du contrat de travail) et permet à l'employeur de faire un premier choix parmi les diverses candidatures. L'essai professionnel n'a donc pas la même finalité que la période d'essai. Il s'en distingue également sur d'autres aspects.

Tout d'abord, une différence existe quant à l'objet des deux situations.
L'essai professionnel consiste généralement en une épreuve pratique ou un examen psychotechnique permettant à l'employeur de vérifier la qualité professionnelle et l'aptitude technique du candidat à occuper l'emploi brigué. L'objet de la période d'essai, nous l'avons mentionné auparavant, va au-delà.

Eu égard à la finalité propre de l'épreuve, l'ensemble des auteurs, relayés par la jurisprudence, s'accordent à reconnaître que la durée de l'essai professionnel doit être très brève : quelques heures, plus rarement une journée [338]. La durée de la période d'essai, quant à

[338] Voir pourtant : Cass. soc., 4 janvier 2000, n° 97-41.154, *Bull. civ.*, V, n°4. En l'espèce, une personne est soumise, préalablement à son embauche comme chauffeur de car, à des tests professionnels sur une période de 30 jours. Les tests consistaient à conduire un car de l'entreprise destiné au transport des élèves, mais vide de passager, en présence du chauffeur habituel, pendant quelques heures. En dépit de la longue période sur laquelle

elle, nous l'analyserons, doit être en corrélation exacte avec le temps nécessaire pour tester les aptitudes d'un salarié (compte tenu de sa qualification) et l'emploi occupé.

Enfin, l'essai professionnel, qui est une invention de la pratique, se distingue de la période d'essai par l'absence de rémunération obligatoire du candidat qui a été soumis à cette épreuve. En effet, le contrat de travail n'ayant pas été conclu, les règles relatives au versement d'un salaire ne s'appliquent pas. Le principe de gratuité est donc de mise en la matière. Toutefois, une rétribution du candidat demeure possible lorsque la convention collective ou un usage le prévoit.

À côté de l'essai professionnel, il peut arriver que le futur employeur soumette le candidat à l'embauche à un stage de formation.

c - Différence avec le stage

124 Il arrive parfois que la prise en charge des fonctions d'un salarié soit précédée d'un stage de formation. Ce stage a généralement pour but d'informer le salarié sur son emploi et sur le fonctionnement de l'entreprise.

Selon les juges, cet intervalle se situe dans la phase précontractuelle et ne peut être assimilé à une période d'essai [339]. En effet, au cours de cette phase, le stagiaire ne perçoit aucune rémunération et n'exerce aucune fonction.
Il en est ainsi, par exemple, de la participation par un futur salarié à des sessions de formation pendant une période de sélection et de préformation avant d'exercer ses fonctions dans l'entreprise [340].

---

se déroule ces tests, la Cour de cassation considère que ces prestations constituent un essai professionnel et *« non une période de travail impliquant que l'intéressée soit placée dans des conditions normales d'emploi »*.

[339] Cass. soc., 21 janvier 1988, n° 85-41.368.

[340] Pour les juges, cette période ne constitue pas l'exécution du contrat de travail car le salarié s'est rendu aux sessions de formation de manière volontaire et en toute liberté, sans être soumis à aucune directive particulière. En outre, aucune rémunération ne lui a été versée au cours de cette période : Cass. soc., 24 octobre 2001, n° 99-45.068.

En revanche, s'agissant des périodes qui sont qualifiées de « stage probatoire » ou « stage de titularisation » par des textes conventionnels ou réglementaires, et qui ont lieu lors du commencement d'exécution du contrat de travail pendant une période déterminée, la jurisprudence considère qu'il y a lieu de les assimiler à une période d'essai. Ceci, peu important leurs différences nominatives, dès lors qu'elles ont pour but d'écarter les règles du licenciement en cas de rupture par l'employeur.
De la sorte, ont été requalifiées en période d'essai, les périodes de stage imposées par la convention collective du Crédit Agricole mutuel aux agents relevant de certaines catégories de personnel [341] ou encore par le statut national du personnel des industries électriques et gazières aux agents d'exploitation recrutés par EDF en vue de leur titularisation [342].

Ces stages probatoires, qui peuvent être requalifiés en période d'essai, doivent eux-mêmes être différenciés de la « période probatoire » établie en cas de promotion ou de changement de fonctions du salarié.

d - Différence avec la période probatoire

125 La question qui se pose ici est de savoir s'il est possible de prévoir une période d'essai en cas de promotion ou de changement de fonctions du salarié.

Pour la jurisprudence, le début du contrat de travail est le seul moment licite de l'essai. En conséquence, en cours de contrat, seule une période probatoire est possible. Dès lors, une période probatoire, lors d'un changement de fonctions ou en vue d'une promotion professionnelle, en cours d'exécution du contrat, ne constitue pas une période d'essai. Ceci découle de l'article L. 122-4-7 alinéa 2 du Code du travail qui interdit aux parties de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles du licenciement.
Une telle solution s'impose. En effet, il serait superfétatoire d'encadrer fortement l'exercice de son droit de résiliation unilatérale par l'employeur dans un souci de protection du salarié s'il pouvait s'en affranchir à l'occasion d'un changement de fonctions du salarié en insérant simplement une période d'essai.

---

[341] Cass. soc., 8 janvier 1997, n° 93-40.291, *Bull. civ.*, V, n°9.

[342] Cass. soc., 27 novembre 2002, n° 00-46.453.

La clause convenue en cours d'exécution du contrat de travail, constitue donc une période probatoire, distincte de la période d'essai. Si la période probatoire s'avère non concluante, l'employeur est fondé à y mettre fin. Cependant, opérant un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation décide, le 30 mars 2005, que l'employeur est tenu de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures [343].

Ce retour sur l'emploi initial ne correspond en aucune façon à une rétrogradation, ni plus généralement, à une modification du contrat de travail que le salarié serait en droit de refuser. Toutefois, des difficultés apparaîtront sans doute si le salarié refuse de réintégrer son emploi initial. En principe, une telle dénégation est constitutive d'une faute, motif légitime de rupture, à la condition cependant que l'employeur respecte l'ensemble des règles relatives au licenciement.

Une autre complication pourra survenir si l'employeur se trouve dans l'impossibilité de réintégrer le salarié dans ses anciennes fonctions. Certains soutiennent qu'une telle impossibilité constitue une cause réelle et sérieuse justifiant le licenciement [344]. D'autres, en revanche, sont plus réservés sur cette conclusion dans la mesure où l'obligation de l'employeur doit s'analyser en une obligation de résultat. L'employeur qui a pris l'engagement, en cas d'échec du salarié dans son nouvel emploi, de le réintégrer dans son emploi antérieur, ne saurait donc se décharger trop facilement de son obligation lorsqu'il existe, notamment, des emplois équivalents dans l'entreprise [345].

Quoi qu'il en soit, cette solution relative à la période probatoire semble, *a priori*, équilibrée pour les parties. En effet, si une période d'essai classique, en début de contrat de travail, ne comporte que peu de risques pour le salarié à un moment où il n'a pas encore pu acquérir beaucoup de droits, il n'en va pas de même en cours de contrat. Le salarié a alors pu accumuler des droits élevés, liés à une ancienneté importante, qu'une période d'essai viendrait écarter. C'est pourquoi, la condamnation d'une telle clause insérant une nouvelle période d'essai paraît justifiée.

---

[343] Cass. soc., 30 mars 2005 (3 arrêts), n° 02-46.103, 02-46.338, 03-41.797, *CSBP* 2005, n°172, A 54, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2005, p.810, note J. MOULY; *RJS* 6/05, n°594.

[344] J. DUPLAT, « La moralisation de la période d'essai », avis de l'avocat général à la Cour de cassation à propos des arrêts Cass. soc., 30 mars 2005, *Semaine Sociale Lamy* du 11 avril 2005, n°1210, p. 10.
Voir également : Cass. soc., 14 novembre 1990, n° 88-42.542, *Bull. civ.*, V, n°552.

[345] J. MOULY, note sous Cass. soc., 30 mars 2005, *Dr. soc.* 2005, p.812.

126 Pourtant, plusieurs auteurs émettent de vives critiques à propos de cette solution empreinte de considérations d'opportunité.
Ainsi, selon J.-Y. FROUIN, si l'illicéité d'une période d'essai en cours de contrat paraît tout à fait justifiée, la reconnaissance de la licéité d'une période probatoire pendant le contrat prête, en revanche, à discussion : *« On aurait tout aussi bien pu concevoir l'illicéité d'une période probatoire sachant que le changement d'emploi et notamment la promotion professionnelle d'un salarié est un risque de gestion de l'entreprise, risque au demeurant fort limité car l'employeur a déjà pu se faire une opinion précise sur l'aptitude du salarié à occuper un nouvel emploi et demeure en toute hypothèse légalement tenu envers lui de prendre les mesures d'accompagnement nécessaires pour l'adapter à son nouveau poste de travail ; et risque relatif, puisqu'en cas d'échec du salarié malgré les mesures d'accompagnement prises, il est toujours possible à l'employeur de le licencier pour insuffisance professionnelle »* [346].
D'autre part, selon F.-J. PANSIER, cette solution séduisante sur le papier peut s'avérer difficile psychologiquement. Il est effectivement *« difficile pour un salarié, promu à l'essai, de devoir retourner parmi ceux qu'il avait quittés l'espace d'un instant […] Après avoir été à un échelon supérieur dans la hiérarchie, admettre que sa compétence n'est pas dans la mesure des exigences est la vertu d'un philosophe ou d'un sage »* [347].

127 Pour notre part, et au regard du propos qui est ici le nôtre, à savoir la distinction de la période d'essai de situations voisines, nous nous contenterons de souligner qu'il est bienvenu que la jurisprudence ait évolué dans le sens d'une clarification des notions de « période d'essai » et de « période probatoire ».
En outre, il paraît incontestable que l'insertion d'une période d'essai en cours de contrat de travail ouvrait une brèche considérable dans le dispositif légal de protection des salariés. Il n'était pas équitable de pouvoir écarter la législation d'ordre public sur le licenciement par la stipulation d'une période d'essai en cours de contrat.

Une dernière situation ressemblant, à certains égards, à la période d'essai doit désormais être étudiée. Il s'agit de la période de consolidation de l'emploi existant dans le spécifique contrat nouvelles embauches.

---

[346] J.-Y. FROUIN, « Période d'essai, période probatoire et changement d'emploi - De la validité d'une période d'essai en cours de contrat », *RJS* 6/05, p.426.

[347] Note de F.-J. PANSIER sous Cass. soc., 30 mars 2005, *CSBP* 2005, n°172, A 54, p. 316.

e - Différence avec la période de consolidation de l'emploi du contrat « nouvelles embauches »

128 Mesure phare du nouveau dispositif pour l'emploi mis en place par le gouvernement VILLEPIN dans le cadre des mesures urgentes pour enrayer le chômage, le contrat nouvelles embauches (CNE) est applicable depuis le 4 août 2005 [348].

Le CNE se range dans la catégorie des contrats de travail à durée indéterminée.
Il s'en distingue, cependant, en ce qu'il s'adresse aux seules entreprises embauchant jusqu'à vingt salariés. Ceci se justifie au regard du constat opéré par le législateur : parmi les 2,5 millions d'entreprises occupant entre zéro et vingt salariés, environ 1,5 millions n'en comptent aucun. Ces petites structures représenteraient, par conséquent, près de 30 % de l'emploi salarié, c'est à dire une ressource non négligeable à un moment où le taux de chômage oscille autour de 10 % de la population active. Le but du CNE est donc de lutter contre le chômage en levant les freins à l'embauche dans les très petites entreprises.
Mais, le CNE se particularise aussi et surtout du CDI en ce qu'il prévoit des règles de rupture aménagées pendant les **deux premières années** à compter de la date de sa conclusion. Cette période est qualifiée par le ministère de « période de consolidation de l'emploi » [349]. Précisément, pendant cette période, le salarié mais surtout l'employeur peut à tout moment mettre fin au contrat de travail sans avoir à justifier d'une cause réelle et sérieuse et selon une procédure très simplifiée eu égard aux règles de licenciement.

À première vue, cette période de consolidation de l'emploi [350] ressemble fortement à la période d'essai existant dans les contrats de travail « classiques ». Au cours de chacune de ces périodes, chaque partie a la faculté de rompre le contrat de travail sans avoir à alléguer un motif particulier.

---

[348] Ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005, *J.O.* du 3 août 2005, p. 12 689.

[349] Qualification donnée par le ministère de l'Emploi dans la « question-réponse » n°26 publiée le 25 août 2005 sur son site Internet (www.travail.gouv.fr).

[350] E. DOCKÈS préfère parler de « période de précarité » dans la mesure où *« ladite période ne consolide rien, puisqu'elle est au contraire une période d'exceptionnelle précarité. Il est donc plus simple de la désigner pour ce qu'elle est : une période de précarité »*, *Dr. soc.*, septembre - octobre 2007, p.911, note de bas de page n°6.

129 Il convient, toutefois, de les distinguer dans la mesure où elles poursuivent une finalité dissemblable, en dépit de la proximité de leur régime juridique.

En effet, l'essai sert, nous l'avons dit auparavant, tant à permettre à l'employeur de vérifier les compétences et l'aptitude professionnelle du salarié au poste qu'à donner la possibilité à ce dernier de s'assurer que son emploi lui convient. La durée de l'essai s'avère donc réduite au temps suffisant pour juger des compétences du salarié. Elle doit être d'autant plus courte que l'emploi en cause requiert une faible qualification et ne saurait excéder quelques mois pour les cadres. La Cour de cassation estime ainsi que la période d'essai doit avoir une durée raisonnable et en proportion avec le temps nécessaire pour apprécier l'aptitude du salarié aux fonctions occupées.

La période de consolidation de l'emploi répond à un tout autre objectif puisqu'il s'agit de laisser à l'employeur, le choix de se défaire facilement d'un contrat de travail devenu indésirable pour des motifs non liés exclusivement à l'aptitude du salarié. En effet, la période de consolidation d'emploi a clairement été pensée pour permettre à l'employeur de tester l'utilité économique, la rentabilité de l'emploi créé [351]. C'est la raison pour laquelle une phase de deux ans est prévue par le gouvernant. Durée jugée raisonnable par le Conseil d'Etat [352]. Au contraire, amenée à se prononcer après la décision du Tribunal des conflits du 19 mars

---

[351] Voir le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches », *JO* n°179 du 3 août 2005, p.12 688.

[352] CE, 19 octobre 2005, *D.* 2006, n°9 du 2 mars 2006, jurisprudence, p. 629, note G. BORENFREUND ; *JCP*, S, n°20 du 8 novembre 2005, 1317, note R. VATINET, p.27-42 ; *JCP*, E, n°46 du 17 novembre 2005, 1652, p.1942-1951, note P. MORVAN ; *RJS* 5/07, n°645 ; P. RODIÈRE, « Le contrat « nouvelles embauches » et les principes (à propos de la décision du Conseil d'Etat du 19 octobre 2005) », *Semaine Sociale Lamy* du 7 janvier 2006, n°1243, p.5-9.

Le Conseil d'Etat rappelle que la convention n°158 de l'OIT (article 2, §2, b) et l'annexe de la Charte sociale européenne ont prévu la possibilité *« d'exclure certains travailleurs du champ d'application de tout ou partie des dispositions de cette convention, notamment ceux n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable »*. Directement interpellé sur la période de deux ans *« pendant laquelle est écartée l'application des dispositions de droit commun relative à la procédure de licenciement et aux motifs pouvant le justifier »*, la haute juridiction administrative considère *« qu'elle peut être regardée comme raisonnable »*. Et ce, *« eu égard au but en vue duquel cette dérogation a été édictée et à la circonstance que le CNE est un CDI »*.

2007 [353] donnant mandat au juge judiciaire pour se prononcer sur la compatibilité du CNE avec la convention n°158 de l'OIT du 22 juin 1982 (entrée en vigueur en France le 16 mars 1990), la Cour d'appel de Paris juge, le 6 juillet 2007, cette période excessive [354].
Quelle que soit désormais la décision de la Cour de cassation concernant la conformité de l'ordonnance du 2 août 2005 à la convention OIT n°158 (le ministère public a effectivement formé un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris), il apparaît clairement qu'une

[353] Tribunal des conflits, 19 mars 2007, Conclusions du commissaire du Gouvernement I. DE SILVA, *Dr. soc.* juin 2007, p.750-757 ; *RJS* 5/07, n°645 ; *Semaine Sociale Lamy* du 26 mars 2007, n°1300, p.2-3. Le Tribunal des conflits reconnaît la compétence du juge judiciaire pour contrôler la conventionnalité de l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 en estimant que celle-ci avait perdu sa valeur réglementaire à la suite d'une ratification législative implicite par les lois n°2005-1719 du 30 décembre 2005 et n°2006-339 du 23 mars 2006 qui prévoient les mesures de financement de l'allocation forfaitaire allouée aux travailleurs titulaires d'un CNE s'ils se trouvent privés d'emploi.

[354] CA Paris (18ème chambre), 6 juillet 2007, *JCP*, S, n°29 du 17 juillet 2007, 1565, note P. MORVAN ; J.-P. LHERNOULD, « Le CNE à bout de souffle », *RJS* 8-9/07, p.695-700 ; *RPDS*, juillet 2007, p.235, note L. MILET ; *Semaine Sociale Lamy*, n°1316 du 16 juillet 2007, p.2-3. La Cour d'appel de Paris estime que les dispositions de l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 créant le CNE sont contraires à la convention n°158 de l'OIT en ce qu'elles prévoient une période de consolidation de deux années, durée qui excède les limites du « raisonnable ». Elle souligne, en effet, que, *« durant une période de deux années, le contrat « nouvelles embauches » prive le salarié de l'essentiel de ses droits en matière de licenciement, le plaçant dans une situation comparable à celle qui existait antérieurement à la loi du 13 juillet 1973 et dans laquelle la charge de la preuve de l'abus de la rupture incombait au salarié ; Cette régression, qui va à l'encontre des principes fondamentaux du droit du travail, dégagés par la jurisprudence et reconnus par la loi prive les salariés des garanties d'exercice de leur droit au travail ; Dans la lutte contre le chômage, la protection des salariés dans leur emploi semble être un moyen au moins aussi pertinent que les facilités données aux employeurs pour les licencier et il est pour le moins paradoxal d'encourager les embauches en facilitant les licenciements »*. Ajoutant *« qu'aucune législation de pays européens, comparables à la France, n'a retenu un délai aussi long durant lequel les salariés sont privés de leurs droits fondamentaux en matière de rupture du contrat de travail »*, elle conclut que *« **le contrôle de proportionnalité ne permet pas de considérer que le délai de deux années institué par l'ordonnance du 2 août 2005 soit raisonnable** »*. La Cour d'appel de Paris en déduit donc que le CNE doit être requalifié en contrat de travail à durée indéterminée de droit commun.

Cet arrêt de la Cour d'appel de Paris confirme le jugement rendu par le Conseil de prud'hommes de Longjumeau le 28 avril 2006 (*JCP*, S, n°21-22 du 23 mai 2006, 1424, note P. MORVAN ; *RJS* 7/06, n°877 ; L. MILET, « Le contrat « nouvelles embauches » déclaré non conforme aux engagements internationaux de la France », *RPDS*, mai 2006, p.165 ; F. FAVENNEC-HÉRY, « Le CNE est-il conforme à la convention n°158 ? », *Semaine Sociale Lamy* du 12 juin 2006, n°1265, p.6-8).

durée de deux années serait totalement inconcevable concernant une période d'essai car bien trop longue pour s'assurer des compétences d'une personne à son poste.

130 Il convient ensuite de différencier la période d'essai de la période de consolidation de l'emploi sur un autre aspect : le préavis.
La rupture du CNE ouvre droit à un préavis dont la durée varie selon l'ancienneté du salarié dans l'entreprise [355]. Inversement, la rupture de la période d'essai ne fait pas, en principe, courir de délai différant la prise d'effet de la rupture, sauf convention ou accord collectif en disposant autrement.
Le préavis trouve sa raison d'être dans le fait que les parties ont pu légitimement croire que la relation de travail s'est installée durablement. Aussi, ne se justifie t-il pas inévitablement dans les contrats à durée déterminée, ni lors de la période d'essai mais seulement dans les autres cas de rupture à l'initiative de l'employeur, tels que le licenciement.

131 Une modalité supplémentaire de la rupture éloigne la période d'essai de la période de consolidation de l'emploi du CNE : la notification de la cessation des relations de travail. En effet, contrairement aux règles légales du licenciement, qui imposent l'envoi ou la remise d'une lettre de licenciement, la décision de mettre fin à la période d'essai ne doit pas obligatoirement être notifiée par écrit.
Au contraire, l'article 2 de l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 soumet la rupture du délai biennal à un mécanisme de notification formaliste [356]. Et ce, étrangement, sans opérer de distinction textuelle selon que la rupture est à l'initiative de l'employeur ou du salarié.

132 Enfin, la période de consolidation de l'emploi se particularise de la période d'essai concernant son indemnisation.

---

[355] Article 2, 2° de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 : *« Lorsque l'employeur est à l'initiative de la rupture et sauf faute grave ou force majeure, la présentation de la lettre recommandée fait courir, dès lors que le salarié est présent depuis au moins un mois dans l'entreprise, un préavis. La durée de celui-ci est fixée à deux semaines, dans le cas d'un contrat conclu depuis moins de six mois à la date de la présentation de la lettre recommandée, et à un mois dans le cas d'un contrat conclu depuis au moins six mois »*, *J.O.* du 3 août 2005, p.12689.

[356] Article 2, 1° : *« La rupture est notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception »*, *J.O.* du 3 août 2005, p. 12689.
Aucune formalité équivalente n'est admise telle que la remise en mains propres contre décharge, comme cela existe en matière de licenciement.

Sauf dispositions conventionnelles contraires, la rupture de la période d'essai n'ouvre droit à aucune indemnité.
À l'opposé, l'employeur doit verser au salarié dont il rompt le CNE, sauf faute grave, outre les sommes restant dues au titre des salaires et de l'indemnité de congés payés, une indemnité égale à 8% du montant total de la rémunération brute due au salarié depuis la conclusion du contrat de travail [357]. À cette indemnité s'ajoute une indemnité égale à 2% de la rémunération brute due au salarié depuis le début du contrat versée aux ASSEDIC et destinée à financer les actions d'accompagnement du salarié en vue de son retour à l'emploi.

Au terme de cette analyse nous comprenons donc que la période de consolidation de l'emploi n'est qu'une autre manière de désigner un temps échappatoire aux règles du licenciement, et principalement à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse. En aucun cas, elle ne peut être assimilée à la période d'essai en dépit de ses faux-semblants. D'ailleurs, une circulaire ministérielle du 8 mars 2006 [358] emploie purement et simplement le terme de « licenciement » pour qualifier la rupture de la période de consolidation de l'emploi.

Ayant maintenant distingué la période d'essai d'autres mécanismes juridiques proches, il est temps de nous intéresser à la nature juridique exacte de celle-ci.

2 °- La nature juridique de la période d'essai

Pendant longtemps, la nature juridique de l'essai a fait l'objet de controverses doctrinales. En effet, adoptant une attitude pragmatique, le juge ne s'est pas prononcé dès l'origine sur la nature de l'engagement à l'essai. Aussi, les auteurs se sont-ils penchés sur cette question.

133 La conception du contrat préparatoire, provisoire et préalable à la conclusion du contrat de travail définitif est la première en date [359]. Mais cette thèse, qui suppose l'existence

---

[357] Le régime fiscal et social de cette indemnité est calqué sur l'indemnité de licenciement de droit commun.

[358] Circulaire du 8 mars 2006, *JCP*, S, n°14 du 4 avril 2006, 1286.

[359] ◆ R. DEMOGUE, « Les contrats provisoires » in *Etudes de droit civil* à la mémoire d'Henri CAPITANT, 1939, Dalloz, p.159 et s.

de deux contrats successifs (un contrat de travail à l'essai, puis un contrat ferme) se heurte vite à des objections graves relevées tant par M. CAMERLYNCK [360] que par M. DURAND : *« les modifications peu sensibles qui surviennent dans les relations de travail après la période d'essai ne rendent pas nécessaire la conclusion d'un contrat nouveau. La prolongation des rapports contractuels se fait sur le fondement du contrat primitif et les conditions de validité de l'acte d'embauchage sont uniquement appréciées lors de la formation du contrat à l'essai »* [361]. En effet, il apparaît que tous les éléments du contrat définitif sont, dès l'origine, convenus par les parties. En outre, ce contrat définitif succède à l'essai concluant sans nouvelle manifestation de volonté des parties.
La thèse de la dualité de contrats ne rend donc pas compte de la réalité. Elle est alors abandonnée au profit de la thèse du contrat de travail unique.

134 Pour certains, il est alors soutenu qu'il s'agit d'un contrat unique assorti d'une condition suspensive [362]. Le contrat de travail serait suspendu jusqu'au terme convenu et deviendrait caduc en cas d'essai non satisfaisant.
Mais une fois encore, la spécificité du contrat de travail à l'essai résiste à l'ambitieuse construction projetée. Effectivement, les obligations du contrat de travail, nées d'ores et déjà dès la période d'essai, contredisent la thèse du contrat sous condition suspensive. Le contrat engendre, pendant la période d'essai, les obligations essentielles du contrat de travail.

135 Après l'abandon de cette deuxième analyse, auteurs et jurisprudence optent en faveur de la thèse du contrat unique sous condition résolutoire (le constat par l'une des parties du caractère non probant de l'essai) [363]. Le contrat à l'essai développerait aussitôt ses entiers effets comme un contrat pur et simple mais il serait perpétuellement exposé à la menace de l'insatisfaction conduisant à la rupture. La libre résiliation du contrat de travail à l'essai

---

◆ P.-F. GONIDEC, « L'engagement à l'essai dans la métropole et dans les TOM », *D.* 1958, chronique, p.35.

[360] G.-H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, tome I, n°81, p.142.

[361] P. DURAND, *Droit du travail*, tome 2, n°161, p.287.

[362] Conception critiquée par H. SINAY, « Le travail à l'essai », *Dr. soc.*, 1963, p.150.

[363] Cass. soc., 28 avril 1955, *Bull. civ.*, IV, n°347 : *« Attendu qu'un contrat à l'essai est un contrat de travail conclu sous condition résolutoire »*.

équivaudrait donc au jeu classique d'une condition résolutoire. D'ailleurs, dans le cas où le contrat serait maintenu après l'expiration de l'essai, la thèse de la condition résolutoire est encore pleinement suffisante puisqu'elle assure au salarié le bénéfice de l'ancienneté dès son entrée dans l'entreprise.
Et pourtant, une fois de plus, le contrat de travail paraît rebelle à une telle analyse. Décidément rétif, il répugne à être capté par une quelconque thèse de droit civil classique. En effet, dès lors que l'on laisse à l'employeur une large possibilité d'apprécier si l'essai est ou non satisfaisant, la condition devient potestative [364], ce que n'admet pas l'article 1174 du Code civil.

136 Nous nous apercevons ainsi que cette nouvelle analyse n'explique, pas plus que celle de la condition suspensive, le mécanisme de la rupture. C'est pourquoi nous pensons, comme M. NOGUÉRO, que la période d'essai doit davantage être analysée comme une clause de rupture unilatérale octroyée ou consentie [365]. Pendant cette phase probatoire et approbative qu'est la période d'essai, les contractants exécutent une clause permettant d'expérimenter le contrat de travail.

Du reste, comme le soulignent quelques annotateurs, l'intérêt du débat théorique se situe autre part que dans la nature juridique de la période d'essai [366]. Il s'agit de s'intéresser davantage à la qualification de la rupture intervenant au cours de cette période d'essai. Et particulièrement, se pose la question de savoir si l'acte de rupture ne doit pas être qualifié de « démission » ou de « licenciement » selon la partie qui l'exerce, sans différencier le moment où il se produit (c'est à dire pendant la période d'essai ou après celle-ci lorsque le contrat est consolidé). Nous reviendrons sur cette question dans nos développements suivants.

Pour l'heure, analysons les conditions d'existence de la période d'essai. Si elle constitue une pratique courante dans le milieu du travail, elle n'est pas source d'une

---

[364] La condition potestative peut être définie comme la condition qui dépend de la volonté de l'une des parties à l'acte juridique ou au contrat. Elle est valable lorsque la volonté dont elle dépend est celle du créancier de l'obligation. Elle ne l'est pas lorsqu'elle dépend de la seule volonté du débiteur.

[365] D. NOGUÉRO, « Le devenir de la période d'essai du salarié », *Dr. soc.* 2002, p.591.

[366] G. POULAIN va jusqu'à écrire que *« le problème de la nature juridique de la période d'essai est le type même du faux débat »* : « La liberté de rupture en période d'essai », *Dr. soc.*, 1980, p.476.

législation abondante. L'étendue de son recours est inversement proportionnelle à sa place dans le Code du travail. Une grande place est donc laissée aux contractants tant en ce qui concerne l'existence que la durée de cette primo phase contractuelle.

B - Les conditions d'existence de la période d'essai

Si la conclusion du contrat de travail est, en principe, définitive dès l'échange des consentements, les parties peuvent déroger à la règle en prévoyant l'existence d'une période d'essai quelle que soit la nature du contrat de travail (1°). Toutefois, dans le but d'une meilleure protection des salariés, le juge pose comme condition à l'application de cette période d'essai que le salarié ait eu connaissance de son existence.
Si une telle preuve est apportée, encore faut-il que la période d'essai n'ait pas pour effet de maintenir le salarié en situation précaire plus longtemps que cela est nécessaire pour juger de ses compétences professionnelles (2°).

1° - La prévision de la période d'essai

137 Aucune disposition légale ne rend obligatoire la période d'essai. Le contrat de travail est donc normalement conclu à titre définitif. Cependant, d'autres sources juridiques peuvent imposer une telle phase contractuelle lors de l'engagement du salarié : le contrat de travail lui-même et/ou la convention collective. Mais en aucun cas, la période d'essai ne peut être instituée par un usage [367] ou par un document interne à l'entreprise [368].

Quoi qu'il en soit, il revient à celui qui se prévaut de l'existence d'une période d'essai de rapporter la preuve de son existence : la période d'essai ne se présume pas [369]. Cette preuve est plus ou moins ardue selon la source de l'insertion d'une telle phase.

De la sorte, lorsque la convention collective ne comporte aucune mention relative à une période d'essai le contrat de travail peut valablement en prévoir une. En revanche, si le

---

[367] Cass. soc., 14 janvier 2004, n°01-46.436.

[368] Cass. soc., 6 juin 2001, n°99-43.929.

[369] Cass. soc., 12 décembre 1983, n°81-42.023, *Bull. civ.*, V, n°604.

contrat de travail ne comporte aucune clause écrite prévoyant une période d'essai, le salarié est embauché à titre définitif.

De façon identique, lorsque la convention collective prévoit la faculté de recourir à une période d'essai [370], le contrat de travail doit obligatoirement l'exprimer par écrit dans une clause explicite, faute de quoi le salarié n'y sera pas soumis [371].

Parfois, la convention collective ne se contente pas de suggérer la période d'essai mais l'impose aux parties, sauf accord contraire de leur part [372].
Depuis un arrêt du 29 mars 1995, la Cour de cassation considère que dans l'hypothèse où le contrat de travail n'écarte pas l'application d'une telle disposition, le salarié est soumis à la période d'essai.
Toutefois, et il s'agit d'une précision capitale, le salarié doit avoir été informé au moment de son engagement de l'existence de cette convention collective et été mis en mesure d'en prendre connaissance. Il appartient à l'employeur d'informer directement le salarié, à une date antérieure ou concomitante à la signature du contrat de travail [373], de l'existence des dispositions conventionnelles applicables et de lui permettre d'en prendre connaissance [374].

---

[370] Exemples : La CCN des commerces de gros de la confiserie – chocolaterie – biscuiterie ; la CCN des services de l'automobile ; la CCN du personnel des casinos autorisés ; la CCN du bâtiment.

[371] Cass. soc., 27 octobre 1999, n°97-44.017, *Bull. civ.*, V, n°421.

[372] Exemples : La CCN du notariat ; la CCN du commerce de détail de l'habillement et des articles textiles.

[373] Cass. soc., 20 juin 2001, n°99-44.568.
L'information relative à une période d'essai transmise au salarié après la signature du contrat de travail est considérée comme tardive et rend inopérante ladite période : Cass. soc., 25 octobre 1995, n°93-42.476.

[374] Cass. soc., 29 mars 1995, n°91-44.562, *Bull. civ.*, V, n°112 ; *D.* 1996, jurisprudence, p.127, note G. PIGNARRE ; J.-M. DESJARDINS, « Sur les conditions d'application de la période d'essai prévue par une convention collective », *Dr. soc.* 1995, p.454-460 ; *JCP*, G, 1996, I, 3899, n°4, obs. J.-F. CESARO.
Confirmation de jurisprudence :
- Cass. soc., 23 avril 1997, *RJS* 6/97, n°648.
- Cass. soc., 25 mars 1998, *RJS* 5/98, n°561.
- Cass. soc., 3 juillet 2001, *Dr. soc.* 2001, p.1020, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.
- Cass. soc., 18 juillet 2001, *RJS* 11/01, n°1244.

L'employeur ne peut, par conséquent, se prévaloir à l'encontre du salarié d'obligations découlant d'une convention dont il ignorait l'existence.

Une telle obligation précontractuelle de renseignements imposée à l'employeur se justifie notamment par la forme du contrat de travail qui, le plus souvent, revêt l'aspect d'un contrat d'adhésion. Le confort contractuel du contrat d'adhésion, dont parle le doyen CARBONNIER, ne doit pas nuire à la protection du consentement. Le salarié mérite d'être protégé parce qu'il est plus faible que son cocontractant tant du point de vue de l'accès à l'information qu'à l'égard du contenu du contrat de travail.

Protection qui s'apparente, à certains égards, à celle incorporée dans de nombreux contrats de consommation et qui mettent à la charge des professionnels une obligation de renseignements et de mise en garde à l'égard de leur cocontractant [375]. Ainsi, par exemple, l'assureur doit informer et conseiller le souscripteur sur les conditions et l'étendue de la garantie offerte, le médecin sur les risques de l'intervention, le fabriquant sur les dangers ou contre-indications de son produit ou sur les précautions d'emploi, l'entrepreneur sur l'adéquation des travaux commandés et l'état de la réglementation, etc.

Dans tous les cas, c'est au débiteur du renseignement de prouver qu'il l'a fourni, ce qui rend en conséquence très fragiles toutes les indications données seulement verbalement. Dans le domaine du contrat de travail, c'est pareillement à l'employeur de prouver la connaissance par le salarié de la disposition de la convention collective relative à la période d'essai [376].

Si l'existence de la période d'essai est prouvée, encore faut-il en déterminer sa durée. La délimitation précise de celle-ci est effectivement essentielle dans la mesure où le salarié se trouve, pendant son exécution, dans une situation de précarité.

---

[375] Voir pour une étude complète : M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, LGDJ, Paris, 1992, 573 pages.

[376] Cass. soc., 23 avril 1997, n°94-42.525, *Bull. civ.*, V, n°143.

Confirmation : Cass. soc., 18 juillet 2001, n°99-44.279.

2 ° - La durée de la période d'essai

138 À l'exception de certains types de contrats de travail (CDD [377], contrat de travail temporaire [378], contrat d'apprentissage [379], contrat de professionnalisation, contrat d'accompagnement dans l'emploi, etc.) ou de certaines catégories de salariés (par exemple, les VRP [380] ou les assistantes maternelles) pour lesquels la loi encadre la durée de la période d'essai, le Code du travail reste silencieux sur la durée de la période d'essai applicable à un contrat de travail à durée indéterminée. Les parties peuvent alors fixer librement cette durée.

Toutefois, cette liberté est limitée par le principe, dégagé par la jurisprudence, selon lequel la durée de la période d'essai doit être en relation avec le temps nécessaire pour tester les aptitudes d'un salarié, compte tenu de sa qualification et de l'emploi proposé (a).

---

[377] À défaut d'usages ou de dispositions conventionnelles prévoyant des durées moindres, la durée de la période d'essai dans un CDD est limitée à :
- Un jour par semaine (sans que la durée puisse dépasser deux semaines) pour les contrats inférieurs ou égaux à six mois.
- Un mois maximum pour les contrats supérieurs à six mois. En l'absence de terme précis, la période d'essai est calculée de la même façon, par rapport à la durée minimale du contrat.

[378] Le contrat de travail temporaire peut comporter une période d'essai dont la durée est fixée par convention collective ou accord professionnel de branche étendu, ou par accord d'entreprise ou d'établissement. À défaut cette durée est limitée comme suit :
- Contrat inférieur ou égal à un mois = deux jours ouvrés.
- Contrat entre un mois et deux mois = trois jours ouvrés.
- Contrat de plus de deux mois = cinq jours ouvrés.

[379] Durant les deux premiers mois de l'apprentissage, le contrat peut être rompu par l'employeur ou par l'apprenti (ou par son représentant).
La résiliation unilatérale du contrat par l'une des parties pendant les deux premiers mois de son exécution ou la résiliation convenue d'un commun accord doit être constatée par écrit et notifiée au directeur du centre de formation d'apprentis ou, dans le cas d'une section d'apprentissage, au responsable d'établissement, ainsi qu'à l'organisme ayant enregistré le contrat qui transmet sans délai à la DDTEFP ou au service assimilé du lieu d'exécution du contrat d'apprentissage. La même règle s'applique lorsque la résiliation est intervenue à l'initiative du salarié à la suite de l'obtention du diplôme ou du titre de l'enseignement technologique qu'il préparait.

[380] Une période d'essai peut être prévue, dont la durée ne saurait être supérieure à trois mois (article L. 751-6 du Code du travail). Toute prolongation de cette période d'essai est interdite (Cass. soc., 5 février 1992, n°89-41.959, *RJS* 1992, n°368).

C'est cette même idée de l'appréciation des capacités du salarié qui guide les règles relatives à la prolongation de la période d'essai initialement convenue entre les parties (b).

139 Une autre limite a été apportée par la jurisprudence au consensualisme : les parties ne peuvent convenir de différer le début de la période d'essai [381]. En effet, le salarié ne peut renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles légales du licenciement. Par conséquent, la période d'essai doit débuter le jour où le salarié prend effectivement ses fonctions.

Enfin, précisons que la période d'essai, qu'elle soit exprimée en mois, en semaines ou en jours s'entend de façon calendaire [382], c'est à dire sans qu'il soit tenu compte des jours non travaillés, par exemple les jours fériés [383].

Ceci étant précisé, intéressons-nous désormais au caractère raisonnable que doit renfermer la durée de la période d'essai.

---

[381] Cass. soc., 25 février 1997, n°93-44.923, *Bull. civ.*, V, n°83.
Exemples de confirmation de jurisprudence : ◆ Cass. soc., 5 juillet 2005, n°03-47.038, *JCP*, S, n°14 du 27 septembre 2005, 1204, p.21-22, note P-Y. VERKINDT : *« La période d'essai se situe au commencement du contrat de travail. Par ailleurs, les parties ne pouvant valablement renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles légales du licenciement, elles ne sont pas en mesure de différer le début de l'essai »*. Par conséquent, il importe peu que, s'agissant d'un salarié amené à travailler à l'étranger, le contrat de travail stipule que les six premiers mois à compter de l'arrivée de l'intéressé sur le lieu de travail sont considérés comme une période d'adaptation, suivie d'une période d'essai de trois mois.

◆ Cass. soc., 15 mars 2006, n°04-44.544, *Semaine Sociale Lamy* du 27 mars 2006, n°1254, p.15 : *« La durée d'une période d'essai […] commence le jour même de la conclusion du contrat de travail »*.

[382] Cass. soc., 29 juin 2005, n°02-45.701, *RJS* 10/05, n°944 : *« Toute période d'essai exprimée en jours se décompte en jours calendaires »*. Par ce revirement de jurisprudence, la Chambre sociale de la Cour de cassation unifie les règles de calcul mais crée des différences pratiques importantes .
Ainsi, par exemple, une période d'essai d'un mois débutant le 10 août se terminera le 9 septembre à minuit. En revanche, une période d'essai de 30 jours débutant également le 10 août se terminera le 8 septembre à minuit.

[383] Aussi, lorsque le terme de la période d'essai correspond à un jour non travaillé, celui-ci n'est pas pour autant reporté au jour ouvré suivant : Cass. soc., 10 novembre 1988, n°85-46.558.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 10 juin 1992, n°88-45.755.

a - La fixation d'une durée raisonnable

140 Si la convention collective ne contient pas de dispositions sur la durée de la période d'essai, c'est le contrat de travail qui la fixe. Or, le Code du travail n'envisage pas de durée maximale. Les parties peuvent donc, en principe, fixer librement la durée de la période d'essai.

Cependant, cette liberté trouve une limite jurisprudentielle : la durée de la période d'essai ne doit pas être excessive.
Le caractère excessif ou non s'apprécie au regard de deux critères. D'une part, au regard des dispositions de la loi (lorsqu'elle prévoit quelque chose) ou de la convention collective et surtout, d'autre part, au regard de l'emploi occupé et de la qualification du salarié.

141 Tout d'abord, concernant la convention collective (ou, le cas échéant, la loi), il faut souligner que le contrat de travail ne saurait imposer une période d'essai d'une durée supérieure à celle prévue par les dispositions conventionnelles.
En outre, le Code du travail spécifie que lorsqu'une entreprise conserve sous CDI un salarié lié par CDD, ou lorsqu'elle embauche définitivement un intérimaire qu'elle a occupé à ce titre au cours des trois derniers mois, la durée des contrats antérieurs est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail [384]. Dans la même logique, aucune période d'essai ne peut être imposée, sauf dispositions contraires, lorsque le contrat d'apprentissage est suivi de la signature d'un contrat de travail à durée indéterminée dans la même entreprise [385].

142 Ensuite, et c'est l'élément essentiel, la durée de la période d'essai ne doit pas être excessive par rapport à l'emploi occupé par le salarié : elle doit correspondre au temps

---

[384] ◆ Article L.122-3-10 du Code du travail à propos du contrat de travail à durée déterminée.
◆ Article L. 124-6 du Code du travail à propos du contrat de travail temporaire.
Exemples : Cass. soc., 26 février 2002, n°00-40.749, *CSBP* 2002, n°140, S 234, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2002, p.993, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *JCP*, G, 2002, IV, 1637 ; *RJS* 5/02, n°539 : *« Le salarié avait, durant dix-huit mois, exercé le même emploi d'agent de maîtrise auprès du même employeur qui avait donc déjà pu apprécier ses capacités professionnelles, ce dont il résultait qu'une période d'essai d'un mois ne pouvait être valablement stipulée lors de son engagement à durée déterminée ».*

[385] Article L. 110-7 alinéa 4 du Code du travail.

normalement nécessaire pour apprécier les capacités de celui-ci compte tenu de sa qualification et de l'emploi proposé.
C'est la raison pour laquelle a été jugée excessive, la période d'essai de six mois imposée à une sténodactylo, car hors de proportion pour tester une employée de cette catégorie [386]. De même, est excessive une période d'essai de trois mois imposée à un livreur, dont l'activité consistait à livrer à domicile des colis et du courrier selon les tournées établies par la société, et qui, au surplus, avait déjà accompli cette tâche sans préparation et à deux reprises au cours de contrats à durée déterminée de six et treize jours [387]. À l'inverse, n'est pas excessive, la période d'essai de deux mois prévue au contrat de travail, éventuellement renouvelable une fois, d'un directeur ayant sous sa responsabilité une quarantaine de personnes et percevant une rémunération élevée [388].

C'est donc un principe de proportionnalité qui guide le calcul de la durée de la période d'essai : le temps de précarité doit uniquement avoir pour but d'apprécier les qualités du salarié compte tenu de sa qualification et du poste proposé. C'est ce même dessein que poursuivent les règles relatives à la prolongation de la période d'essai.

b - La prolongation ou le renouvellement de la période d'essai

Partant du principe que la finalité de la période d'essai est de permettre aux parties d'éprouver leur relation contractuelle avant qu'elle ne devienne définitive, la Cour de cassation admet que cette phase contractuelle puisse être prolongée en cas d'impossibilité pour les intéressés d'exécuter normalement leurs obligations réciproques (α). Dans cette même optique de test, la jurisprudence autorise les parties, en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, à renouveler la période d'essai (β).

---

[386] Cass. soc., 21 décembre 1977, n°76-40.685, *Bull. civ.*, V, n°727.

[387] Cass. soc., 9 juin 1988, n°85-43.146, *Bull. civ.*, V, n°348.

[388] Cass. soc., 31 mai 2000, n°98-42.939.

α – *La suspension du contrat de travail en cours de période d'essai*

143 L'essai, nous l'avons déjà mentionné, doit permettre à l'employeur de vérifier les aptitudes du salarié. Cette vérification ne peut donc s'effectuer que si ce dernier travaille effectivement pendant tout l'intervalle fixé comme période d'essai. Or, il arrive parfois que, pendant la période d'essai, l'exécution du contrat de travail soit interrompue.
La Cour de cassation a donc, logiquement admis qu'en cas de suspension du contrat de travail, l'essai soit prolongé afin que sa durée réelle coïncide avec la durée initialement prévue. La fin de la période d'essai est alors retardée (de plusieurs jours ou de plusieurs semaines).
Ainsi, il y a lieu de prolonger la période d'essai en cas de maladie ou d'accident du travail [389], mais également lorsque le salarié prend ses congés payés, un congé sans solde [390] ou un congé pour événement familial [391].
Dans tous les cas, la prolongation de la période d'essai doit correspondre à la durée exacte de l'absence.

Le renouvellement de la période d'essai, que nous devons à présent étudier, intervient en dehors de tout problème de suspension du contrat de travail.

β – *Le renouvellement de la période d'essai*

144 À l'expiration de la période d'essai, il peut arriver que l'employeur (plus exceptionnellement le salarié) souhaite renouveler l'essai non satisfait. L'engagement ferme

---

[389] ◆ Cass. soc., 3 octobre 1957, *Bull. civ.*, IV, n°907.
◆ Cass. soc., 12 janvier 1993, n°88-44.572, *Bull. civ.*, V, n°3.

[390] Cass. soc., 23 mai 2007, n°06-41.338, *Semaine Sociale Lamy* du 4 juin 2007, n°1310, p.15.

[391] Cass. soc., 27 novembre 1985, n°82-42.581, *Bull. civ.*, V, n°560.
La solution vaut pareillement s'il s'agit de la fermeture annuelle de l'entreprise.

et définitif est alors reporté une seconde fois jusqu'au terme de la nouvelle période d'essai, d'une durée égale ou inférieure à la période initiale [392].

Ce renouvellement n'est toutefois possible que lorsqu'il est expressément prévu par la convention collective [393] ou le contrat de travail [394].
En outre, en aucun cas, il ne peut être automatique ni décidé unilatéralement par l'employeur. Un tel renouvellement de la période d'essai ne peut, en effet, résulter que d'un accord exprès des parties. Le terme « exprès » interdit évidemment l'accord implicite, résultant par exemple, de la simple poursuite du contrat de travail sans protestation du salarié [395].
Quelle forme peut alors prendre cet accord des parties ? Il convient bien évidemment de privilégier l'écrit. Mais la question s'est posée de savoir quel type d'écrit. La Chambre sociale de la Cour de cassation est venue préciser, dans un arrêt du 15 mars 2006, que l'accord du salarié doit être formalisé par un écrit **spécifique** [396].
Enfin, cet accord des parties doit intervenir à l'approche du terme de la période initiale, et non au début de celle-ci (en d'autres termes, il ne peut y avoir de renouvellement « anticipé ») [397].

---

[392] De la même façon que la durée de la période d'essai doit être proportionnée aux fonctions exercées, son renouvellement ne peut être admis que s'il est vraiment nécessaire pour juger les qualités du salarié. En effet, le renouvellement ne doit pas avoir pour objet de faire échec aux dispositions légales relatives au licenciement.

[393] Cass. soc., 7 janvier 1998, n°86-41.305.

[394] Cass. soc., 10 novembre 1998, n°96-41.579, *Bull. civ.*, V, n°483.

[395] Cass. soc., 10 janvier 2001, n°97-45.164, *Bull. civ.*, V, n°4 : les parties ne peuvent pas convenir d'un renouvellement tacite de la période d'essai.
Confirmation : Cass. soc., 16 octobre 2002, *CSBP* 2003, n°146, S 32, obs. F.-J. PANSIER.

[396] Cass. soc., 15 mars 2006, n°04-46.406, *Semaine Sociale Lamy* du 24 avril 2006, n°1258, p.11. En l'espèce, au cours des trois mois initiaux d'essai, un évaluateur avait établi « une note d'appréciation comportant diverses remarques sur le travail de la salariée » et proposé à l'employeur un renouvellement de la période d'essai. Cette note fut ensuite signée par l'évaluateur, l'employeur et la salariée. Pour la Cour d'appel de Bastia, le fait que la salariée ait signé ce document caractérisait bien son accord, de sorte que ne pouvait être qualifiée de licenciement la rupture du contrat intervenu au cours de la seconde période d'essai. L'arrêt est cassé par la Chambre sociale car *« la signature apposée sur le document d'évaluation adressé par l'évaluateur à l'employeur ne pouvait valoir accord exprès de la salariée sur le renouvellement de la période d'essai »*.

[397] ◆ Cass. soc., 21 décembre 2006, *Jur. soc.*, mars 2007, p.91 : *« Est illicite le renouvellement de la période d'essai décidé par le contrat de travail dès sa conclusion »*.

Nous le voyons, le renouvellement de la période d'essai est encadré aussi strictement par la loi et la jurisprudence que l'énonciation de la période initiale. Ceci se justifie au regard de la situation d'instabilité dans laquelle se trouve le salarié pendant cette phase contractuelle où la rupture est facilitée. Rupture dont la qualification est d'ailleurs autonome.

§ 2 - La qualification de « rupture de la période d'essai »

Lorsque la période d'essai arrive à son terme (celui initialement fixé ou, éventuellement renouvelé), le contrat de travail devient ferme et définitif. Sauf accord entre les parties, la relation de travail se poursuit aux mêmes conditions que celles applicables pendant l'essai [398]. Par ailleurs, le licenciement ne peut plus intervenir que pour une cause réelle et sérieuse.

Cette présentation, aussi optimiste soit-elle, ne doit cependant pas taire la caractéristique propre de la période d'essai, à savoir la faculté de rompre le contrat de travail à tout instant. En effet, pendant la période d'essai, chacune des parties au contrat dispose d'un droit de résiliation unilatérale qui s'exprime sans formalités particulières, ni indication des motifs. Ce droit de résiliation unilatérale particulier quant à son régime ne reçoit pas la qualification de « démission » ou de « licenciement » (A). Toutefois, à titre de sanction, la rupture retrouve la qualification de licenciement (B).

A - La qualification de la rupture

La Cour de cassation, à plusieurs reprises, a confirmé l'autonomie de la rupture de la période d'essai par rapport au licenciement, à la démission ou encore à la rupture d'un contrat de travail à durée déterminée (2°).
Mode de rupture autonome certes, placé sous le principe de la liberté contractuelle mais qui nécessite de s'interroger spécifiquement sur son articulation avec la protection dont bénéficient certains salariés contre la perte de leur emploi (1°).

◆ CA Versailles, 22 février 2007, *RJS* 6/07, n°798 : *« L'accord du salarié pour le renouvellement de la période d'essai doit intervenir au cours de l'essai initial et l'intéressé ne peut consentir d'avance au renouvellement de celle-ci lors de son embauche »*.

[398] Il arrive parfois que les parties aient prévu un salaire différent pendant l'essai.

1° - La rupture de la période d'essai en présence de salariés « protégés »

La caractéristique principale de la période d'essai est que celle-ci peut cesser à tout moment, sans formalité ni motivation. Dès lors que l'employeur estime que le salarié n'a pas les qualités requises, il est libre de rompre le contrat de travail.
Toutefois, la question s'est posée de l'articulation de la liberté de rupture avec certains textes qui organisent une protection des salariés contre le risque de la perte d'emploi en raison d'un événement qui trouve son origine dans un risque d'entreprise (a), dans leur mandat (b) voire dans leur personne même (c).

a - Les salariés victimes d'un accident du travail

145 Le contrat de travail d'un salarié victime d'un accident du travail ou atteint d'une maladie professionnelle se trouve légalement suspendu. Au cours de cette période de suspension, en vertu de l'article L. 122-32-2 du Code du travail, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail que pour faute grave ou pour impossibilité de maintenir le contrat par suite d'un motif non lié à l'accident ou à la maladie.

Pour la Cour de cassation, cette interdiction de résiliation joue également pendant la période d'essai [399]. De la sorte, elle fait prévaloir la « garantie de l'emploi » sur la précarité inhérente à la période d'essai. Un tel régime dérogatoire à la liberté de rupture trouve sa justification dans l'origine professionnelle de l'indisponibilité : il s'agit d'un risque de l'entreprise que l'employeur doit assumer.

146 Cette position jurisprudentielle nous semble pleinement justifiée (elle s'inscrit, en effet, dans la logique de la loi de 1981 et en respecte la finalité).
Cependant certains ont vu en celle-ci un problème quant à la mise en œuvre pratique de l'obligation de reclassement d'un salarié encore en période d'essai mais déclaré inapte à

[399] Cass. soc., 19 avril 1989, n°86-44.656 : *« En l'absence de faute grave du salarié ou d'une impossibilité pour l'employeur de maintenir le contrat, la résiliation du contrat prononcée pendant la période de suspension provoquée par l'accident, quand bien même elle serait intervenue pendant la période d'essai, était nulle en raison de l'origine professionnelle de l'accident ».*
Confirmation : ◆ Cass. soc., 5 juin 1990, n°85-44.522
◆ Cass. soc., 12 mai 2004, n°02-44.325, *Bull. civ.*, V, n°132 ; *RJS* 7/04, n°808 ; *TPS*, juillet 2004, n°220.

reprendre l'emploi précédemment occupé [400]. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé, à ce propos, que le salarié accidenté du travail en période d'essai et déclaré inapte à la reprise de l'emploi pour lequel il a été recruté est protégé : l'employeur ne peut pas discrétionnairement résilier le contrat de travail à l'issue de la suspension de celui-ci dès lors qu'il ne justifie pas s'être trouvé dans l'impossibilité de le reclasser.
Pour notre part, nous ne discernons pas davantage de difficulté à reclasser un salarié à l'essai qu'un salarié embauché définitivement. Dans les deux situations, c'est le poste occupé qui sert de base aux recherches patronales et non les seules qualités personnelles du salarié. En outre, nous l'avons mentionné auparavant, en cas d'accident du travail, la période d'essai est prolongée d'autant que dure l'absence du salarié.

L'accident causé au salarié par un risque de l'entreprise justifie donc une protection particulière de l'emploi et, en conséquence, une remise en cause de la liberté de rupture de l'employeur pendant la période d'essai. Voyons, à présent, comment la jurisprudence, réagit face aux salariés exposés à une perte de leur emploi en raison de leur mandat représentatif.

b - Les salariés titulaires d'un mandat de représentation

147 La question qui se pose ici est de savoir si le fait que le salarié soit en période d'essai exonère l'employeur, qui souhaite mettre fin au contrat de travail d'un salarié dit « protégé », de l'obligation de solliciter au préalable l'autorisation de l'inspection du travail.

Cette question peut paraître théorique et avec une importance pratique limitée dès lors que, compte tenu de la condition d'ancienneté généralement requise pour être titulaire de mandats donnant lieu à protection, il est relativement rare qu'un salarié en période d'essai puisse être concerné. Toutefois, cette condition d'ancienneté ne s'applique pas aux salariés tels que les conseillers du salarié ou les médecins du travail qui exercent des missions générales de protection. De la même façon, il convient d'observer que la loi n'exige pas dans tous les cas, pour les mandats électifs ou désignatifs, une condition d'ancienneté minimale et que certaines dérogations à la condition d'ancienneté peuvent être accordées.

Par un revirement en date du 26 octobre 2005, la Cour de cassation pose comme principe que : *« les dispositions législatives et réglementaires qui assurent une protection*

[400] D. CORRIGNAN-CARSIN, « La période d'essai », *RJS* 8-9/95, p.560.

exceptionnelle et exorbitante du droit commun à certains salariés, en raison du mandat ou des fonctions qu'ils exercent dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs, s'appliquent à la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur pendant la période d'essai » [401].

L'employeur doit donc demander l'autorisation à l'inspecteur du travail pour rompre la période d'essai d'un salarié protégé. Cette solution vaut pour tous les salariés quelle que soit leur mission. À défaut d'autorisation, la rupture de l'essai est nulle.
Comme le souligne l'avocat général, M. DUPLAT, cet arrêt se justifie notamment au regard de la finalité de la procédure d'autorisation administrative. Cette procédure a pour objet essentiel de vérifier l'existence d'un lien entre la rupture et l'exercice normal de ses fonctions par le salarié protégé. Il n'y a donc pas de raison de ne pas vérifier cette absence de lien pendant la période d'essai [402]. En outre, le statut protecteur ne protège pas seulement l'intérêt du salarié dont le contrat de travail est menacé mais des intérêts collectifs qui doivent l'emporter sur le pouvoir de l'employeur d'apprécier les résultats de l'essai.

Les dispositions protectrices de la maternité trouvent-elles une même application en période d'essai ?

c - La femme enceinte

148 L'article L. 122-25 alinéa 1er du Code du travail dispose que l'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour résilier son contrat de travail au cours d'une période d'essai. L'employeur ne peut pas non plus rompre le contrat de travail d'une femme enceinte sauf en cas de faute grave de l'intéressée non liée à son état de grossesse ou d'impossibilité de maintenir ce contrat [403]. Il est alors possible de déduire de ces

---

[401] Cass. soc., 26 octobre 2005, n°03-44.751 et 03-44.585, *Bull. civ.*, V, n°306 ; *CSBP*, février 2006, n°177, S 80 et S 81, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2006, n°2 du 12 janvier 2006, jurisprudence, p.115, note J. MOULY ; *JCP*, E, n°49 du 8 décembre 2005, 1801, note D. BOULMIER ; *JCP*, S, n°26-27 du 20 décembre 2005, jurisprudence, 1444, note J.-Y. FROUIN ; *JCP*, G, n°1-2 du 11 janvier 2006, 10 003, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *Jur. soc.*, septembre 2006, p.278 ; *RJS* 1/06, n°63.

[402] J. DUPLAT, « Le statut protecteur prime sur le principe de la libre rupture de l'essai », avis de l'avocat général à la Chambre sociale de la Cour de cassation à propos de l'arrêt Cass. soc., 26 octobre 2005 (n°03-44.585 et 03-44.751), *Semaine Sociale Lamy* du 7 novembre 2005, n°1235, p.13.

[403] Article L. 122-25-2 du Code du travail.

textes, par une interprétation *a contrario*, que la résiliation intervenue pour un autre motif que celui lié à l'état de grossesse est valable. La protection spéciale contre le licenciement accordée aux femmes en état de grossesse ne s'applique donc pas en période d'essai [404].

Concrètement, l'employeur ne peut donc pas rompre la période d'essai au seul motif que la salariée est enceinte (état qu'elle n'est d'ailleurs pas tenue de révéler lors de son embauche) mais il peut le rompre s'il estime la salariée incompétente pour remplir ses fonctions. En cas de litige éventuel, c'est alors à la salariée enceinte de prouver que la résiliation de son contrat de travail est en rapport avec son état. Preuve d'ailleurs facilitée par la loi n°2006-340 du 23 mars 2006, qui est venue inscrire au sein du premier aliéna de l'article L. 122-45 du Code du travail, la référence à la « grossesse », permettant ainsi à la salariée qui s'estime discriminée de n'avoir qu'à présenter *« des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination »*. Au vu de ces éléments, il incombe alors à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs.
Si le juge est convaincu de la discrimination, la rupture n'ouvre plus simplement droit, comme par le passé à des dommages et intérêts [405] mais est purement et simplement annulée. La salariée bénéficie en ce cas d'un droit à réintégration dans son ancien emploi.

La rupture de la période d'essai reste donc ouverte aux deux parties en présence d'un contrat de travail conclu avec une salariée enceinte. Dans ce cas, la rupture ne recevra ni la qualification de « démission » ni celle de « licenciement ». En effet, de manière générale, la Cour de cassation rejette cette caractérisation au profit d'une qualification autonome.

---

[404] Les femmes enceintes ne bénéficiant pas de l'interdiction de licenciement édictée à l'article L. 122-25-1 du Code du travail :
- Cass. soc., 2 février 1983, n°79-41.754, *Bull. civ.*, V, n°74.
- Cass. soc., 8 novembre 1983, n°81-41.785, *Bull. civ.*, V, n°546.
- Cass. soc., 15 janvier 1997, n°94-43.755, *Bull. civ.*, V, n°17.
- Cass. soc., 21 décembre 2006, n°05-44.806, *D.* 2007, n°4, p.224, note J. CORTOT ; *Dr. soc.* mars 2007, p.356, obs. J. SAVATIER ; *JCP*, E, n°13 du 29 mars 2007, 1424, note F. DUQUESNE ; *RJS* 3/07, n°325 ; *Semaine Sociale Lamy* du 15 janvier 2007, p.12-13.

[405] Dommages et intérêts qui étaient obtenus sur le fondement de l'article L. 122-30 alinéa 1er du Code du travail : Cass. soc., 15 janvier 1997, *RJS* 2/97, n°138.

2 °- Le rejet des qualifications de licenciement ou de démission en période d'essai

149 La Cour de cassation, à plusieurs reprises, a confirmé l'autonomie de la rupture de la période d'essai par rapport au licenciement, à la démission ou encore à la rupture d'un contrat de travail à durée déterminée [406].

Ainsi, refuse t-elle la qualification de démission ou de licenciement à la rupture intervenant en cours de période d'essai [407]. Pour la Cour de cassation, il existe donc des ruptures par volonté unilatérale de l'employeur qui ne sont pas des licenciements. Opinion partagée par les Professeurs DESPAX et PÉLISSIER qui écrivent que *« la rupture de la période d'essai est un mode original de rupture du contrat de travail : elle ne saurait être confondue avec le licenciement ou la démission qui sont l'expression du droit de résiliation unilatérale lorsque le CDI est « définitif » »* [408].

150 Cette position n'est pourtant pas celle de tous les auteurs. En effet, certains pensent que la rupture intervenant durant cette phase contractuelle doit recevoir purement et simplement la qualification de démission ou licenciement, selon son la partie qui l'initie, tout en écartant le régime juridique s'y rattachant [409].
En particulier, pour G. POULAIN, la rupture en période d'essai s'exerce par une

---

[406] Cass. soc., 1er juillet 1976, *Bull. civ.*, V, n°411 : *« L'article L. 122-4 du Code du travail édicte que les règles applicables à la rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties ne sont pas applicables pendant la période d'essai »*.

[407] Voir par exemple : Cass. soc., 2 juin 1981, *D.* 1982, jurisprudence, p.206, note J. MOULY : *« Pendant la période d'essai, chacune des parties dispose, en principe, d'un droit de résiliation discrétionnaire, sans avoir à alléguer de motifs ; Par suite, […] l'employeur n'a pas à solliciter l'autorisation de l'administration,* ***ne s'agissant pas d'un licenciement au sens de la loi mais de la fin d'un essai*** *pendant lequel les règles prévues pour la cessation du contrat de travail ne sont pas applicables »*.

[408] M. DESPAX et J. PÉLISSIER, *La gestion du personnel*, 2ème édition, Cujas, 1984, p.66.

[409] En ce sens, A. JEAMMAUD écrit que *« la période d'essai n'exclut pas la qualification de licenciement ; elle écarte seulement l'application d'un nombre limité de règles formant le droit commun du licenciement »* : « La notion de licenciement pour motifs économiques », *Dr. soc.* 1981, p.270.
Dans le même sens, P. MALLARD écrit que *« cette manifestation de pouvoir se traduisant par une rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur devrait inciter à retenir la qualification de licenciement, dont tous les éléments sont réunis »* in « Le licenciement en période d'essai ? », *Dr. soc.* décembre 2006, p.1158.

manifestation de volonté unilatérale, ce qui n'implique aucune différence de nature entre la rupture pendant la période d'essai et la période qui lui succède lorsque le contrat de travail est à durée indéterminée. Le même acte doit être qualifié de façon identique quel que soit le moment où il se produit, même si, par l'effet de dispositions restrictives, il n'entraîne pas toujours les mêmes conséquences.
J. MOULY partage cette opinion. Selon ce dernier, une telle distinction de qualification est illogique car la nature de la rupture dépend du mode de résiliation utilisé et non du moment où elle intervient [410]. Aussi, *« ne pas vouloir le reconnaître, c'est faire preuve d'une subtilité qui entraîne une complication dangereuse et par certains côtés inutile »* [411].

Pour notre part, nous croyons qu'une telle évolution de la qualification peut tout à fait être légitime. En effet, comme nous l'avons développé auparavant, la nature du contrat de travail ne change pas selon qu'il est ou non assorti d'une période d'essai. Les parties ont, dans tous les cas, conclu une convention définitive mais elles ont introduit un droit particulier de résiliation unilatérale au cours de la période initiale d'exécution du contrat de travail. **Il ne faut** donc **pas confondre la qualification et le régime juridique de l'acte de rupture**. Un acte unilatéral est un licenciement s'il exprime une volonté de rupture par l'employeur d'un contrat de travail à durée indéterminée et non pas si la loi y attache tel ou tel effet. D'ailleurs il n'y pas un seul régime de licenciement mais plusieurs.
Une nouvelle interprétation, différente [412], pourrait donc être faite de l'article L. 122-4 du Code du travail : ne visant que le régime juridique du licenciement, il n'a pas voulu remettre en cause la qualification de licenciement. Toute rupture pendant cette période d'essai doit donc être qualifiée de licenciement si elle est initiée par l'employeur et de démission si le salarié en est l'auteur.

---

[410] J. MOULY, note sous Cass. soc., 13 mars 1985, *D.* 1985, jurisprudence, p.443.
Argumentation que l'auteur reprend et développe dans « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats. Pour une autre logique », *Dr. soc.*, juin 2005, sp. p. 619.

[411] G. POULAIN, « La liberté de rupture en période d'essai », *Dr. soc.* 1980, p.476.

[412] Proposée dès 1988 par D. ARLIE dans sa thèse : *La qualification juridique de la cessation du contrat de travail*, 1988, Université de Toulouse, p. 270.

Cette proposition trouve un écho tout particulier dans l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 26 octobre 2005 [413] qui fait prévaloir le statut protecteur sur le principe de la libre rupture de l'essai. Désormais, l'employeur doit toujours demander l'autorisation de l'inspecteur du travail pour rompre la période d'essai d'un salarié protégé. Cette primauté du statut sur toutes les formes de rupture, qui existe donc pareillement en matière de licenciement que de rupture de la période d'essai, démontre la similitude de ces modes de rupture dits indépendants.
Ne faut-il donc pas, dans un souci de simplification, qualifier de « licenciement » ou de « démission » la rupture produite en période d'essai ?

En outre, rappelons que le retour à une qualification binaire ne modifie en rien le régime applicable. Il permet même, lorsque la rupture de la période d'essai émane du salarié, de mettre fin à une distinction illusoire. En effet, aujourd'hui, de façon pragmatique, la démission et la rupture en période d'essai ne présentent que peu de différences, surtout lorsque le contrat de travail ou la convention collective prévoient le respect d'un préavis (ce qui est le cas dans la majorité d'entre elles).

Enfin, notons qu'au regard de la convention UNEDIC, une assimilation est effectuée entre rupture de la période d'essai et licenciement, d'une part et, démission, d'autre part. Effectivement, chaque fois que l'employeur indique qu'il est à l'initiative de la fin de la période d'essai, le salarié est indemnisé comme s'il s'agissait d'un licenciement. À l'opposé, lorsque l'attestation ASSEDIC fait apparaître que c'est le salarié qui a rompu la période d'essai, celui-ci est assimilé à un démissionnaire et, en conséquence, exclu du bénéfice de l'assurance chômage [414].

151 À ces différents arguments militant en faveur d'un retour aux qualifications originelles (licenciement - démission) s'oppose un élément catégoriel. Nous l'avons dit, la période

---

[413] Cass. soc., 26 octobre 2005, n°03-44.585 et 03-44.751, *Semaine Sociale Lamy* du 31 octobre 2005, n°1234, p.13.

[414] Par exception, est considérée comme légitime la « démission » du salarié au cours d'une période d'essai d'un emploi repris postérieurement à un licenciement ou à une fin de contrat de travail à durée déterminée ou à une fin de mission d'intérim. La période d'essai ne doit pas avoir duré plus de 91 jours (455 heures) : Convention UNEDIC du 18 janvier 2006 et son règlement annexé, article 4 e). Voir également l'accord d'application n°15 du 18 janvier 2006.

d'essai est possible dans tous les types de contrats de travail « ordinaires » qu'ils soient à durée limitée ou non. Or, les qualifications de licenciement et de démission sont écartées en matière de CDD. Dès lors, il serait illogique de parler de licenciement ou de démission au seul motif que la rupture intervient pendant une période d'essai.

Enfin, un autre argument, davantage psychologique que juridique, peut venir contrarier cette qualification binaire « démission - licenciement » à la rupture initiée en période d'essai. En effet, nombre d'employeurs invoquent aujourd'hui la difficile rupture d'un contrat de travail comme frein à l'embauche. Dès lors, imposer la qualification de licenciement à la rupture dont l'employeur est l'auteur durant la période d'essai risque de susciter certaines hostilités patronales. Certains tenteront d'y voir l'extension du régime du licenciement à cette phase contractuelle qu'est la période d'essai alors que seule la qualification évoluerait. Dans un contexte de fort taux de chômage, faut-il prendre le risque de freiner les embauches pour revenir à davantage de rigueur juridique ? Rien n'est moins sûr.

Quoi qu'il en soit la qualification de « licenciement » recouvre toute sa vigueur lorsque la rupture intervenant en période d'essai est fautive.

B - La « requalification – sanction » de la rupture

Rompre la période d'essai à tout moment sans procédure ni motif est un droit pour le salarié comme pour l'employeur. Encore faut-il que cette rupture intervienne dans des conditions convenables.

152 De la sorte, chaque fois que l'employeur rompt le contrat de travail alors qu'aucune période d'essai [415] (ou aucun renouvellement de celle-ci [416]) n'a été mentionnée dans le

[415] Voir par exemple : ◆ CA Paris, 25 mars 1997, *RJS* 6/97, n°648 : *« **L'employeur**, qui ne produit qu'un modèle de lettre d'embauche et n'établit pas avoir remis au salarié une telle lettre visant la convention collective applicable, et prévoyant l'existence d'une période d'essai, **procède à un licenciement** dépourvu de cause réelle et sérieuse **en mettant fin au contrat du salarié pour période d'essai non concluante**, alors qu'en ce cas il a en réalité licencié ce salarié pour un motif inexact ».*

◆ Cass. soc., 28 juin 2005, n° 03-44.347, *RJS* 10/05, n°943 : *« Ayant constaté que la lettre d'embauche ne mentionnait aucune période d'essai, la Cour d'appel qui, à bon droit, a écarté le moyen tiré d'une prétendue renonciation de la salariée aux règles légales et conventionnelles ci-dessus rappelées et en*

contrat de travail et/ou la convention collective, la **rupture** ainsi intervenue est **requalifiée**, à titre de **sanction** envers l'employeur négligent, de **« licenciement »**.

De la même façon, l'employeur qui stoppe la relation de travail lors d'une phase du contrat qui ne peut juridiquement être qualifiée de période d'essai voit la rupture requalifiée par les juges de « licenciement » [417].

---

*a déduit que **la rupture notifiée** par la lettre du 3 octobre 2000 **s'analysait en un licenciement** sans motif ».*

◆ Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 04-45.429, *CSBP* avril 2006, n°179, S 193, obs. Y. M ; *JCP*, S, n°17 du 25 avril 2006, 1328, note T. LAHALLE ; *RJS* 4/06, n°388 : *« Il résulte de l'article 10 de la convention collective nationale des personnels salariés des cabinets d'avocats que la période d'essai ne peut être prévue par les parties qu'au moment de l'embauche du salarié. En l'absence de prévision contractuelle en ce sens, **la rupture s'analyse en un licenciement** dépourvu de cause réelle et sérieuse ».*

[416] Cass. soc., 2 mars 2005, n° 02-47.400, *CSBP* 2005, n°171, S 234, obs. F.-J. PANSIER ; *TPS* mai 2005, n°140 : *« En l'absence de renouvellement valable, la période d'essai avait expiré le 19 mars 2000 et que **la rupture intervenue sans motif, postérieurement à cette date, à l'initiative de l'employeur, s'analysait en un licenciement** dépourvu de cause réelle et sérieuse ».*

[417] ◆ CA Limoges, 10 mars 2004, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* diffusé sur Internet du 1er novembre 2004, n°1651 : *« L'employeur ne peut valablement mettre fin au contrat de travail d'un salarié au motif qu'il n'avait pas donné satisfaction pendant sa période d'essai, dès lors que l'employeur a été en mesure de vérifier les aptitudes de son salarié à l'occasion de CDD antérieurs conclus très récemment pendant une période au moins égale à la durée de la période d'essai prévue par la convention collective. **La rupture notifiée au salarié pendant cette période constitue en réalité un licenciement**, lequel intervenu sans respect des règles de procédure, est dépourvu de cause réelle et sérieuse ».*

◆ Cass. soc., 30 mars 2005, *CSBP* 2005, n°172, A 54, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2005, p.810, note J. MOULY ; *JCP*, G, n°25 du 22 juin 2005, II, 10 084, p.1191, note N. BATAILLE-NEVEJANS ; S. BÉAL et A. GIROUD, *JCP*, E, n°29 du 21 juillet 2005, 1107, p.1229-1232 ; *RJS* 6/05, n°594 ; J. DUPLAT, avis de l'avocat général à la Cour de cassation, *Semaine Sociale Lamy* du 11 avril 2005, n°1210, p.5-11 : *« En présence de deux contrats de travail successifs entre les mêmes parties, la période d'essai stipulée dans le second contrat conclu à l'occasion d'un changement de fonction du salarié, ne peut être qu'une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures ; Et attendu que la cour d'appel qui, sans se contredire, a relevé que le salarié, devenu directeur commercial après avoir été embauché comme attaché commercial, avait vu son **contrat de travail rompu pendant la nouvelle période d'essai**, a justement décidé que **cette rupture constituait un licenciement** sans cause réelle et sérieuse »* (N° 02-46.338). *« En présence de deux contrats de travail successifs conclus entre les mêmes parties, ou en présence d'un avenant au premier contrat, la période d'essai stipulée dans le second contrat ou dans l'avenant ne peut être qu'une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures ; que la cour d'appel qui a relevé que la société avait mis fin à la période probatoire de l'avenant qualifiée de période d'essai sans*

La même solution s'applique lorsque la durée de la période d'essai est jugée excessive. La nullité partielle de la clause pour la durée déraisonnable a pour effet de situer hors délai la décision de rupture qui est alors requalifiée en licenciement.

Enfin, la même sanction intervient lorsque les circonstances entourant la rupture de la période d'essai font apparaître une rupture discriminatoire [418].

153 En revanche, nous devons souligner que la **rupture abusive** de la période d'essai par l'employeur (que ce soit parce que sa décision n'est pas motivée par des raisons professionnelles, ou est inspirée par une volonté de nuire ou encore témoigne d'une légèreté blâmable) **ne donne pas lieu à requalification en « licenciement »** de la part des juges, mais ouvre exclusivement droit à des dommages et intérêts calculés en fonction du préjudice subi. En pratique, cette solution n'a qu'un impact limité puisque le montant de la réparation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse pour un salarié ayant moins de six mois d'ancienneté se calcule également en fonction du préjudice subi par celui-ci. Il n'en demeure pas moins que d'un point de vue théorique, cette distinction est quelque peu singulière. En effet, la requalification sanction de la rupture en « licenciement » n'a pas uniquement pour objet de restituer à l'acte son exacte qualification, elle ambitionne aussi et surtout *« de sanctionner l'employeur qui viole la réglementation impérative »* [419]. Ainsi, il nous semble

---

proposer au salarié de retrouver ses fonctions antérieures et qui avait rompu le contrat de travail, a décidé à bon droit que ***cette rupture s'analysait en un licenciement*** *qui, en l'absence de lettre en précisant les motifs, était dépourvu de cause réelle et sérieuse »* (N° 03-41.797).

[418] Cass. soc., 16 février 2005, n°02-43.402, *Bull. civ.*, V, n°52 ; *CSBP* 2005, n°170, A 40, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, G, n°28 du 13 juillet 2005, II, 10 098, p.1356, note J. COLONNA ; *Jur. soc. UIMM*, octobre 2005, p.243 ; *RJS* 4/05, n°469 ; *Semaine Sociale Lamy* du 7 mars 2005, n°1205, p.10 : *« **Les dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail sont applicables à la période d'essai** »*. Dans cette espèce où le salarié avait des problèmes de santé, la Cour de cassation frappe de nullité la rupture.
La réintégration du salarié dans son emploi dans ses conditions originelles est alors envisageable. Toutefois, si le salarié choisit de ne pas demander sa réintégration, il a droit, non seulement aux indemnités de rupture, mais aussi à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement au moins égale à celle prévue par l'article L. 122-14-4 du Code du travail (six derniers mois de salaire).

[419] C. ROY-LOUSTAUNAU, « Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée : requalification – interprétation et requalification – sanction », *Revue de recherche juridique*, Droit prospectif, 1992, III, n°17, p.863.

tout à fait envisageable que la rupture de la période d'essai, quand elle est reconnue comme abusive, soit requalifiée à titre de sanction en licenciement afin d'en produire les effets. Certains objecteront sans doute qu'une telle suggestion remet en cause le caractère autonome de la rupture de la période d'essai par l'employeur. Nous ne le pensons pas dans la mesure où le contrôle de l'abus de la rupture ne se confond pas avec celui de la cause réelle et sérieuse du licenciement. Le contrôle de l'exercice abusif du droit de rupture ne peut porter que sur l'intention de nuire, le détournement de pouvoir ou encore la légèreté blâmable. En outre, c'est à celui qui invoque l'abus de le démontrer. Or, l'abus ne saurait se déduire de la seule absence de motif.

C'est d'ailleurs dans ce sens d'une assimilation de la rupture abusive de la période d'essai à un licenciement que s'est prononcé le Conseil de prud'hommes de Longjumeau le 20 février 2006. Abordant la question de la validité de la rupture d'une période de consolidation d'emploi d'un contrat « nouvelles embauches », le Conseil de prud'hommes déclare que *« tant* ***la rupture abusive de la période d'essai*** *que la rupture abusive de la période de consolidation ont les* ***conséquences d'un licenciement abusif****, les dommages et intérêts se calculant conformément à l'article L.122-14-5 du Code du travail »* [420].

154 Corrélativement, la décision du salarié d'interrompre la période d'essai ne subit jamais de requalification, à titre de sanction. Tout au plus, le salarié qui a abusé de son droit de rompre pourra être condamné au versement de dommages et intérêts en vue de réparer le préjudice causé à son employeur [421].

---

[420] Conseil de prud'hommes de Longjumeau, 20 février 2006, *D.* 2006, n°26 du 6 juillet 2006, jurisprudence, note D. JACOTOT ; *JCP*, S, n°12 du 21 mars 2006, 1235, note P. MORVAN ; *RJS* 6/06, n°763.

[421] Il est fort rare que la rupture de la période d'essai par le salarié soit déclarée abusive. Cela a néanmoins été jugé pour un salarié en période d'essai qui, participant à des épreuves de qualification, avait refusé de les poursuivre en réclamant une augmentation très importante de la rémunération prévue, augmentation que l'employeur ne pouvait envisager. Ce salarié avait commis une faute dans l'exercice de son droit de reprendre sa liberté et avait donc rompu abusivement la période d'essai, du fait que ces épreuves de qualification avaient lieu en présence d'experts internationaux réunis spécialement et de représentants de la société pour laquelle des travaux devaient être exécutés et que la brusque décision du salarié n'avait pas permis à l'employeur de prendre d'autres dispositions : Cass. soc., 9 mai 1979, n° 78-40.704, *Bull. civ.*, V, n°392.

Nous parvenons à présent au terme de notre étude relative à la rupture en période d'essai. L'unilatéralisme y apparaît comme l'élément caractéristique : chaque partie est libre de rompre, sans avoir à alléguer de motif, et à tout moment dans cette période. Les garanties accordées au salarié par les lois successives sur le licenciement sont écartées.

Pour éviter des dérives patronales consistant à détourner la période d'essai de son but, la jurisprudence est intervenue pour encadrer cette phase contractuelle et sa rupture. Les juges ont ainsi défini restrictivement la période d'essai, puis ont exigé que sa durée soit raisonnable [422] et, enfin, ont sommé les employeurs de respecter les dispositions protectrices existant en matière de licenciement en faveur de salariés protégés. Si la liberté de rupture n'a pas disparu, il n'en demeure pas moins que la période d'essai n'est pas un temps de « non droit » situé en début d'exécution du contrat de travail. Chaque fois que les conditions de validité de la période d'essai ne sont pas remplies, la rupture est requalifiée par les juges en licenciement. Et ce, dans le dessein d'appliquer à ce mode de rupture, que législateur et magistrats veulent autonome, le droit du licenciement.

De façon identique, à l'autre extrémité de la relation de travail, la retraite constitue un mode de rupture autonome. Elle aussi forme l'expression du droit de résiliation unilatérale du contrat de travail et pourtant n'est pas davantage qualifiée de licenciement ou de démission. Il est donc nécessaire que nous nous arrêtions désormais sur sa qualification juridique.

---

[422] Durée que le MEDEF juge insuffisante. C'est pourquoi, le 15 septembre 2007, lors de négociations entre partenaires sociaux visant à moderniser le marché du travail, sa présidente, L. PARISOT, a proposé la création d'une *« période d'essai cohérente d'une durée suffisante »*, plus longue que celle qui existe actuellement. Sans aller jusqu'aux deux ans instaurés dans le cadre du contrat « nouvelles embauches » réservé aux entreprises de vingt salariés au plus, cette période pourrait atteindre de six mois à un an. Le document patronal propose aussi d'instaurer une « *période de validation économique répondant à l'incertitude économique de l'entreprise »*, succédant à la période d'essai. Le contrat de travail ne deviendrait ainsi définitif qu'à l'issue de cette « double période d'essai ».

Section 2 - La qualification de retraite

155 La question de la retraite des salariés a pris, progressivement, de plus en plus d'importance dans l'actualité sociale. Et ce, sous l'effet conjugué de trois facteurs.
En premier lieu, le vieillissement de la population, en retentissant sur la structure par âges de la population active, transforme le rapport entre actifs et non actifs et met en péril les équilibres financiers des systèmes de retraite.
En deuxième lieu, le vieillissement de la population active confronte les entreprises au problème de l'aptitude ou de l'adaptation de leur personnel.
Enfin, en troisième lieu, l'allongement de l'espérance de vie et l'amélioration de l'état de santé conduisent à dissocier la fin de la vie de travail et l'entrée dans la vieillesse.

C'est dans ce contexte que sont intervenus plusieurs textes relatifs à la retraite dont l'importance a été variable. La pièce maîtresse reste, sur le plan du droit du travail, la loi du 30 juillet 1987 [423]. En effet, jusqu'à l'adoption de ce texte, la question de la qualification juridique de la rupture du contrat de travail fondée sur l'âge du salarié est restée troublée (§1).

Outre la détermination de cette qualification juridique, ladite loi a également encadré la retraite de garanties minimales. Ainsi, ce mode de rupture est enserré dans des conditions de fond strictes qu'il est nécessaire de détailler (§2). Chaque fois que ces exigences ne sont pas remplies, la rupture du contrat de travail ainsi prononcée par l'employeur subit de la part du juge une requalification. Requalification qui opère inexorablement vers la catégorie « licenciement » (§3).

§ 1 - La qualification juridique de la rupture du contrat de travail en raison de l'âge

Pendant longtemps, le Code du travail reste muet sur la rupture du contrat de travail intervenant à l'âge de la retraite. En conséquence, c'est aux juges qu'il advient de qualifier cette rupture. Dès lors, leur position varie dans le temps.

---

[423] Loi n°87-588 du 30 juillet 1987, *JCP*, G, 1987, III, 60 490.

156 Ainsi, en 1961, la Chambre sociale souligne que la mise à la retraite du salarié n'est pas un licenciement puisque l'employeur se borne à se prévaloir de l'arrivée du terme correspondant à l'âge de la retraite [424]. La fixation d'une limite d'âge constitue alors un terme extinctif. Cependant, les juges concèdent que cette clause relative à l'âge de la retraite ne transforme pas le contrat de travail à durée indéterminée en contrat à durée déterminée.
Cette position est fermement combattue par les commentateurs de l'époque. Ils soulignent, singulièrement, que la justification du régime applicable au CDD réside dans la protection qu'il comporte avant l'arrivée du terme contre la résiliation unilatérale. Or, la fixation d'un terme entraînant la rupture de plein droit du CDI et l'exclusion corrélative des garanties légales prévues en cas de résiliation unilatérale ne comprend pas la même justification et est contraire à l'esprit du droit du travail.
Une autre critique de cette qualification de terme extinctif tient au fait que l'employeur qui, unilatéralement met à la retraite son salarié âgé et ne le remplace pas, procède en réalité à un licenciement économique. En effet, le départ du salarié se traduit par une compression des effectifs de l'entreprise.

Les critiques affluent encore davantage après l'adoption de la loi du 13 juillet 1973. Ce texte, nous l'avons déjà mentionné, offre des garanties au salarié licencié. Désormais, l'employeur doit respecter de nouvelles règles tant de forme que de fond. Or, la jurisprudence, en déniant la qualification de licenciement à la mise à la retraite prive le salarié de ces récentes garanties.

157 La Cour de cassation modifie alors sa position et pose comme principe que la rupture du contrat de travail à l'âge de la retraite s'analyse en un licenciement ou une démission selon que l'initiative est prise par l'employeur ou par le salarié.
L'employeur procédant à la mise à la retraite est, en conséquence, tenu de respecter la nouvelle procédure liée au licenciement.
En outre, la rupture doit répondre à une cause réelle et sérieuse. Or, l'âge ne constituant pas en soi une tel caractère, il appartient au juge de se prononcer en fonction des circonstances. L'âge ne justifiant alors le licenciement que s'il diminue l'aptitude du salarié à accomplir le travail correspondant à son emploi.
Enfin, l'employeur est tenu de respecter un délai de préavis.

---

[424] Cass. soc., 23 novembre 1961, *Dr. soc.* 1962, p.231.

Toutefois, ce retour de la retraite dans le droit commun du licenciement et de la démission n'est qu'apparent. En effet, dans le même temps, la Cour de cassation admet la validité de clauses conventionnelles prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail à l'âge fixé comme étant celui de la retraite. Ces clauses de limite d'âge, qualifiées de « clauses couperet » ou « clauses guillotine » font échec à la qualification de licenciement (l'employeur se contentant de prendre acte de la rupture du contrat de travail en raison de l'âge du salarié) et privent alors le salarié âgé du dispositif légal protecteur en la matière. En outre, ces stipulations conduisent à évincer obligatoirement les salariés de leur emploi, y compris ceux qui ne pouvaient bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein faute d'une durée suffisante de cotisations.

Pour certains annotateurs, ces clauses sont justifiées dans la mesure où elles ne sont qu'une application du principe civiliste d'autonomie de la volonté. Or, *« le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun »*. Rien n'interdirait donc aux parties de fixer une durée maximale au contrat de travail à durée indéterminée.

À l'opposé, de nombreux commentateurs soulignent que l'ordre public social s'oppose à la validité de dispositions conventionnelles moins avantageuses pour les travailleurs que la réglementation légale. Par ailleurs, l'énonciation d'une limite d'âge, entraînant la rupture de plein droit du contrat de travail peut être considérée comme une discrimination dans l'emploi en fonction de l'âge.

158 Devant un tel constat, il paraît opportun au gouvernement de l'époque de lutter contre ces clauses conventionnelles obligeant un salarié à partir en retraite à un certain âge. De nouvelles dispositions sont alors introduites dans la loi du 30 juillet 1987 portant diverses mesures d'ordre social. Cette loi ajoute à la Section 2 du Code du travail les articles L. 122-14-12 et L.122-14-13.

Le nouveau procédé légal tend à interdire dans les conventions collectives ou dans les contrats de travail, ces clauses « couperet » de mise à la retraite qui imposent une automaticité de la rupture du contrat de travail [425]. La retraite à 60 ans constitue alors un droit. Et, comme le souligne P. SÉGUIN, ministre des Affaires sociales et de l'Emploi de l'époque, ce principe ne doit en aucun cas être tourné pour devenir une obligation [426].

---

[425] Ces clauses sont « nulles et de nul effet » : Article L. 122-14-12 du Code du travail.

[426] P. SÉGUIN, *J.O.*, débat Sénat, séance du 25 juin 1987, p.2313.

159 Dans un premier temps, la Cour de cassation estime que la nullité de ces clauses « guillotine » est absolue [427].

Cette affirmation ne convainc pas la doctrine, et tout particulièrement G. COUTURIER, qui considère que la règle qui interdit les « clauses couperet » étant édictée dans l'intérêt du salarié, la nullité qui la sanctionne ne devrait pouvoir être invoquée que par le salarié [428]. C'est d'ailleurs à cette position que se rallie l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt du 6 novembre 1998. Elle pose pour principe que *« les dispositions de l'article L. 122-14-12 alinéa 2 du Code du travail n'ont été édictées que dans un souci de protection du salarié ; dès lors, l'employeur est irrecevable à s'en prévaloir »* [429]. Désormais, seul le salarié peut donc demander la nullité des clauses automatiques de mise à la retraite.

Bien différente est la situation quant aux clauses dites « souples », c'est à dire celles qui déterminent un âge normal de la retraite mais laissent l'employeur ou le salarié prendre l'initiative de la rupture. En effet, le dispositif légal mis en place en 1987 affirme le caractère licite de ces « clauses souples ». Toutefois, elles ne peuvent recevoir application que dans la mesure où les conditions légales de mise à la retraite sont remplies. En outre, l'employeur ne peut procéder à la mise à la retraite avant l'âge fixé par ce type de clause, même si les conditions légales sont remplies avant cette date.

160 Enfin, et il est primordial de le préciser, l'ensemble du dispositif légal créé en 1987 *« consacre […] sous certaines conditions le départ à la retraite comme* ***motif autonome de rupture du contrat de travail*** *»* [430]. La mise à la retraite ou le départ à la retraite deviennent des modes spécifiques de rupture du contrat de travail, distincts des qualifications de démission ou de licenciement.

Ainsi, l'employeur est en droit de mettre un salarié à la retraite sans avoir à respecter la

---

[427] Cass. soc., 1er février 1995, sous l'article de G. COUTURIER, « Les clauses « couperet », encore… », *Dr. soc.* 1995, p. 231-233.

[428] G. COUTURIER, « Les clauses « couperet », encore… », *Dr. soc.* 1995, p. 232.

[429] Cass. ass. plen., 6 novembre 1998, *CSBP* 1999, n°106, A2, obs. F.-J. PANSIER, p. 9-11 ; *JCP*, G, 6 janvier 1999, II, 10 004, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

[430] P. SÉGUIN, *J.O.*, débats, Ass. Nat., 3ème séance du 9 juin 1987, p.2134.
Voir également la circulaire DRT n°87/10 du 8 septembre 1987 (*Liaisons sociales*, Légis. Soc., n°6005) qui affirme qu'il s'agit d'un mode particulier de rupture du contrat de travail.

procédure de licenciement. En outre, il n'a pas à motiver sa décision : la mise à la retraite est justifiée dès lors que les conditions légales sont réunies [431]. Peu importe, d'ailleurs, que la retraite intervienne suite à une offre formulée par l'employeur dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi mis en œuvre en cas de licenciement économique : la qualification de retraite demeure [432].

Pour autant, le régime se rapproche en de nombreux points de celui de la démission ou du licenciement. Il en va ainsi du préavis légal [433] et de l'indemnité de mise à la retraite qui est

---

[431] Cass. soc., 12 janvier 1993, n°89-43.647, *RJS* 2/93, n°129 : *« La décision de l'employeur de mettre à la retraite un salarié n'a pas à être spécialement motivée »*.

Confirmation : Cass. soc., 10 mars 1999, *CSBP* 1999, n°111, S 294, obs. P. MUNIER, p.218 ; *RJS* 4/99, n°504 : *« En application de l'article L. 122-14-13 du Code du travail, l'employeur est en droit de mettre un salarié à la retraite, sans avoir à motiver sa décision »*.

[432] Cass. soc., 25 juin 2002, n°00-18.907, *CSBP* 2002, n°143, S 373, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2002, p.1023, obs. J. SAVATIER ; *RJS* 10/02, n°1154 ; *RPDS*, novembre 2002, n°691, p.361, note M. CARLES : *« Si la rupture du contrat de travail pour motif économique est soumise pour sa mise en œuvre aux dispositions sur le licenciement économique […] il n'en résulte pas que toute rupture d'un contrat de travail procédant d'un motif économique entraîne les effets d'un licenciement. Le départ volontaire à la retraite dans le cadre d'un plan social constitue une rupture à l'initiative du salarié et n'ouvre pas droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement »*.

Confirmation : ◆ Cass. soc., 9 juillet 2003, *RJS* 10/03, n°1161 : *« Le départ volontaire à la retraite dans le cadre d'un plan social constitue une rupture à l'initiative du salarié et n'ouvre pas droit à l'indemnité de licenciement, laquelle n'est due que lorsque le congédiement provient du fait de l'employeur »*.

◆ CA Paris, 29 septembre 2004, *CSBP* 2005, n°170, A 36, obs. F.-J. PANSIER : *« Il y a eu départ volontaire des salariés à la retraite ; Ces départs constituent des ruptures du contrat de travail à leur initiative même s'ils sont la conséquence de leur adhésion à une offre formulée par l'employeur dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi »*.

[433] Article L. 122-14-13 alinéa 4 du Code du travail : *« L'employeur ou le salarié, selon que l'initiative du départ à la retraite émane de l'un ou de l'autre, est tenu de se conformer aux dispositions des 1°, 2°, 3° et du dernier alinéa de l'article L. 122-6 du présent Code »*.

équivalente à celle de l'indemnité légale de licenciement [434]. D'ailleurs, cette contiguïté de régime pousse certains auteurs à écrire que le départ à la retraite ou la mise à la retraite ne sont en réalité qu'une démission ou un licenciement mais avec un régime dérogatoire [435]. Nous partageons volontiers cette opinion.

Il n'en demeure pas moins que, par volonté de la loi, la retraite devient un mode spécifique de rupture si les conditions en sont réunies. Ce sont ces exigences légales que nous allons aborder à présent et qui font de la retraite un mode de rupture, certes, autonome mais limité.

§ 2 - Un mode de rupture limité

À compter de 1987, la retraite est encadrée de garanties minimales. Pour pouvoir en bénéficier, certaines conditions doivent être remplies (A). En outre, en dépit de l'autonomie proclamée par rapport au licenciement, le régime légal de ce dernier va trouver à s'appliquer en présence de salariés se situant en position de faiblesse (B).

---

[434] Article L. 122-14-13 alinéa 2 du Code du travail : *« Tout salarié dont la mise à la retraite résulte d'une décision de l'employeur a droit, sous réserve des dispositions plus favorables en matière d'indemnité de départ à la retraite contenues dans une convention ou un accord collectif de travail ou un contrat de travail, au versement d'une indemnité de départ en retraite équivalente soit à l'indemnité de licenciement prévue par l'article 5 de l'accord mentionné au premier alinéa s'il remplit les conditions fixées pour en bénéficier, soit à l'indemnité minimum de licenciement prévue à l'article L. 122-9 du présent Code »*.

[435] Voir : ◆ J. SAVATIER, « Les dispositions de la loi du 30 juillet 1987 sur la rupture du contrat de travail à l'âge de la retraite », *Dr. soc.* 1987, p.724.

◆ D. ARLIE, *La qualification juridique de la cessation du contrat de travail*, Thèse, 1988, Université de Toulouse, p. 282.

◆ P. LANGLOIS, « Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge ? », *Dr. soc.* 2006, p.157.

A - Un mode de rupture sous conditions

En 1987, le législateur érige la retraite en mode autonome de rupture du contrat de travail. Mais, pour pouvoir être qualifiée de telle, des conditions doivent être réunies.

161 Concernant le **départ à la retraite**, le salarié ne doit remplir qu'une seule condition pour rompre son contrat de travail : son départ doit s'accompagner d'une demande effective de liquidation d'une pension de vieillesse. Il n'est pas nécessaire que cette pension soit liquidée à taux plein.
Le salarié quittant volontairement l'entreprise a alors droit, sous réserve de dispositions conventionnelles ou contractuelles plus favorables, à l'indemnité de départ en retraite prévue par la loi du 19 janvier 1978.

162 Concernant la **mise à la retraite**, le dispositif légal de 1987 exige une double condition. Il faut que soient réunis un âge minimum (60 ans) et une durée de cotisations permettant l'ouverture d'une pension de vieillesse à taux plein (progressivement allongée à 40 années de cotisations) [436].

La loi du 21 août 2003 remet en cause cet agencement [437]. Certes, le départ ou la mise à la retraite conservent leur autonomie de qualification. Cependant, les conditions légales de mise à la retraite sont modifiées [438].
À présent, l'employeur ne peut plus mettre un salarié à la retraite avant l'âge de 65 ans, âge auquel tout salarié peut bénéficier d'une retraite à taux plein quelle que soit sa durée

---

[436] Article L. 122-14-13 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi n°87-588 du 30 juillet 1987 : *« La mise à la retraite s'entend par la possibilité donnée à l'entreprise de rompre le contrat de travail d'un salarié qui peut bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein […] et qui 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 »*.

[437] Loi n°2003-775 du 21 août 2003, article 16, *J.O.* du 22 août.

[438] Article L. 122-14-13 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi n°2003-775 du 21 août 2003 : *« La mise à la retraite s'entend de la possibilité donnée à l'employeur de rompre le contrat de travail d'un salarié ayant atteint l'âge visé au 1° de l'article L. 351-8 du Code de la Sécurité sociale »*.

d'assurance [439]. Autrement dit, dès lors que le salarié a atteint l'âge de 65 ans, l'employeur peut le mettre d'office à la retraite. Des dérogations permettant de mettre un salarié à la retraite avant 65 ans sont néanmoins prévues [440].

Les conditions de mise à la retraite s'apprécient à la date d'expiration du préavis (même non effectué) [441] et non au moment de la notification de la mise à la retraite par l'employeur [442]. Il s'ensuit que l'employeur peut notifier la mise à la retraite avant que le salarié remplisse les conditions légales dès lors qu'elles sont réunies à l'expiration du préavis.

Par ailleurs, c'est à l'employeur de rapporter la preuve que les conditions légales de mise à la retraite sont remplies [443].

Outre la soumission de la retraite à certaines conditions d'ordre temporal, ce mode de rupture est limité quant à son champ d'application.

B - Un mode de rupture limité quant à la qualité des salariés

La mise à la retraite est limitée tant dans sa mise en œuvre que dans son indemnisation lorsque les salariés qu'elle intéresse se trouvent dans une situation particulière de fragilité. Il

---

[439] Condition d'âge qui s'applique même si le salarié bénéficie déjà, au moment de son embauche, d'une pension de vieillesse à taux plein : Cass. soc., 23 mai 2007, n°06-40.229, *RJS* 8-9/07, n°946.

[440] Ainsi la mise à la retraite d'un salarié âgé de moins de 65 ans est autorisée dans les cas suivants :
- Un accord collectif étendu est conclu à cet effet avant le 1er janvier 2008, il prévoit des contreparties en termes d'emploi ou de formation professionnelle.
- Le salarié concerné bénéficie d'une convention de préretraite au titre du dispositif spécifique de cessation anticipée d'activité pour les salariés ayant exercé des métiers pénibles (CATS) ou de préretraite progressive (qui s'est achevé au 1er janvier 2005) ou bien encore, dans le cadre de tout autre avantage de préretraite défini avant la date de publication de la loi, soit avant le 22 août 2003.

[441] Cass. soc., 5 juin 1996, n°92-42.119.
Confirmation : CA Versailles, 30 octobre 2003, *RJS* 2/04, n°201.

[442] Lettre DRT du 30 octobre 1987.

[443] Cass. soc., 2 juillet 2003, n°01-42.035, *RJS* 10/03, n°1154.

en va de la sorte pour les salariés titulaires d'un mandat représentatif mais également pour les salariés victimes d'un accident du travail et déclarés inaptes à leur emploi.

163 Lors du vote de la loi de 1987, le ministre du travail estime que l'employeur peut décider librement de mettre un représentant du personnel à la retraite et qu'il n'est donc pas tenu de respecter la procédure spéciale de licenciement des salariés protégés [444].
Cette position est alors contestée comme ne reposant que sur un silence douteux des textes. En outre, comme le souligne J.-M. BÉRAUD, au plan de la politique juridique, admettre que l'employeur peut librement mettre à la retraite un représentant du personnel, c'est subordonner le maintien du mandat représentatif après soixante ans à une volonté patronale, ce qui est difficilement admissible [445].
Enfin, J. SAVATIER souligne que l'exclusion des garanties habituelles données au salarié protégé licencié constitue une discrimination fondée sur l'âge.

Lorsque la question vient à lui être posée, la Cour de cassation se prononce en sens opposé. Dans un arrêt du 5 mars 1996 [446], la Chambre sociale précise explicitement pour la première fois que **l'employeur qui envisage de mettre à la retraite un salarié protégé est tenu de respecter dans tous les cas la procédure spéciale de licenciement**.
Toute mise à la retraite est donc soumise à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Ce dernier doit alors vérifier l'absence de discrimination ainsi que le manque de lien entre la demande d'autorisation et le mandat de l'intéressé.

La jurisprudence n'a, depuis lors, jamais modifié sa position [447]. **En l'absence d'autorisation administrative, la rupture du contrat de travail est nulle** et ouvre droit

---

[444] Dans le même sens, voir la circulaire DRT n°87/10 du 8 septembre 1987.

[445] J.-M. BERAUD, « La mise à la retraite: un droit qui se cherche », *Dr. soc.* 1992, p.813.

[446] Cass. soc., 5 mars 1996, *Bull. civ.*, V, n°84 ; *Dr. soc.* 1996, p.537, obs. M. COHEN ; *JCP*, 1996, E, I, 597, n°19, note A. CHEVILLARD, p.440; *JCP*, G, 1996, II, 22 631, note D. CORRIGNAN-CARSIN; *RJS* 4/96, n°422, p.255 : « *La protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun instituée par le législateur au profit de salariés investis de fonctions représentatives, interdisant à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la rupture du contrat de travail, s'applique lorsque le salarié est mis à la retraite, même si les conditions sont remplies* ».

[447] Voir notamment : ◆ Cass. soc., 2 décembre 1998, *RJS* 1/99, n°101 : *« La protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun instituée par le législateur au profit des salariés exerçant les fonctions de*

pour le salarié à réintégration. Si le salarié ne demande pas cette réintégration, il a droit, dans ce cas, à une indemnité forfaitaire égale à la rémunération qu'il aurait dû percevoir depuis la date de son éviction jusqu'à l'expiration de la période de protection en cours [448].

164 Une autre limitation existe au droit de l'employeur de mettre un salarié à la retraite. Elle concerne cette fois le salarié déclaré inapte à son emploi en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

En vertu de l'article L. 122-32-2 du Code du travail, pendant toute la période de suspension du contrat de travail consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle, l'employeur ne peut rompre le contrat de travail à durée indéterminée. Il ne peut le faire que *« s'il justifie d'une faute grave de l'intéressé, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie, de maintenir ledit contrat »*. La mise à la retraite est donc prohibée pendant toute la période de suspension. En cas de violation de cette

---

conseiller prud'homme, interdit à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la rupture du contrat de travail. Il en est ainsi lorsque le salarié est mis à la retraite ».

◆ Cass. soc., 23 janvier 2001, n°99-41.824 : *« La mise à la retraite d'un salarié protégé sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail est nulle »*.

◆ Cass. soc., 5 mars 2002, n°00-40.467, *CSBP* 2002, n°140, S 227, obs. C. CHARBONNEAU : *« La mise à la retraite non précédée d'une autorisation de l'inspecteur du travail constitue une rupture illicite du contrat de travail »*.

◆ Cass. soc., 30 novembre 2004, n°03-40.604, *CSBP* 2005, n°167, S 74, obs. F.-J. PANSIER; *RJS* 2/05**,** n°180 : *« En l'absence de l'autorisation administrative qui avait été sollicitée, la mise à la retraite d'un salarié, élu du comité d'entreprise, est nulle et de nul effet »*.

◆ Cass. soc., 6 avril 2005, n°03-43.629, *CSBP* 2005, n°172, S 265, obs. F.-J. PANSIER : *« La mise à la retraite d'un salarié protégé doit être autorisée par l'inspecteur du travail ; À défaut, la rupture du contrat s'analyse en un licenciement nul »*.

[448] ◆ Concernant les conseillers prud'hommes, en raison de la durée de leur mandat, la Chambre sociale a décidé de plafonner la période d'indemnisation à 30 mois. Indemnité forfaitaire à laquelle s'ajoute les sommes perçues dans le cadre de la mise à la retraite : Cass. soc., 10 décembre 2003, n°01-43.876, *CSBP* 2004, n°158, S 118, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 2/04, n°234.

◆ Concernant les délégués syndicaux dont le contrat de travail est rompu par une mise à la retraite sans autorisation de l'inspection du travail et qui ne demandent pas la poursuite de leur contrat de travail, la Cour de cassation a décidé qu'ils avaient droit à une indemnité limitée à 12 mois de salaires à compter de leur éviction : Cass. soc., 27 octobre 2004, n° 01-45.902, *CSBP* 2005, n°166, A 1, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 1/05, n°58 ; *TPS*, janvier 2005, n°12.

disposition, la sanction encourue est la **nullité** de la mise à la retraite [449].

En revanche, à l'issue de la période de suspension du contrat de travail, rien ne s'oppose à ce qu'un salarié accidenté du travail, déclaré inapte et dont le reclassement est impossible, soit mis à la retraite [450] dès lors que les conditions légales susmentionnées sont remplies. Ce qui diffère par rapport au salarié « ordinaire » concerne l'indemnisation de la rupture : le salarié non reclassé dans l'entreprise a droit à une indemnité spéciale de licenciement qui, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, est égale au double de l'indemnité légale de licenciement [451].

Cette décision est contestée par les organisations patronales car ajoutant à l'article L. 122-32-5 alinéa 4 du Code du travail *« de manière prétorienne et sans aucun fondement juridique »* un troisième cas d'ouverture du droit à l'indemnité spéciale de licenciement [452].

Pour notre part, cette solution nous semble justifiée dans la mesure où la mise à la retraite n'est qu'une faculté pour l'employeur qui peut ou non décider de la rupture du contrat de travail. Le risque professionnel doit donc demeurer à la charge de l'entreprise quel que soit l'âge du salarié.

Quoi qu'il en soit, cette indemnisation tout comme la limitation précédemment étudiée concernant la procédure de mise à la retraite des salariés protégés prouve la proximité avec le licenciement. Ceci nous amène à poser la question suivante : la retraite, de façon générale, constitue t-elle véritablement un mode autonome de rupture ? D'autant que lorsque les conditions de validité ne sont pas remplies, la retraite n'est pas annulée mais requalifiée par le juge en « licenciement ».

---

[449] Cass. soc., 7 mars 2007, n°05-42.279, *CSBP*, n°192, juillet/août 2007, S 287, obs. F.-J. PANSIER ; *JCP*, S, n°17 du 24 avril 2007, 1298, note P.-Y. VERKINDT ; *RJS* 5/07, n°585.

[450] Cass. soc., 4 juin 1998, *Bull. civ.*, V, n°299 ; *RJS* 7/98, n°856.

[451] Cass. soc., 29 janvier 2002, n°99-41.028, *CSBP* 2002, n°139, S 166, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2002, p.465, obs. R. VATINET ; *RJS* 4/02, n°424 ; *TPS*, mai 2002, n°131, p.10.

[452] Voir les observations anonymes sous Cass. soc., 29 janvier 2002, *Jur. soc.*, décembre 2002, p.390.

§ 3 - La « requalification – sanction » de la retraite

165 Tout en proclamant l'autonomie de la mise à la retraite par rapport au licenciement, le législateur de 1987 rapproche ces deux modes de résiliation unilatérale en cas de rupture fautive. En effet, P. SÉGUIN affirme : *« J'entends par mise à la retraite la décision prise par l'employeur de rompre le contrat d'un salarié lorsque celui-ci bénéficie d'une retraite à taux plein et lorsqu'il remplit les conditions d'ouverture à la pension de vieillesse. Lorsque ce ne sera pas le cas,* ***la décision de l'employeur de rompre le contrat de travail s'analysera non comme une mise à la retraite mais comme un licenciement*** *avec l'ensemble des éléments en découlant : entretien préalable, préavis, contrôle du motif réel et sérieux, indemnité de licenciement… »* [453]. Déclaration codifiée à l'alinéa 3 de l'article L. 122-14-13 du Code du travail : *« **Si les conditions de mise à la retraite ne sont pas réunies, la rupture du contrat de travail par l'employeur constitue un licenciement** ».*

Ainsi, la Cour de cassation décide t-elle à propos d'un salarié ayant atteint l'âge conventionnellement prévu mais qui ne totalise pas un nombre suffisant de trimestres cotisés que *« la décision de mettre à la retraite un salarié qui ne peut bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein constitue un licenciement »* [454]. Pareillement, la rupture du contrat de travail d'un salarié qui, bien que susceptible de bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein n'a pas atteint l'âge prévu par la convention collective applicable, est requalifiée en licenciement, avec toutes les conséquences qu'emporte ce mode de rupture [455].

---

[453] P. SÉGUIN, *J.O.* Débats Ass. Nat., 3ème séance du 9 juin 1987, p.2137.

[454] Cass. soc., 7 mai 1996, Sté Générale c/ Valenza.

Dans le même sens :
- Cass. soc., 25 mars 1992, n°90-45.494, *Bull. civ.*, V, n°213.
- Cass. soc., 18 janvier 1995, n°91-42.344, *Bull. civ.*, V, n°31.
- Cass. soc., 15 mars 1995, n°90-46.098, *Bull. civ.*, V, n°87.
- Cass. soc., 10 février 2004, n°01-45.216, *CSBP* 2004, n°160, S 202, obs. F.-J. PANSIER.

[455]
- Cass. soc., 7 avril 1994, *CSBP* 1994, A 38 ; *RJS* 5/94, n°541.
- Cass. soc., 24 novembre 1998, *CSBP* 1999, n°108, A 12 .

Une autre illustration de cette requalification sanction de la mise à la retraite en « licenciement » se trouve lorsque l'employeur motive la rupture du contrat de travail en invoquant un motif autre que la réunion des conditions légales [456].

De façon similaire, le départ à la retraite peut se voir requalifier par le juge en « licenciement » chaque fois que la volonté du salarié de partir en retraite n'a pas été libre. Il appartient, effectivement, aux juges du fond de vérifier, en cas de contestation, que le départ du salarié ne constitue pas en réalité un licenciement déguisé [457]. En ce cas, il revient au salarié qui demande la requalification de la rupture de démontrer les pressions dont il a fait l'objet [458].

166 Par ailleurs, soulignons que la loi du 16 novembre 2001 [459], transposant en droit interne la directive 200/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, a ajouté à la liste des motifs illicites de discrimination de l'article L. 122-45 du Code du travail celui relatif à l'âge. Il en résulte qu'aucun salarié ne peut être licencié en raison de son âge, tout acte contraire étant nul. Dès lors, **la rupture du contrat de travail qui ne respecte pas les conditions de mise à la retraite n'est pas seulement dépourvue de cause réelle et sérieuse mais est frappée de nullité** [460].

---

[456] Cass. soc., 9 mars 1999, *RJS* 4/99, n°504 : *« La mise à la retraite d'un salarié remplissant les conditions d'âge et de durée de cotisations prévues par l'article L. 122-14-13 du Code du travail n'est pas une obligation pour l'employeur et suppose de sa part une manifestation non équivoque de volonté.* ***L'employeur*** *qui ne motive la rupture des relations contractuelles que par l'arrivée du terme du dernier CDD, alors que la relation contractuelle était en réalité à durée indéterminée,* ***prononce en réalité un licenciement*** *».*

[457] CA Aix-en-Provence, 24 mai 1988.

[458]
- Cass. soc., 4 mai 1993, Hureaud c/ Orch. Régional Cannes – Provence - Côte d'azur – Alpes.
- Cass. soc., 24 novembre 1993, Barrieu c/ Sté Schroff.

[459] M. KELLER, « La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations », *D.* 2002, chronique, p. 1355.

[460] Cass. soc., 21 décembre 2006, n°05-12.816, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* diffusé sur Internet n°659 du 15 avril 2007, n°788 ; *D.* 2007, n°4, obs. J. CORTOT *Dr. soc.* février 2007, obs. P. CHAUMETTE ; *JCP*, E, n°8 du 22 février 2007, 1241, note F. DUQUESNE ; *JCP*, S, n°15 du 11 avril 2007, 1244, note B. BOSSU ; *RDT* avril 2007, p.238, note I. DESBARRATS ; *RJS* 3/07, n°326 : *« Ayant constaté que*

Nous comprenons donc que si la retraite constitue bien une qualification originale de cessation des relations de travail, nous pouvons quelque peu douter du caractère affranchi de ce mode de rupture. Nous avons vu, en effet, que l'autonomie de ce mode de résiliation unilatérale en raison de l'âge n'est que très limitée par rapport aux modes originels que sont la démission et le licenciement en ce qui concerne les conditions de mise en œuvre. L'indépendance est encore moindre en ce qui concerne la sanction d'une mise à la retraite « fautive ». Dans cette hypothèse, la rupture est purement et simplement requalifiée en licenciement afin d'y appliquer le régime joint.

l'armateur n'invoquait comme cause de rupture que l'âge de l'officier, lequel, au moment de la rupture du contrat de travail, ne bénéficiait pas d'une retraite à taux plein, [la cour d'appel] a, à bon droit, décidé que sa mise à la retraite constituait un ***licenciement nul*** *».*

Conclusion du chapitre

Ce chapitre nous a permis de mettre en lumière l'évolution subie par la qualification de chacun des modes de résiliation unilatérale spécifiques au contrat de travail que sont la rupture de la période d'essai et la retraite.

167 Tout d'abord, concernant **la rupture intervenant en période d'essai**, nous avons démontré l'omniprésence de l'unilatéralisme. Chaque partie au contrat de travail est libre de rompre la relation, discrétionnairement et à tout moment durant cette période.
Mais, la séparation ainsi intervenue **ne reçoit pas la qualification traditionnelle de démission ou de licenciement** selon la partie qui l'a mise en oeuvre. En effet, la Cour de cassation, à plusieurs reprises, a affirmé l'autonomie de la rupture de la période d'essai par rapport aux modes originels de résiliation unilatérale du contrat de travail.
Par ailleurs, encore faut-il que la phase pendant laquelle un contractant rompt soit bien qualifiée de période d'essai. En effet, pour éviter que la période d'essai soit détournée de son but premier, les juges définissent restrictivement cet intervalle contractuel. Ils exigent, en sus, que sa durée soit raisonnable et, enfin, que les dispositions protectrices existant en matière de licenciement en faveur des salariés protégés soient respectées par l'employeur qui souhaite se séparer d'un salarié ayant cette qualité. Ainsi, bien que mode autonome de cessation des relations de travail, **la rupture de la période d'essai est requalifiée par les juges en « licenciement » chaque fois que l'ensemble des conditions de validité de cette phase contractuelle ne sont pas réunies**.

168 À l'autre bout de la relation contractuelle de travail, nous avons examiné un autre mode de résiliation unilatérale du contrat : la retraite.
La qualification de la rupture du contrat de travail en raison de l'âge du salarié a évolué dans le temps. Lorsque la question leur a été posée, les juges ont tout d'abord admis qu'une limite d'âge constituait l'arrivée d'un terme extinctif. Postérieurement, la Cour de cassation modifie sa position et pose comme principe que la rupture du contrat de travail à l'âge de la retraite s'analyse en un licenciement ou une démission selon que l'initiative est prise par l'employeur ou par le salarié. Enfin, nouvelle variation, la loi du 30 juillet 1987 consacre **le départ et la mise à la retraite** comme **modes autonome de rupture du contrat de travail, distincts des qualifications de démission ou de licenciement**. Pour autant, le régime se rapproche en de nombreux points de celui de la démission ou du licenciement. Contiguïté de régime telle que nous pouvons douter du caractère autonome de ce mode de rupture par rapport aux modes

originels de résiliation unilatérale. L'indépendance est d'ailleurs encore moindre en ce qui concerne la sanction d'une mise à la retraite « fautive ». En ce cas, **la rupture est purement et simplement requalifiée par les juges en « licenciement » chaque fois que l'ensemble des conditions de validité ne sont pas réunies**. Et ce, afin d'y appliquer le régime joint.

Ainsi, pour conclure, nous percevons qu'aujourd'hui des modes de résiliation unilatérale spécifiques au contrat de travail existent à côté des modes originels. Il n'en demeure pas moins que leur caractère autonome peut sans doute être débattu.

Conclusion du Titre I

Ce titre nous a permis de mettre en relief l'évolution de la qualification des modes de résiliation unilatérale du contrat de travail.

Le Code civil ouvre, par principe, dans les seuls contrats à durée indéterminée, une faculté de résiliation unilatérale. En effet, les engagements perpétuels sont prohibés. Le contrat de travail n'échappe pas à cette règle. Aussi, est il loisible au salarié comme à l'employeur de mettre en œuvre son droit de résiliation unilatérale en démissionnant ou en licenciant. Qualifications qui ne peuvent, en conséquence, être gardées en présence d'un contrat de travail à terme.

169 La première **qualification**, celle **de démission a évolué vers une diminution de son admission par les juges**. À ce jour, les critères de qualification instaurés par la jurisprudence sont particulièrement restrictifs. La qualification de démission est enserrée de façon rigide afin que le salarié ne perde volontairement son emploi que lorsque sa volonté est libre, sérieuse et surtout non équivoque. Nous avons démontré que certaines modifications pourraient sans doute faire progresser le système de qualification. Principalement, une évolution tendant à mettre en exergue le critère de l'initiative de la rupture et les notions civilistes de « volonté réelle et libre » nous semble nécessaire afin de parfaire la protection du salarié, partie faible au contrat de travail.

170 L'évolution qu'a connu la qualification de licenciement est parfaitement à l'opposé de ce que nous venons de rappeler pour la démission.
Si durant une période la qualification de licenciement a été limitée au cumul des critères d'initiative et d'imputabilité de la rupture, tel n'est plus le cas aujourd'hui. En effet, désormais, la qualification de licenciement est très largement retenue par les magistrats afin d'y englober une multitude de situations pourtant diverses. Ainsi, non seulement la qualification de licenciement est retenue quand l'employeur prend l'initiative de rompre le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée, mais elle est également adoptée pour requalifier une cessation des relations de travail chaque fois que la nature de cette rupture n'est pas conforme à ce qu'elle devrait être. Dans cette dernière hypothèse, la qualification de licenciement intervient à titre de sanction de l'employeur. Et ce, quelle que soit la réalité de la rupture. Par exemple, l'employeur qui, par son comportement contractuel, a poussé le salarié à la démission se verra condamné par une requalification de la rupture en licenciement, en-

dehors de toute initiative formelle de sa part. La requalification n'a donc pas pour objet de restituer à l'acte son exacte qualification. Au contraire, les juges font toujours comme s'il y avait un licenciement. Le but étant assurément d'appliquer le régime favorable du licenciement au salarié, en dépit de la réalité de l'acte. Subséquemment, **la qualification de licenciement** se manifeste comme une incontestable **notion polymorphique**.

171 Notion protéiforme qui n'empêche cependant pas de laisser subsister, à ses côtés, les qualifications de rupture de la période d'essai et de retraite. Ces deux modes de rupture constituent également des modes de résiliation unilatérale mais sont spécifiques au contrat de travail. Convention qui, par essence, prend en compte la personne du salarié tant dans sa conclusion que dans son exécution.

Aussi, est-il nécessaire de pouvoir rompre une relation de travail à ses débuts lorsque la personne recrutée ne correspond pas aux attentes managériales ou *vice versa*. De façon inaccoutumée, il faut relever que cette faculté de résiliation unilatérale proposée aux deux contractants est ouverte tant dans le contrat de travail à durée indéterminée que dans celui pourvu d'un terme. Ceci démontre la spécificité de ce mode de rupture dont la finalité n'est pas seulement de permettre de se dégager de liens contractuels mais surtout, pour l'un de tester des compétences et pour l'autre, son environnement de travail, quelle que soit la durée de l'engagement.

À l'autre extrémité de la relation de travail, la personne du salarié est encore prise en compte par la mise en œuvre de la retraite. Celle-ci émane d'une initiative unilatérale, salariée comme patronale. La loi en fait un mode de rupture autonome en raison de l'âge. Encore faut-il qu'un certain nombre d'exigences soient réunies. À défaut, nous l'avons mentionné, l'employeur peut se voir sanctionner par une requalification de la rupture en licenciement.

Le licenciement occupe donc une place de choix dans la rupture du contrat de travail. Pour autant, cette prépondérance de la qualification de licenciement ne doit pas occulter l'existence d'autres modes de rupture de cette relation contractuelle. En effet, soumis aux règles du droit commun, le contrat de travail peut en principe disparaître par application de toutes les techniques classiques d'extinction du contrat synallagmatique.

TITRE II

L'ÉVOLUTION DE LA QUALIFICATION DES AUTRES MODES DE RÉSILIATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

La pensée des rédacteurs du Code civil est imprégnée d'un libéralisme total lié à un grand individualisme. Une toute puissance à la volonté individuelle qui constitue le siège unique de la force contractuelle y est reconnue. Ainsi, chacun est entièrement libre de se lier par contrat mais également de s'en dégager.

La liberté de rupture, corollaire de ce principe d'autonomie de la volonté, trouve son fondement dans l'article 1134 du Code civil. Disposition qui prévoit : *« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».* Il est donc loisible aux partenaires de convenir de se délier de leurs obligations réciproques (Chapitre 1).

De manière antithétique, il arrive parfois que les parties ne s'entendent plus, pas même sur le principe d'une rupture des relations contractuelles. Certes, la plupart des contrats sont exécutés spontanément et correctement, de sorte qu'ils ne suscitent pas de contentieux. Mais lorsque des différends surgissent entre les parties, pour des raisons d'équité, l'inexécution ou la mauvaise exécution n'est pas traitée pareillement selon qu'elle est due à une impossibilité ou à une défaillance.

Dans le premier cas, le Code civil parle de force majeure alors que dans le second c'est la résiliation judiciaire qui trouve à s'appliquer. C'est à l'évolution de ces deux modes de rupture issus du droit civil que nous consacrerons la seconde partie de nos développements (Chapitre 2).

CHAPITRE I

La rupture du contrat de travail convenue par les parties

La licéité d'une révocation par consentement mutuel d'une convention synallagmatique ne fait aucun doute en droit civil, sous réserve notamment d'un vice du consentement. En droit du travail, la question s'est posée, non pas parce que le salarié est en état de subordination (nul ne conteste qu'il puisse accepter une modification de son contrat), mais parce qu'il ne peut renoncer par avance au droit du licenciement.

Nous étudierons donc la place accordée au consensualisme en matière de rupture du contrat de travail (Section 1).

Puis, nous examinerons un autre aspect de la place du consensualisme en droit du travail. Il s'agira de s'arrêter, précisément, sur le contrat de travail à durée déterminée, dans lequel les parties, dès sa conclusion, officialisent la rupture. Nous exposerons la liberté qui leur est accordée quant à la fixation de ce terme (Section 2).

Section 1 - La rupture d'un commun accord

172 Rupture d'un commun accord [461], rupture par commun accord, rupture par consentement mutuel, rupture négociée, accord de rupture, résiliation amiable, résolution amiable, rupture amiable, accord de rupture amiable, résiliation conventionnelle, résiliation par commun accord, départ volontaire, départ négocié, rupture négociée : ces multiples et luxuriantes formulations discernées dans divers écrits visent toutes une seule et même norme vitale du droit commun des contrats, l'article 1134 du Code civil.
Disposition qui prévoit : *« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi » [462].

L'alinéa 2 de cet article envisage donc expressément que les parties qui, par la force du seul échange de leur consentement, ont créé le contrat, peuvent de la même manière, mettre fin à leur relation.

---

[461] Expression que nous retiendrons tout au long de notre étude pour plusieurs raisons. Tout d'abord, en raison de son caractère récurrent dans la jurisprudence récente. Puis, parce que ce mode de rupture du contrat de travail implique le **consentement** du salarié. Par ailleurs, il nous semble inexact d'affirmer, péremptoirement, que le salarié quitte de manière « volontaire » (dont la définition issue du *Petit Robert* signifie *« qui agit librement, sans contrainte extérieure »*) son emploi, en particulier lorsqu'une telle rupture intervient dans le cadre d'une restructuration et/ou de suppressions d'emplois. Enfin, de manière pragmatique, il apparaît que la rupture du contrat de travail, quelle que soit sa forme, se déroule rarement dans des circonstances « amiables » au sens originel du mot (« amiable » provient effectivement de la même base latine « *amicus »* que les termes « Ami » et « Aimable » faisant eux-mêmes référence à l'amitié).

[462] Soulignons dès à présent la distinction entre, d'une part, la rupture d'un commun accord issue de cet article 1134 du Code civil qui permet de mettre fin au contrat de travail et, d'autre part, **la transaction** issue quant à elle de l'article 2044 du Code civil et qui **ne constitue pas un mode de rupture du contrat de travail** mais vise à régler une contestation née ou à naître intervenue à l'occasion de la cessation des relations de travail.

Le commun accord des parties vaut tant pour la création du contrat (*mutuus consensus* [463]) que pour la fin de celui-ci (*mutuus dissensus* [464]).

À partir de la loi du 13 juillet 1973, déjà évoquée dans les développements antérieurs, la question s'est alors posée tant pour la doctrine que pour la jurisprudence sociale de savoir si cet article, pierre angulaire du droit commun des obligations, trouvait à s'appliquer en droit du travail. En effet, le problème de la licéité de la rupture d'un commun accord du contrat de travail ne se posait guère avant que ladite loi ait soumis le licenciement à des règles d'ordre public destinées à la protection du salarié. Tant que la protection du salarié licencié reposait sur la théorie de l'abus, l'accord conclu entre les parties pour mettre fin au contrat de travail n'apparaissait pas comme une renonciation du salarié à des garanties d'ordre public.
À compter de 1973, la situation change véritablement puisque la loi fait bénéficier le salarié licencié d'une protection d'ordre public tant en matière de procédure, que de justification ou d'indemnisation. Or, la rupture amiable, doté d'un régime propre emprunté au droit commun des obligations, permet d'exclure les règles protectrices instituées au profit du licenciement. C'est ainsi que, dans la pratique professionnelle, la rupture d'un commun accord a connu un grand essor, notamment en matière économique.

Plusieurs thèses doctrinales se sont alors opposées (et continuent à ce jour) quant à savoir si la rupture d'un commun accord est ou non recevable. Nous croyons nécessaire d'en dresser une synthèse (§1). Le juge principalement, puis le législateur subsidiairement, sont intervenus pour trancher ce problème qui constitue, d'ailleurs, un aspect de la question classique des rapports entre droit civil et droit du travail (§2).

§ 1 - Les thèses doctrinales en présence

Les arguments tant conceptuels (A) que pragmatiques (B) avancés par les partisans de son admission et ses adversaires sont connus. Il paraît, toutefois, nécessaire d'en rappeler la teneur dans la mesure où, aujourd'hui encore, la question divise.

---

[463] Accord mutuel.

[464] Dissentiment mutuel.
Sur l'histoire de cette formule : R. VATINET, « Le mutuus dissensus », *RTDciv*., 1987, p.252.

A - Arguments conceptuels

173 Pour les défenseurs de la rupture du contrat de travail d'un commun accord [465], l'idée phare est celle que l'article 1134 du Code civil doit trouver application en droit du travail en vertu de l'article L. 121-1 du Code du travail [466]. Peu important que des garanties d'ordre public aient été mises en place par ailleurs pour le licenciement. Tout comme les règles sur le licenciement ne permettent pas d'interdire la démission, elles ne peuvent davantage faire obstacle à la rupture du contrat par consentement mutuel [467].

Ainsi, le contrat de travail conclu d'un commun accord doit pouvoir être rompu par la volonté conjointe du salarié et de l'employeur. Ce que les parties ont fait peut être défait par elles. La symétrie des formes exposée par les rédacteurs du Code civil doit être applicable au contrat de travail.

F. TAQUET souligne à cet égard que *« aucune disposition de notre droit ne semble faire obstacle au principe de l'autonomie de la volonté »* [468]. Cet auteur ajoute que *« homme libre*

---

[465] Voir notamment :

- B. BOUBLI, « Le licenciement : Statut exclusif de la rupture du contrat à durée indéterminée », *TPS* avril 1998, chronique, n°7, p.4-6.
- N. HAUSER-COSTA, note sous Cass. soc, 4 janvier 2000, *JCP*, G, 2000, II, 10 402.
- P. MORVAN, « Libérer le départ volontaire pour motif économique », *Dr. soc.* 2005, p.59-67.
- P. SARGOS, « Transaction et rupture amiable : la jurisprudence de la Cour de cassation », *Semaine Sociale Lamy* du 2 décembre 2002, supplément au n°1100, p.23-25.
- J. SAVATIER, « La résiliation amiable du contrat de travail », *Dr. soc.* 1985, p.692-710 ; « Résiliation amiable du contrat de travail et transaction », *Dr. soc.* 1996, p.687-689.
- F. TAQUET, « Vers un nouveau mode de rupture original du contrat de travail : la résiliation par commun accord des parties », *Gaz. Pal.* 1987, doctrine, p.265 – 269.
- B. TEYSSIÉ, « À propos de la résiliation conventionnelle du contrat de travail », *JCP*, E, 1985, I, 14 690, p.281 – 282.

[466] Article L. 121-1 du Code du travail : *« Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun »*.

[467] Voir : P. SARGOS, « Transaction et rupture amiable : la jurisprudence de la Cour de cassation », *Semaine Sociale Lamy* du 2 décembre 2002, supplément au n°1100, p.23-25.

[468] F. TAQUET, « Vers un nouveau mode de rupture original du contrat de travail : la résiliation par commun accord des parties », *Gaz. Pal.* du 4 avril 1987, doctrine, p.266.

Dans le même sens, voir F. JULIEN qui écrit : *« ce que la loi prohibe c'est une renonciation par avance aux*

et responsable, le salarié, quelle que soit sa position dans l'entreprise ou le motif de la résiliation de son contrat et quelles que soient les conséquences financières qui découleront de cette rupture, doit conserver l'autonomie de ses actes » [469].

Un autre argument est mis en avant par les partisans de la rupture d'un commun accord. Il tient au fait qu'un tel mode de rupture a expressément été instauré en droit du travail pour le contrat de travail à durée déterminée [470], le contrat d'apprentissage [471] ou encore certains contrats aidés.
Ces différentes hypothèses démontrent donc, pour les auteurs susnommés, que si la rupture d'un commun accord est l'un des modes de rupture possibles du contrat à durée déterminée, il n'existe aucune raison de s'opposer à son application pour le contrat de travail de droit commun qu'est le contrat à durée indéterminée.

174 Ce sont ces mêmes arguments, interprétés différemment, qui sont avancés par les opposants à l'admission de la rupture d'un commun accord [472].

---

garanties qui entourent l'exercice par l'employeur de la faculté de rupture unilatérale qui lui est reconnue, notamment par une clause insérée dans le contrat de travail. Mais rien n'autorise à écarter l'application du principe fondamental de l'autonomie de la volonté des parties contractantes », *Lamy social* 1985, 764.

[469] F. TAQUET, « Vers un nouveau mode de rupture original du contrat de travail : la résiliation par commun accord des parties », *Gaz. Pal.* du 4 avril 1987, doctrine, p.268.

[470] Article L. 122-3-8 du Code du travail : *« **Sauf accord des parties**, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure »*.

[471] Article L. 117-17 du Code du travail : *« Le contrat peut être résilié par l'une ou l'autre des parties durant les deux premiers mois de l'apprentissage. Passé ce délai, la résiliation du contrat ne peut intervenir que **sur accord exprès et bilatéral des cosignataires** ou, à défaut, être prononcée par le conseil de prud'hommes ou le juge d'instance en cas de faute grave ou de manquements répétés de l'une des parties à ses obligations ou en raison de l'inaptitude de l'apprenti à exercer le métier auquel il voulait se préparer, constatée dans les conditions fixées par le décret prévu à l'article L. 119-4 »*.

[472] Voir notamment :
- H. BLAISE, « Rupture amiable et transaction : une distinction délicate en droit du travail », *Dr. soc.* 1996, p.33-36.
- J. DUPUY, « La démission du salarié », *D.* 1980, chronique, p.253-262.
- J. MOULY, *La fraude à la loi en droit du travail. Contribution à la théorie générale de la fraude*, thèse, Université de Limoges, 1979.
- J. MOULY, *JCP*, E, 1999, n°27, p.1200.

Tout d'abord, selon eux, le Code civil et spécifiquement son article 1134 s'applique à des contractants placés sur un pied d'égalité. Or, la relation de travail s'avère par définition une situation déséquilibrée. C'est pourquoi, ni les salariés ni les employeurs ne sauraient éluder l'application des règles d'ordre public sur le licenciement.

Ce raisonnement prend appui sur l'article L. 122-14-7 alinéa 3 du Code du travail qui interdit aux parties au contrat de travail de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles posées par les articles L. 122-4 et suivants [473]. En rompant de façon amiable le contrat de travail, les parties substituent aux règles protectrices du licenciement un accord qui leur est propre et qui n'assure pas les mêmes garanties au travailleur, car demeurant un mode de rupture sans régime.

Par ailleurs, l'argument relatif à l'ouverture par la loi de la rupture d'un commun accord aux CDD est repris mais de manière antithétique. Ainsi, C. RADÉ expose que *« formellement prévue par le Code du travail dans certaines hypothèses particulières, elle* [la rupture d'un commun accord] *n'a pas été érigée par la loi n°73-680 du 13 juillet 1973, ni par aucune autre loi postérieure d'ailleurs, comme l'un des modes de rupture ordinaires du contrat de travail »*. Et il poursuit : *« La rédaction de l'article L. 122-4 du Code du travail est à cet égard révélatrice puisque ne sont cités que le licenciement et la démission »*. Il en conclut donc qu'il faut *« généraliser à l'ensemble du droit du travail l'exclusion de la résiliation amiable du contrat de travail toutes les fois que le législateur n'y fait pas formellement appel »* [474].

Ainsi, selon cette théorie, en 1804 les auteurs du Code civil, en rédigeant le deuxième alinéa

---

◆ J. PÉLISSIER, « Les départs négociés », *Dr. soc.* 1981, p.228 ; « Le recours à la négociation individuelle : les accords de rupture des contrats de travail », *Dr. soc.* 1987, p.479-487.

◆ C. RADÉ, note sous Cass. soc., 4 janvier 2000, *D.* 2000, jurisprudence, p.265 ; « 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.178-184.

[473] Article L. 122-14-7 du Code du travail : *« Les règles posées à la présente section en matière de licenciement ne dérogent pas aux dispositions législatives ou réglementaires qui assurent une protection particulière à certains salariés définis par lesdites dispositions. […]*

Les parties ne peuvent renoncer par avance au droit de s'en prévaloir ».

[474] C. RADÉ, « La résolution amiable du contrat de travail sur la sellette », *D.* 2000, n°12, jurisprudence, p.266.

de l'article 1780 [475], relatif au contrat de louage de service conclu sans détermination de durée, n'ont consacré que la résiliation unilatérale à l'initiative de l'employeur ou du salarié, dérogeant par la même au principe du *mutuus dissensus*. Logique reprise par le Code du travail qui consacre spécifiquement une section à la résiliation du CDI [476] dans laquelle n'apparaît jamais la rupture d'un commun accord. Le législateur ne ferait appel à la rupture d'un commun accord que lorsqu'il réduit les facultés de résiliation unilatérale, comme tel est le cas dans le CDD ou le contrat d'apprentissage. En revanche, quand le pouvoir de rompre isolément n'est pas altéré, le recours à la résiliation amiable ne serait pas envisageable.
Il s'ensuit que les auteurs insistent pour que soit proscrit un tel mode de rupture du contrat de travail [477].

À ces pertinents arguments des défenseurs et adversaires de la rupture d'un commun accord, d'autres s'y ajoutent aux fondements davantage pragmatiques que conceptuels.

B - Arguments pragmatiques

175 Les opposants à la rupture d'un commun accord mettent principalement en exergue la privation pour le salarié d'avantages qui lui sont garantis par la loi en cas de licenciement. En effet, il existe un risque important que l'employeur profite de la rupture d'un commun accord pour imposer sa supériorité économique. Le salarié perdant alors son emploi sans qu'aucune procédure n'ait été respectée mais également et surtout sans dédommagement.
Par ailleurs, il est argué qu'il est contestable de comparer des garanties de procédure à une

---

[475] Article 1780 du Code civil alinéa 2 : *« Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes »*.

[476] Section II : Résiliation du contrat de travail à durée indéterminée (article L. 122-4 à L. 122-14-18).

[477] J. DUPUY écrit ainsi que *« la reconnaissance législative d'un droit de résiliation unilatérale rend impossibles des ruptures par consentement mutuel »,* in « La démission du salarié » *D.* 1980, p.261.
Plus récemment, C. RADÉ se prend *« à rêver d'un attendu de principe affirmant que le contrat de travail ne peut être rompu qu'en usant de l'un des modes prévus par le Code du travail »*, *RJS* 4/99, n°505. Selon ce dernier, *« la rupture amiable n'a plus sa place en droit du travail »*, *Dr. soc.* 2000, p.180.
J. MOULY pense que *« la Cour de cassation devrait être conduite à terme à condamner la résiliation conventionnelle »*, *JCP*, E, 1999, n°27, p.1200.

indemnisation, même majorée [478].

C'est également un aspect financier qui constitue un autre grand achoppement mis en avant par les opposants à la rupture d'un commun accord. En effet, conformément à l'article L. 351-1 du Code du travail, seuls *« les travailleurs involontairement privés d'emploi […] ont droit à un revenu de remplacement* ». Le salarié dont le contrat de travail est rompu par commun accord n'est donc pas admis au bénéfice de l'assurance chômage [479].

Enfin, un dernier souci peut surgir en cas de demande par le salarié d'une requalification de la rupture par le juge. En effet, la rupture d'un commun accord fait écran à l'intention réelle des parties. Les magistrats doivent donc déterminer la nature de la rupture en examinant si le salarié a librement décidé de quitter l'entreprise, auquel cas la rupture sera requalifiée de démission. Ou bien s'il s'agit, au contraire, d'une rupture voulue par l'employeur, c'est à dire destinée à occulter la qualification de licenciement. Travail qui serait ôté si les règles relatives à la démission et au licenciement étaient seules applicables en matière de relations de travail.

176 À ce pragmatique raisonnement, des développements antinomiques font front. La rupture d'un commun accord présente, selon ses défenseurs, des intérêts pour chaque partie.

Tout d'abord, du côté de l'employeur, J. SAVATIER [480], prônant l'application de la rupture d'un commun accord au contrat de travail, explique qu'une telle rupture offre de nombreux avantages.

Elle permet à l'entreprise de prévenir tout procès, un contentieux étant toujours source de durée, d'aléa quant à son issue et de coût en cas d'insuccès. En outre, un tel procès peut parfois être néfaste pour l'image de l'entreprise auprès des tiers. Ceci, quand bien même des motifs réels et sérieux de licenciement existent [481].

---

[478] F. DUQUESNE, « Départs volontaires et procédures de licenciement économique », *Dr. soc.* 1995, p.585.

[479] Convention UNEDIC du 18 janvier 2006. À ce sujet, voir développements ultérieurs.

[480] J. SAVATIER, « La résiliation amiable du contrat de travail », *Dr. soc.* 1985, p.693.

[481] Par cette analyse datant de 1985, M. SAVATIER semble fusionner les champs d'application de la rupture d'un commun accord et de la transaction. Ceci est vraisemblablement causé par la confusion entretenue par la jurisprudence jusqu'en 1995 entre ces deux notions civilistes distinctes (Voir pour cette distinction : Cass. soc., 20 juin 1995, *Bull. civ.*, V, n°201 et *Dr. soc.*, 1996, p.36 avec la chronique de H. BLAISE ; Cass. soc., 21 juin 1995, *Bull. civ.*, V, n°206 et *Dr. soc.* 1995, p.938).

Outre l'aspect relatif à la publicité dont peut être entourée une rupture, nombre d'auteurs mais aussi et surtout d'employeurs discernent une deuxième vertu, et non des moindres, à la rupture d'un commun accord. Elle est un moyen non négligeable d'échapper à certaines règles relatives au licenciement jugées trop contraignantes. Ce serait la complexité et le formalisme du droit du licenciement qui inciteraient nécessairement les parties à s'entendre sur les modalités de la rupture. La rupture d'un commun accord donne alors la liberté nécessaire aux relations humaines en échappant pour une part à la rigueur du droit.

Ceci est d'autant plus vrai, selon F. TAQUET, en matière économique. Cet auteur juge que la rupture d'un commun accord *« est une réponse adaptée aux difficultés économiques »* puisque *« cette pratique permet de réaliser rapidement et en toute sécurité juridique une suppression d'emploi rendue nécessaire par la situation précaire de l'entreprise »* [482]. Thèse reprise et amplifiée plus de dix années après par P. MORVAN [483] qui voit en la rupture d'un commun accord un instrument privilégié de gestion prévisionnelle de l'emploi dans les entreprises en difficulté.

Si la rupture d'un commun accord présente de notables avantages pour l'employeur, il en est de même pour le salarié.

Tout d'abord, elle lui permet de quitter son employeur en bons termes. Comme le relève F. TAQUET [484], l'éventuel futur employeur du salarié a souvent le réflexe de téléphoner afin de demander des renseignements sur le candidat au poste de travail. En conséquence, l'absence de toute entente avec l'ancien employeur pourrait avoir pour contrecoup de défavoriser le salarié dans sa recherche d'emploi.

Ensuite, pédagogues et praticiens, tenants de ce mode de rupture, s'accordent pour reconnaître que le salarié trouve avantage à une séparation amiable. Elle lui permet assurément de quitter son emploi avec un pécule habituellement plus avantageux que dans le cadre d'un licenciement. En effet, si le régime du licenciement est écarté d'un point de vue théorique, il s'avère que, concrètement, la rupture d'un commun accord s'accompagne d'une

---

[482] F. TAQUET, note sous Cass. soc., 10 avril 1991, *JCP*, E, n°32, jurisprudence, 188, p.204.

[483] P. MORVAN, « Libérer le départ volontaire pour motif économique », *Dr. soc.* 2005, p.67.

[484] F. TAQUET, « Pour la création d'un contrat de départ négocié », *Revue française de comptabilité*, mars 2007, p.39.

indemnisation substantielle ou, comme l'écrit P. MORVAN, d'avantages tangibles [485].
C'est la raison pour laquelle J. SAVATIER insiste afin que *« le souci de protéger le salarié ne conduise pas à en faire un incapable qui ne saurait apprécier son intérêt »* [486]. Idée également évoquée par N. HAUSER-COSTA lorsqu'elle écrit que *« le souci de protection du salarié ne doit pas empêcher une certaine souplesse quant aux modes de rupture envisageables pour rompre le contrat de travail »* [487].

Reprenant ces divers arguments en faveur de la rupture d'un commun accord du contrat de travail, F. TAQUET propose qu'il soit mis fin à *« l'hypocrisie »* [488] qui caractérise aujourd'hui ce mode de rupture. Et ce, en intégrant dans le Code du travail la notion de « contrat de départ négocié » en lui donnant un cadre juridique et intégrant la jurisprudence de la Cour de cassation [489].

La présidente du MEDEF, Mme Laurence PARISOT suggère, quant à elle, dans un ouvrage paru en janvier 2007 [490], d'*« inventer un mode de séparation par consentement mutuel comme pour le divorce depuis 1975, avec des indemnités intéressantes pour l'employé, mais plus prévisibles pour l'employeur »*. Selon la présidente du MEDEF, *« il faut rajouter une nouvelle dimension aux ruptures d'un contrat de travail pour inclure une modalité qui n'oblige pas à passer systématiquement par une logique de faute. Pourquoi*

---

[485] P. MORVAN, « Libérer le départ volontaire pour motif économique », *Dr. soc.* 2005, p.67.

[486] J. SAVATIER, « Les limites de la faculté de résiliation amiable du contrat de travail », *RJS* 5/02, p.400.

[487] N. HAUSER-COSTA, note sous Cass. soc, 4 janvier 2000, *JCP*, G, 2000, II, 10 402.

[488] F. TAQUET, « Pour la création d'un contrat de départ négocié », *Revue française de comptabilité*, mars 2007, p.41.

[489] De la sorte, F. TAQUET propose de compléter l'article L. 122-4 alinéa 1er du Code du travail dans les termes suivants : *« Il peut également prendre fin dans le cadre d'un contrat de départ négocié »*. Pourrait également être ajouté un article L. 122-14-13-1 prévoyant la situation d'un départ négocié pour motif personnel. Enfin, un article L. 321-1-4 pourrait être ajouté dans le Code du travail pour envisager la situation du départ négocié pour motif économique : F. TAQUET, « Pour la création d'un contrat de départ négocié », *Revue française de comptabilité*, mars 2007, p.41-42.

[490] « Besoin d'air », Laurence PARISOT, Le Seuil, 150 pages.

rester dans une logique culpabilisatrice, où il faut forcément que ce soit la faute de quelqu'un ? Pacifions tout cela ». Laurence PARISOT [491] vise ainsi à dédramatiser la séparation entre employeur et employé.

En outre, cette *« séparabilité à l'amiable »*, comme elle la dénomme, serait entourée de garde-fous. Quatre sont primordiaux. En premier lieu, la rupture par consentement mutuel serait soumise au contrôle du juge quant à l'existence d'un vice du consentement. Ensuite, le salarié disposerait d'un droit à rétractation après avoir conclu ce type de rupture avec son employeur. Modalité supplémentaire, les parties pourraient librement fixer le montant de l'indemnité de rupture mais, dans tous les cas, son montant ne saurait être inférieur à celui de l'indemnité classique de licenciement. Enfin, la *« séparabilité amiable »* ouvrirait droit aux allocations chômage [492].

Le but clairement affiché est d'assouplir les règles relatives à la rupture afin de faciliter l'embauche [493], tout en évitant de judiciariser la rupture [494].

---

[491] Dont l'opinion est partagée par le Président de la République, Nicolas SARKOZY : *« Je veux vous redire à quel point je suis favorable à ce que soit ouverte la possibilité d'une séparation à l'amiable dans les entreprises dont les conditions pourraient être fixées à l'avance […] Pour les familles, il y a bien un divorce par consentement mutuel […] L'objectif de la négociation sur le contrat de travail, c'est plus de liberté et de prévisibilité pour l'employeur et au bout du compte plus de protection pour le salarié »* (Extraits du discours prononcé lors de l'Université d'été du MEDEF à Jouy-en-Josas le 30 août 2007, disponible en intégralité sur Internet à l'adresse suivante : http://www.sarkozynicolas.com/video-discours-nicolas-sarkozy-universite-dete-du-medef).

[492] Dans le même sens, F. TAQUET propose la création d'un « contrat de départ négocié », spécifique au droit du travail, qui garantirait la sécurité juridique des parties, tout en ne lésant pas les droits des salariés vis-à-vis des administrations sociales : « Pour la création d'un contrat de départ négocié dans le Code du travail », *Revue Française de comptabilité*, mars 2007 ; *JCP*, E, n°11 du 15 mars 2007, note sous Cass. soc., 24 janvier 2007, n°05-42.135, 1366.

[493] « *La séparabilité, j'en suis sûre, ce serait une révolution qui permettrait immédiatement nombre d'embauches »* : Discours de L. PARISOT le 25 janvier 2007 à Bercy pour le lancement du livre « Besoin d'air » Discours disponible en intégralité sur le site Internet du MEDEF.

[494] *« Mille embauches peut-être d'un côté pour un litige de l'autre. C'est clair, ce que nous cherchons à éviter en inventant la séparabilité à l'amiable, c'est une judiciarisation dont le coût en temps, en argent, en liberté, en confiance en l'autre est incalculable ! »* : Discours de L. PARISOT le 25 janvier 2007 à Bercy.

Nous devons, cependant, ici souligner que cette idée de *« séparabilité amiable »* qui est présentée comme nouvelle et « révolutionnaire » [495] ne constitue, en réalité, que le souhait de remettre au goût du jour, tout en aménageant son régime, un mode de rupture qui, en réalité, existe depuis la proclamation du Code civil. Examinons, d'ailleurs, désormais, la place accordée par le juge mais également le législateur à ce mode civiliste de rupture en matière de contrat de travail.

§ 2 - Evolution jurisprudentielle et législative

177 L'article 1134 du Code civil, texte fondateur de la rupture d'un commun accord, ne s'intéresse pas aux conditions dans lesquelles la séparation des contractants intervient. Le principe du *mutuus dissensus* s'applique dans tous les cas.
En matière de relations professionnelles, telle n'est pas la solution retenue. Le juge distingue selon la qualité du salarié.

Il convient d'examiner, de façon liminaire, les cas d'admission de la rupture d'un commun accord (A), puis d'étudier les hypothèses où un tel mode de rupture est écarté (B).

A - Les cas d'admission de la rupture négociée

Le juge, puis le législateur, ont appliqué à la rupture d'un commun accord la distinction qui est effectuée depuis la sortie de la seconde guerre mondiale entre licenciement pour motif personnel et licenciement pour motif économique. Distinction que nous avons d'ailleurs étudié dans le Titre précédent relatif à la qualification de licenciement.

C'est ainsi que nous débuterons notre analyse par la rupture d'un commun accord liée à un motif personnel (1°). Puis, nous nous intéresserons à ce mode de résiliation du contrat de travail lorsqu'il intervient dans un contexte de réduction d'effectif (2°).

[495] Terme utilisé par L. PARISOT.

1° - La rupture d'un commun accord liée à un motif personnel

La question de la validité de la rupture d'un commun accord ne s'est posée en justice qu'à partir du milieu des années soixante-dix, c'est à dire après la mise en place, par la loi du 13 juillet 1973, de garanties d'ordre public au bénéfice des salariés licenciés.

178 La Cour de cassation est saisie, pour la première fois, de la question à propos d'un accord conclu le 18 juillet 1974 entre un salarié et son employeur. Cet accord envisageait que le salarié ferait « l'objet d'une mesure de licenciement dans les formes voulues par la législation, la convention collective et le règlement intérieur ». Il était prévu que le licenciement serait notifié le 1er novembre 1974 pour que le contrat de travail cesse de produire effet le 31 janvier 1975 et que le salarié percevrait l'indemnité de licenciement et l'indemnité compensatrice de congés payés. Le licenciement est effectivement notifié le 1er novembre 1974 et les relations contractuelles définitivement rompues le 31 janvier 1975. Le salarié poursuit alors en justice son employeur pour non-respect de la procédure de licenciement et congédiement sans cause réelle et sérieuse. La Cour d'appel déboute le salarié, constatant qu'il y a accord de principe entre les parties pour mettre fin au contrat de travail.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et reconnaît à ce moment la validité de la rupture d'un commun accord liée à un motif personnel, peu important à cet égard le contractant ayant pris l'initiative de demander la rupture du contrat de travail [496].

Par cette décision de principe, **les juges différencient très clairement la rupture d'un commun accord du licenciement**.

Cette solution est, par la suite, confirmée à de nombreuses reprises et n'est d'ailleurs toujours pas démentie à ce jour [497].

---

[496] Cass. soc., 19 décembre 1979, n°77-12.061, *Bull. civ.*, V, n°1022 ; *Dr. soc.* 1981, p.237 [où l'arrêt est attribué par erreur à la Chambre criminelle].

[497] ◆ Cass. soc., 8 février 1989, *Bull. civ.*, V, n°104 ; *D.* 1990, 339, note Y. SAINT-JOURS ; *RJS* 3/89, n°266 : *« Le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission mais encore à la suite d'un accord entre les parties »*, tel qu'un *« départ négocié »*.

◆ Cass. soc., 7 décembre 1994, n°91-41.587, *Gaz. Pal.* 1995, p.27 : *« Les parties avaient rompu d'un commun accord le contrat de travail, ce dont il résultait que les demandes du salarié, fondées sur l'existence d'un licenciement, ne pouvaient être accueillies »*.

Aussi, lorsque la qualification de rupture d'un commun accord est retenue, les juges appliquent strictement les règles du droit civil, en particulier l'article 1108 du Code civil [498] qui énonce quatre conditions pour qu'une convention soit valable.

179 La première de ces conditions intéresse le consentement. Il convient que les parties aient une volonté exempte de vice [499]. Vice qui peut prendre la forme de l'erreur, du dol ou de la violence.

L'erreur consiste en une représentation inexacte de la réalité. Il peut ainsi y avoir erreur sur l'objet de l'accord si le salarié se méprend sur les conséquences de son acceptation. Tel est le cas lorsque ce dernier ignorait, contrairement à son employeur, qu'il ne pouvait automatiquement bénéficier des allocations chômage et que s'il l'avait su, il n'aurait pas accepté la résiliation amiable. Une telle erreur, déterminante, est de nature à vicier le consentement et corrompre la convention.

◆ Cass. soc., 29 mai 1996, *Bull. civ.*, V, n°215 ; *RJS* 7/96, n°789 ; *Dr. soc.* 1996, p.689 : *« Selon l'article 1134 du Code civil, les parties peuvent, par leur consentement mutuel, mettre fin à leur convention »*.

◆ Cass. soc., 15 janvier 1997, *Dr. soc.* 1997, p.419 : *« Les parties à un contrat de travail peuvent y mettre fin par consentement mutuel »*.

◆ Cass. soc., 16 juillet 1997, *RJS* 10/97, n°1089 : *« Il résulte des articles 1134 et 2044 du Code civil que, si les parties à un contrat de travail décident, d'un commun accord, d'y mettre fin, elles se bornent à organiser les conditions de la cessation de leurs relations de travail […] »*.

◆ Cass. soc., 21 janvier 2003, n°00-43.568, *Bull. civ.*, V, n°11 ; *Dr. soc.* 2003, p.546 ; *RJS* 4/03, n°425 : *« Ayant constaté que les parties avaient été pleinement informées de leurs droits et que ceux du salarié avaient été préservés, la cour d'appel a justement décidé que la rupture du contrat était intervenue d'un commun accord »*.

◆ Cass. soc., 23 septembre 2003, n°01-43.185, *CSBP* 2004, n°156, A 3 : *« La cour d'appel a pu […] estimer que […] les parties avaient entendu organiser d'un commun accord les modalités de la cessation de leurs relations de travail et qu'en conséquence, ladite convention constituait une résiliation conventionnelle du contrat de travail »*.

[498] Article 1108 du Code civil : *« Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :*
Le consentement de la partie qui s'oblige ;
Sa capacité de contracter ;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
Une cause licite dans l'obligation ».

[499] Article 1109 du Code civil : *« Il n'est point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par la violence ou surpris par le dol »*.

De même, l'employeur, qui assure sans réserve à des salariés, acceptant de rompre leur contrat de travail dans le cadre d'une rupture d'un commun accord, que la prime versée à cette occasion n'est pas imposable, commet une faute engageant sa responsabilité. Dès lors, les salariés ont droit d'obtenir réparation du préjudice subi, résultant de l'erreur ainsi commise du fait de l'employeur [500]. Une telle erreur peut alors être sanctionnée par la nullité de l'accord et la requalification de la rupture en un licenciement [501].

Le dol, quant à lui, rappelons-le, se révèle être une manœuvre frauduleuse ayant pour objet de tromper l'autre partie en vue d'obtenir son consentement. Si ce vice du consentement est coutumier en jurisprudence civile, tel n'est pas le cas en matière sociale [502].

Cette rareté du contentieux est, heureusement, également vraie en ce qui concerne la violence. La violence correspond le plus souvent à des menaces ou à des contraintes morales provoquées par des pressions. Elle est cause de nullité de la convention *« lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personnalité ou sa fortune à un mal considérable et présent »* [503].
Ainsi, constitue un acte de violence entraînant la nullité de l'accord de résiliation conventionnelle, une pression psychologique et la crainte de représailles ayant conduit un

---

[500] Cass. soc., 19 décembre 1990, n°88-41.363, *Bull. civ.*, V, n°681.
Dans le même sens : Cass. soc., 27 janvier 1998, n°94-44.951, *Juris. Hebdo.* n°7820 du 23 février 1998 : la Cour de cassation annule un acte de résiliation conventionnelle pour erreur portant sur la cause. En l'espèce, la convention mentionnait comme cause à la rupture, la suppression du poste de la salariée alors que la cause réelle résultait de ses absences pour maladie. En conséquence, celle-ci avait été induite en erreur puisqu'elle s'était déterminée sur le fondement de la cause invoquée et non sur la cause déterminante de la convention.

[501] Le salarié peut alors prétendre à une indemnité pour absence de cause réelle et sérieuse (en particulier si aucune cause de rupture ne lui a été indiquée), voire à des dommages et intérêts pour non-respect des formalités légales.

[502] Voir, cependant : Cass. soc., 7 juin 1995, *Bull. civ.*, V, n°183.

[503] Article 1112 du Code civil.

salarié à quitter son emploi et son domicile [504]. De même, doit être annulé l'acte de rupture d'un commun accord qui est conclu sous l'empire de harcèlement et d'abus [505].

180 La deuxième condition de validité d'une convention énoncée par l'article 1108 est celle tenant à la capacité de contracter des parties en présence.
Cette condition n'appelle guère de développements. Soulignons simplement que, aux termes de l'article 1124 du Code civil, *« sont incapables de contracter : les mineurs non émancipés, les majeurs protégés »*. En conséquence, un mineur ne peut valablement conclure une rupture d'un commun accord sans le consentement de son représentant légal.

181 La condition suivante exigée par l'article 1108 du Code civil concerne l'objet de la convention qui doit être certain, possible et licite.
Dans les contrats synallagmatiques, qualification retenue pour le contrat de travail, l'objet

---

[504] Cass. soc., 20 mai 1998, n°96-41.314, *Juris. Hebdo*. n°7876 du 15 juin 1998.

[505] Cass. soc., 30 novembre 2004, n°03-41.757, *CSBP* 2005, n°167, A 16, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2005, p.321, obs. B. GAURIAU ; *RJS* 2/05, n°135 ; *TPS*, février 2005, n°43, obs. P.-Y. VERKINDT. En l'espèce, deux mois après avoir conclu un acte sous seing privé aux termes duquel il était mis fin d'un commun accord à son contrat de qualification, une jeune employée de commerce saisit la juridiction prud'homale afin d'obtenir la nullité de cette convention de rupture. La Cour de cassation accueille la demande de la salariée en reprenant les différentes constations effectuées par les juges du fond. D'une part, l'employeur imposait à sa salariée de travailler à temps complet, ce qui empêchait la formation en alternance promue par ce type de contrat. D'autre part, l'employeur la harcelait de diverses manières notamment en lui demandant de lui faire des massages de nature sexuelle (il en était d'ailleurs résulté des troubles psychologiques, angoisses et anxiété pour cette dernière). Au vu de ces constatations, la Chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît qu'il s'agit de faits de violence au sens de l'article 1112 du Code civil, ce qui entraîne la nullité de l'accord de rupture.
En sens inverse : CA Chambéry, 4 mars 2003, *RJS* 12/03, n°1373 : *« Est valable le protocole d'accord signé entre un directeur d'agence et son employeur et stipulant, après avoir fait référence à plusieurs entretiens, que les parties ont décidées de mettre fin au contrat de travail d'un commun accord dans les conditions de l'article 1134 du Code civil. En effet, le document n'évoque aucun contentieux, ou litige, ou contestation entre les parties et se borne à organiser les conditions de la cessation de leur relation de travail. En outre,* ***le salarié ne démontre pas en quoi son consentement aurait été vicié****, ne procédant sur ce point que par simples allégations alors qu'il a lui-même dirigé pendant de nombreuses années une entreprise puis a été salarié en qualité de cadre, son niveau intellectuel lui permettant de ne succomber à aucune pression et de s'entourer de conseils avertis »*.

existe dès lors que sont créées des obligations réciproques entre les parties [506].
En matière de rupture d'un commun accord, il est permis de s'interroger sur la présence de ces contreparties réciproques. En effet, il n'existe pas en la matière d'obligation de donner. Pouvons-nous alors entrevoir une obligation de faire ? La réponse semble être négative puisque l'objet du contrat est bien de rompre le contrat de travail. C'est donc un contrat ayant pour but de mettre fin aux effets d'un autre contrat et non de créer de nouvelles obligations à la charge du salarié et de son employeur.
Enfin, pouvons-nous distinguer une obligation de ne pas faire ? Cette fois, il semble que nous pouvons répondre par l'affirmative puisque le salarié s'engage à ne plus fournir de prestation de travail. Quant à l'employeur, il accepte de ne plus exercer de lien d'autorité sur le salarié et en conséquence de ne plus lui verser de salaire. L'objet de l'accord de rupture est donc bien d'interdire désormais aux parties de réclamer l'exécution du contrat initial.

182 Enfin, ultime condition requise par l'article 1108 : la cause de la convention qui doit exister et être licite [507].
Expressément visée par le Code civil, la cause du contrat est une notion difficile à cerner, surtout en matière de commun accord. La notion de cause tend à chercher pourquoi le contrat a été conclu, c'est à dire la raison pour laquelle les parties ont accepté de s'obliger, au sens de la fin qu'elles ont recherchée. Si le but recherché est frauduleux, la convention peut être annulée par le juge.

183 L'article 1108 du Code civil sert donc, grâce aux quatre conditions que nous venons d'examiner successivement, de garde-fous à la rupture du contrat de travail d'un commun accord liée à un motif personnel. Lorsque ce texte n'est pas respecté, la rupture est nulle. En conséquence, il semblerait logique que le salarié puisse obtenir, s'il le souhaite, sa réintégration. Telle n'est pas la position de **la Cour de cassation** qui, **en présence d'une rupture amiable viciée, préfère requalifier la cessation des relations de travail en**

---

[506] Article 1126 du Code civil : *« Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire »*.

[507] Article 1131 du Code civil : *« L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet »*.
Article 1133 du Code civil : *« La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».*

« licenciement ». Cette **requalification** agit alors comme une **sanction de l'employeur** qui a provoqué la rupture.

184 Une autre exigence, non exprimée par le Code civil, mais imposée par le juge du travail s'ajoute à celle de l'article 1108 : la rupture d'un commun accord doit, pour recevoir cette qualification, intervenir en dehors de tout litige. En effet, en présence d'un différend, les parties ne peuvent rompre le contrat de travail d'un commun accord [508].

Ainsi, dans une affaire où un salarié a refusé sa mutation, considérant qu'elle constituait une modification de son contrat de travail, il a conclu avec son employeur un accord par lequel « les parties reconnaissent réciproquement que la continuation normale de la relation de travail s'avère désormais impossible de sorte que l'employeur se voit contraint de prendre l'initiative de la rupture du contrat de travail, ce qui est expressément et dûment accepté par le salarié ». La Cour de cassation estime qu'une telle rupture est inopposable au salarié dès lors que *« la conclusion d'un accord de rupture d'un commun accord du contrat de travail suppose l'absence d'un litige sur la rupture du contrat de travail »*. En l'espèce, les juges considèrent donc que les parties ont conclu une transaction sur la rupture du contrat de travail et que celle-ci, passée avant la notification du licenciement est nulle [509].

---

[508] Mais elles peuvent conclure une transaction, régie par les articles 2044 et suivants du Code civil . Article 2044 du Code civil : *« La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit »*.

Sur la distinction entre rupture d'un commun accord et transaction, voir notamment :

- Cass. soc., 20 juin 1995, *Dr. soc.* 1996, p.36 avec la chronique de H. BLAISE, « Rupture amiable et transaction : une distinction délicate en droit du travail », p.33-35.
- Cass. soc., 21 juin 1995, *Dr. soc.* 1995, p.938.
- Cass. soc., 29 mai 1996, *RJS* 6/96, p.417 avec la chronique de D. CORRIGNAN-CARSIN, « La transaction », p.407-417 ; *RJS* 7/96, n°789 ; *JCP*, G, jurisprudence, 22 711, p.402, note F. TAQUET ; *Dr. soc.* 1996, p.689 avec la chronique de J. SAVATIER, « Résiliation amiable du contrat de travail et transaction », p.687-688 : *« Si les parties à un contrat de travail décident, d'un commun accord, d'y mettre fin, elles se bornent à organiser les conditions de la cessation de leurs relations professionnelles , tandis que la transaction, consécutive à une rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties, a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation, née ou à naître résultant de cette rupture. Il s'ensuit que la transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive »*.

[509] Cass. soc., 5 octobre 1999, n°97-43.531, *Juris. Hebdo* n°648 du 3 novembre 1999.

Solution confirmée à de plusieurs reprises, voir notamment : - Cass. soc., 31 octobre 2000, n°98-43.086 : la

Une telle exigence prétorienne tenant à l'absence de litige est critiquée par une frange de la doctrine qui ne comprend guère pourquoi un employeur et un salarié qui seraient en conflit, et qui souhaiteraient, pour cette raison rompre le contrat de travail qui les lie, seraient privés du droit de procéder à une rupture amiable. Du moment que chaque partie a exprimé un consentement libre et entier à l'opération, celle-ci devrait être valide.
Selon un auteur anonyme, *« refuser aux parties le droit de convenir d'une résiliation amiable, sous prétexte qu'elles sont en conflit, c'est obliger le salarié à démissionner ou l'employeur à licencier. C'est aussi priver le salarié d'un droit prévu par la loi »* [510]. Le salarié, dès lors qu'il est doté de la capacité juridique, doit pouvoir conclure une rupture d'un commun accord de son contrat de travail, peu important à cet égard qu'il existe ou non un conflit avec son employeur [511].

185 Une fois cette exigence prétorienne respectée [512], aucune autre condition de fond n'est requise quant à la validité de la rupture d'un commun accord. Singulièrement, aucune indemnité de rupture n'est obligatoire [513]. Le salarié peut donc, par hypothèse, subir un préjudice financier si nous comparons aux avantages qu'il aurait pu retirer dans le cadre d'un licenciement.
Quant au formalisme, nous le détaillerons ultérieurement, il est écarté de la matière. En effet,

---

convention ne peut valablement constituer une rupture d'un commun accord en l'état d'un litige existant entre les parties.

◆ Cass. soc., 5 décembre 2001, n°00-40.516 : la convention qui mentionne qu'elle est conclue pour éviter ou mettre fin aux discussions opposant les parties ne peut valablement constituer une rupture d'un commun accord en l'état d'un litige existant entre les parties.

[510] Commentaire anonyme sous Cass. soc., 2 décembre 2003, *Jur. soc.*, mars 2004, p.76.

[511] En ce sens voir notamment C. FOURCADE, « La transaction en droit du travail : quelle place pour la liberté contractuelle ? », *Dr. soc.*, février 2007, sp. p.173.

[512] À défaut, la rupture n'est pas nulle mais illégale, c'est à dire que la rupture d'un commun accord sera requalifiée par le juge.

[513] L'employeur reste, néanmoins, redevable de l'ensemble des salaires dus au salarié au titre de l'exécution de son contrat de travail. Il en est ainsi du salaire dû jusqu'à la date de rupture définitive du contrat de travail de l'indemnité compensatrice de congés payés au titre des congés restant dus et non pris à la date de rupture (article L. 223-14 du Code du travail) et des éventuels autres éléments de la rémunération tels que commissions, primes de 13ème mois, etc.

il n'existe aucune disposition légale normalisant les conditions de forme de l'accord de rupture. Celui-ci est entièrement soumis au droit commun des contrats. En conséquence, la rédaction d'un écrit n'est pas obligatoire [514].

186 Lorsque les conditions de validité sont satisfaites, la convention constatant la rupture d'un commun accord du contrat de travail est dotée d'une force obligatoire [515]. Elle s'impose alors non seulement aux parties qui l'ont passée mais également aux juges.
Entre les parties, cela signifie que l'accord de rupture revêt un caractère définitif et ne peut plus être remis en cause de façon unilatérale [516].
À l'égard du juge, la force obligatoire de la convention signifie qu'il est tenu par les clauses claires et précises dès lors qu'elles ne sont pas contraires à la loi [517].

187 À l'inverse, nous l'avons déjà mentionné, lorsque les conditions de validité de la rupture d'un commun accord ne sont pas satisfaites, le juge procède à une **requalification** de la séparation en licenciement.

La rupture d'un commun accord liée à un motif personnel est donc licite. Il en est de même, sous certaines conditions de la rupture d'un commun accord liée à un motif économique.

---

[514] Toutefois, un tel document paraît indispensable pour des raisons évidentes de preuve. Elaborer un écrit contribue à dévoiler la volonté des parties de mettre fin à la relation de travail par consentement mutuel. Par ailleurs, la rupture d'un commun accord d'un contrat d'apprentissage doit obligatoirement être passée par écrit (Voir par exemple, Cass. soc., 1er février 2005, *RJS* 4/05, n°424) et notifiée tant au centre de formation des apprentis qu'au service ayant enregistré le contrat d'apprentissage. Sans cela, la rupture du contrat est prononcée aux torts de l'employeur.

[515] Article 1134 du Code civil : *« Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »*.

[516] Cependant, ce lien obligatoire peut être rompu, rappelons-le :

- Par consentement mutuel (article 1134 du Code civil).
- Par une action en résolution pour inexécution des obligations résultant de cet accord (article 1184 du Code civil).
- Par une action en annulation pour vice du consentement (article 1109 du Code civil).

[517] Cependant, en vertu de l'article 12 du NCPC, le juge doit rechercher et restituer la qualification exacte de la situation qui se présente à lui.

2 ° - La rupture d'un commun accord liée à un motif économique

Nous examinerons la rupture d'un commun accord telle qu'envisagée par le Code civil lorsqu'elle est liée à un motif économique (a) avant de nous intéresser à la particularité de la convention de conversion, aujourd'hui remplacée par la « convention de reclassement personnalisé » (b).

a - La rupture d'un commun accord

La rupture d'un commun accord liée à un motif économique est celle qui a suscité le plus de contentieux. Or, la jurisprudence a eu une démarche fluctuante à son sujet.

188 La première période débute en 1977 [518], date à laquelle une autorisation administrative est indispensable pour procéder à un licenciement économique.
À cette époque, la Chambre criminelle de la Cour de cassation condamne les employeurs pour délit d'entrave lorsque des ruptures de contrats se produisent d'un commun accord sans qu'une autorisation préalable de licenciement économique n'ait été sollicitée [519]. Les magistrats visent, par cette jurisprudence, à condamner les ruptures d'un commun accord qui, selon eux, cachent un licenciement économique déguisé. Même si le travailleur obtient une indemnisation supérieure à celle dont il aurait bénéficié en cas de licenciement, l'employeur commet une infraction.

---

[518] La première expérience en la matière date de l'opération CRICKET en 1977 : l'employeur versait 30000F (environ 4573€) à tout salarié quittant volontairement son emploi.

[519] Cass. crim., 3 janvier 1980, *Dr. soc.* 1981, p.236 : *« Au regard des éléments de preuve, la rupture du contrat de travail devait s'analyser comme un licenciement opéré par une voie détournée dans le cadre d'une réforme d'ordre structurel, auquel il avait été procédé sans autorisation administrative »*.
Dans le même sens : ◆ Cass. crim., 3 juin 1980, *Dr. soc.* 1981, p.237 : À propos de protocoles d'accord proposés aux salariés après un refus de l'inspecteur du travail d'accorder l'autorisation de licenciement. Pour la Chambre criminelle, ces accords apparaissent comme faits *« dans le but de contourner les dispositions législatives sur le licenciement économique, qui sont d'ordre public, et instituées tant dans un but de contrôle économique que de protection des salariés »*.

◆ Cass. crim., 27 octobre 1981, n°80-95.104, *D.* 1982, IR, p.120.

◆ Cass. crim., 4 novembre 1982, *Jur. soc.*, 1983, p.179 : À propos de départs en préretraite de salariés volontaires. L'employeur est condamné car la rupture des contrats de travail *« intervenue à son initiative, était fondée sur des motifs économiques et visait la compression des effectifs »*.

189 En 1984, la jurisprudence évolue et revient sur ses solutions antérieures. Ceci à l'occasion d'une affaire où l'entreprise Talbot, en difficulté financière entraînant son absorption par Peugeot, propose des ruptures d'un commun accord à 2009 de ses salariés. Les juges du fond constatent dans cette affaire que les comités d'entreprise et d'établissement avaient été régulièrement informés et consultés sur l'évolution et les résultats de la politique de départs amiables.

La Chambre criminelle [520] souligne alors qu'il ne pouvait être rendu compte des départs volontaires des travailleurs qu'au fur et à mesure de leur survenance, de sorte qu'on ne pouvait reprocher à l'employeur de n'en avoir informé le comité qu'après leur réalisation. Elle admet ainsi que la rupture d'un commun accord des contrats de travail n'est pas soumise à la même procédure de consultation préalable du comité d'entreprise que les licenciements collectifs.

La Chambre criminelle concède encore que, *« il ne saurait être reproché à un chef d'entreprise d'avoir, en provoquant des départs volontaires de travailleurs, procédé en réalité à des licenciements économiques déguisés alors que la preuve n'est pas rapportée de l'existence d'une fraude et qu'un accord librement conclu ne saurait être assimilé à un licenciement collectif irrégulier »*. Par cet arrêt, la Chambre criminelle reconnaît, en conséquence, l'autonomie de la rupture d'un commun accord pour motif économique par rapport au licenciement.

190 En 1986, l'autorisation administrative de licenciement est supprimée. Le contentieux du licenciement économique est donc porté en majeure partie devant la Chambre sociale et non plus devant la Chambre criminelle.

D'emblée, la Chambre sociale consacre la rupture d'un commun accord [521].

---

[520] Cass. crim., 28 novembre 1984, n°83-93.094, *Dr. soc.* 1985, p.703.

[521] Cass. soc., 5 mars 1986, n°83-40.233, *Bull. civ.*, V, n°60 ; *JCP*, E, 1986, 15 511, annexe II, p.228 : En l'espèce, une société envisageait de supprimer une agence régionale où 14 personnes étaient employées. Elle leur proposa la conclusion d'une « transaction » par laquelle « pour convenance personnelle », les parties déclaraient mettre fin d'un commun accord au contrat qui les unissait, moyennant versement, par la société, d'une somme forfaitaire. C'est cette « transaction » que les salariés demandèrent aux juges d'annuler. Ce que la Cour de cassation refusa en ces termes : *« La convention litigieuse, intervenue en dehors de tout vice du consentement, consacrait la rupture immédiate du contrat de travail et comportait pour le salarié le paiement des indemnités auxquelles il aurait eu droit en cas de licenciement ; cette convention, que le moyen qualifie à tort de transaction, était licite et présentait un caractère obligatoire pour les parties qui l'avaient signée »*.

Mais tout en accueillant ce mode de rupture, la Chambre sociale exige, pour que soit licite la rupture d'un commun accord liée à un motif économique, que soit mise en œuvre la procédure applicable aux licenciements économiques, particulièrement la consultation du comité d'entreprise [522].

191 La loi n°92-722 du 29 juillet 1992 [523] légalise cette solution jurisprudentielle et permet pareillement de transposer en droit interne la directive n°92/56 du Conseil du 24 juin 1992 [524]. Aux termes de la loi, les dispositions relatives au licenciement pour motif économique sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant d'une cause économique [525]. Il convient d'entendre par rupture du contrat de travail, *« tout système, qu'il soit négocié ou non avec les organisations syndicales, par lequel l'employeur entend réduire les effectifs de l'entreprise ou modifier la structure de ceux-ci, en accordant aux salariés volontaires au départ, y compris sous la forme d'une démission, une compensation pécuniaire »* [526].

Solution réaffirmée très clairement en 2003 : *« Le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou par une démission, mais encore du commun accord des parties »* : Cass. soc., 2 décembre 2003, n°01-46.176 et 01-46.540, *Bull. civ.*, V, n°309 ; *D.* 2004, sommaires commentés, 389, obs. A. LYON-CAEN ; *RJS* 2/04, n°179.

[522] Cass. soc., 10 avril 1991, n°89-18.485, *Bull. civ.*, V, n°179 ; *D.* 1992, p.290, note M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC ; *JCP*, E, 1991, II, n°188, note F. TAQUET ; *RJS* 5/91, n°562.
Dans le même sens : Cass. soc., 5 mai 2004, n°02-40.702, *RJS* 7/04, n°796.

[523] Article 26 de la loi n°92-722, *JOAN* du 5 juillet 1992, p.10215, portant adaptation de la loi n°88-1088 relative au RMI et à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle.

[524] Texte modifiant la directive n°75/129 pour prendre en compte les *« cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs »* dans le calcul du nombre des licenciements nécessitant la consultation des représentants du personnel.
La directive de 1992 consacre ainsi la légalité des modes de rupture du contrat de travail, autres que les licenciements, dont l'initiative revient à l'employeur.

[525] Article L. 321-1 alinéa 2 du Code du travail : *« Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'alinéa précédent »*.

[526] Circulaire DRT n°92-26 du 29 décembre 1992, *Législation Sociale*, D2, n°6779 du 8 janvier 1993. Ainsi, les dispositions de l'article L. 321-1 alinéa 2 s'appliquent au départ volontaire à la retraite en exécution d'un plan de sauvegarde de l'emploi : Cass. soc., 25 juin 2002, n°00-18.907, *Juris. Hebdo* n°777 du 8 juillet 2002.

Pour l'administration, la soumission de ces départs volontaires à la procédure collective de licenciement pour motif économique n'a pas pour effet d'affecter la qualification de ces modes de rupture qui conservent leur régime propre [527]. **Cette rupture ne constitue** donc **pas un licenciement** et les règles de l'article L. 122-14 et suivants, relatives à l'entretien préalable et à la notification, n'ont pas à s'appliquer.
Cette position est reprise par la Cour de cassation lorsqu'elle énonce de façon nette que *« la rupture d'un contrat de travail pour motif économique peut résulter d'un départ volontaire dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise. Cette rupture constitue une résiliation amiable du contrat de travail »* [528].

La rupture d'un commun accord est donc licite lorsqu'elle intervient pour un motif économique.
Dans une optique de sécurisation des parcours professionnels, elle est même encouragée, depuis la loi du 21 décembre 2006, [529] en tant qu'instrument de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences [530].

192 Nombre de commentateurs se sont alors demandés si la Chambre sociale de la Cour de cassation ne validait pas un tel mode de rupture sous condition que le salarié en retire les mêmes avantages financiers que s'il avait été licencié.
Cette thèse repose, tout d'abord, sur le principe de faveur. Ainsi, C. RADÉ considère que l'application du principe de faveur doit permettre de sauvegarder les droits du salarié et,

[527] Circulaire DE/DRT n°92-26 du 29 décembre 1992, *BOMT* n°93-10.

[528] Cass. soc., 2 décembre 2003, n°01-46.540, *Bull. civ.*, V, n°309 ; *RJS* 2/04, n°179.
Voir également : ◆ Cass. soc., 12 juillet 2004, n°02-43.312 et 02-43.313, *Semaine Sociale Lamy*, n°1182 du 20 septembre 2004, p.15.
◆ Cass. soc., 26 octobre 2004, n°02-40.959, *CSBP* 2005, n°166, S 39, obs. F.-J. PANSIER.

[529] Loi n°2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la Sécurité sociale pour 2007.

[530] En effet, depuis cette loi, il est question au II de l'article L. 320-2 du Code du travail d'indemnités *« de départ volontaire »* versées en application des dispositions d'un accord de GPEC. Ces départs sont ceux des salariés qui quittent des emplois que l'accord collectif reconnaît comme *« menacés par les évolutions économiques ou technologiques »* pour occuper des emplois stables. Les indemnités prévues bénéficient alors d'un régime fiscal et social de faveur.
Sur le sujet, voir : G. COUTURIER, « Le motif économique des départs volontaires (à propos de l'article 16 de la loi du 21 décembre 2006), *Dr. soc.* septembre - octobre 2007, p.978-983.

notamment assurer à ce salarié le versement d'indemnités au moins égales aux exigences du Code du travail [531].

Puis, l'argumentation repose sur la formule (isolée) de l'arrêt du 5 mars 1986 [532], déjà citée, selon laquelle l'accord de rupture *« comportait, pour le salarié, le paiement des indemnités auxquelles il aurait eu droit en cas de licenciement »*. Libellé que nous retrouvons, un peu différemment, dans l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 2 décembre 2003 : *« Une convention de résiliation amiable* ***préservant ses droits aux indemnités de rupture*** *a été conclue à sa demande, pour lui permettre d'exercer immédiatement une autre activité, la Cour d'appel a donc pu décider que le contrat avait été rompu d'un commun accord »* [533].

Comme l'auteur anonyme d'un commentaire paru à propos de cet arrêt [534], nous pensons que si la Cour de cassation a relevé, par ce libellé, que les droits du salarié aux indemnités de rupture avaient été préservés, ce n'est pas pour en faire une condition supplémentaire de validité de la rupture d'un commun accord mais seulement pour conforter le constat de l'absence de tout vice dans le consentement du salarié.

En effet, la rupture d'un commun accord signée dans le cadre d'un motif économique est, similairement à celle liée à un motif personnel, soumise aux conditions de validité de l'article 1108 du Code civil [535]. Outre les garanties collectives accordées par le droit du travail, une telle rupture négociée ne doit pas oublier de se soumettre aux quatre conditions de validité tenant au consentement des parties, à leur capacité à contracter, à l'objet et la cause de la convention. Par conséquent, nous préjugeons que si les juges font référence aux avantages financiers, c'est exclusivement pour s'assurer de l'intégrité du consentement du salarié.

---

[531] C. RADÉ, « L'autonomie du droit du licenciement », *Dr. soc.* 2000, p.181.

[532] Cass. soc., 5 mars 1986, n°83-40.233, *Bull. civ.* V, n°60.

[533] Cass. soc., 2 décembre 2003, n°01-46.176, *Juris. Hebdo* n°844 du 15 décembre 2003 ; *Dr. soc.* 2004, p.318, obs. J. SAVATIER.

[534] Cass. soc., 2 décembre 2003 (2 arrêts), *Jur. soc.*, mars 2004, p.74.

[535] Ainsi qu'à l'exigence posée par la jurisprudence sociale d'absence de tout litige entre les parties. À ce sujet, voir développements antérieurs relatifs à la rupture d'un commun accord liée à un motif personnel.

Notre thèse est d'ailleurs confortée par le second arrêt relatif à la rupture amiable pour motif économique rendu le 2 décembre 2003 [536].

En l'espèce, une banque envisage une réduction substantielle de ses effectifs. Elle conclut alors un « accord social pour l'emploi » avec deux syndicats. Cet accord enregistre l'engagement de la banque de ne pas recourir à des licenciements, et de privilégier le « volontariat », notamment par des mesures telles que des « réorientations externes », mesures qui consistent à aider des salariés qui quittent la banque pour créer ou reprendre une entreprise selon un projet accepté, après étude, par l'employeur. En l'occurrence, deux salariés dont la « réorientation externe » s'est soldée par un échec mettent en cause la rupture même de leurs contrats, constitutive selon eux, d'un licenciement. Ils réclament, par conséquent, la condamnation de la banque au paiement de diverses indemnités.

La Cour de cassation leur répond que *« le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission mais encore du commun accord des parties »*. Puis, elle ajoute que « l*a rupture d'un contrat de travail pour motif économique peut résulter d'un départ volontaire dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise. Cette rupture constitue une résiliation amiable du contrat de travail »*. La Haute juridiction affirme donc la licéité de la rupture d'un commun accord sans prendre en compte les avantages pécuniaires inhérents au licenciement. Une fois le contrat de travail rompu d'un commun accord, le salarié ne peut plus soutenir qu'il a en fait été licencié. Il ne peut donc prétendre aux indemnités de licenciement.

Ce point de vue est d'autant plus cohérent qu'il permet de traiter de manière identique la rupture d'un commun accord qu'elle soit intervenue pour motif personnel ou pour motif économique en matière d'indemnités. Le salarié ne bénéficie en aucun cas d'un droit acquis aux indemnités de rupture. Cela ne signifie pas pour autant qu'une somme, inférieure, égale ou supérieure, à l'indemnité de licenciement que le salarié aurait perçue s'il avait été licencié, ne peut pas être versée. En réalité, elle constitue même souvent une condition *sine qua non* de la signature du salarié. Et en l'absence d'une telle compensation, il lui sera toujours possible d'ester en justice afin de faire reconnaître un éventuel vice du consentement.

---

[536] Cass. soc., 2 décembre 2003, n° 01-46.540, *Bull. civ.*, V, n°309 ; *D.* 2004, n°6, sommaires commentés, p.389, obs. A. LYON-CAEN ; *RJS*, 2/04, n°179 ; Rapport de P. BAILLY, *Semaine Sociale Lamy*, n°1149, p.6-9.

Ainsi, si l'influence du droit du licenciement n'est pas négligeable sur la rupture d'un commun accord économique, il n'en demeure pas moins que ce mode de rupture conserve une **qualification distincte de celle de « licenciement »**. Ceci est particulièrement visible en présence d'une convention de reclassement personnalisé, descendante de la feue convention de conversion, dans laquelle la rupture qui intervient est qualifiée par la loi de rupture d'un commun accord.

b - La particularité de la convention de conversion et de son héritière, la convention de reclassement personnalisé

193 Les conventions de conversion ont été créées par un accord interprofessionnel du 20 octobre 1986, repris par la loi du 30 décembre 1986, puis abrogées en 2002 par la loi de modernisation sociale. En dépit de leur disparition, il nous semble nécessaire de nous y intéresser présentement afin de mieux appréhender ensuite les dispositifs qui lui ont succédé.

Dans le cadre d'un licenciement économique, l'employeur était tenu de proposer une convention de conversion à tout salarié dont le licenciement était envisagé, âgé de moins de cinquante-sept ans, ayant au moins deux ans d'ancienneté et étant physiquement apte au travail.
Elles duraient six mois et avaient pour objet d'offrir aux intéressés, outre une allocation, le bénéfice d'allocations personnalisées destinées à favoriser leur reclassement [537].
Si une telle convention était acceptée par le salarié, le contrat de travail était réputé rompu d'un commun accord [538]. Toutefois, le législateur, qui avait écarté la qualification de licenciement pour ce type de rupture, faisait bénéficier le salarié de certaines règles propres au

[537] Article L. 322-3 ancien du Code du travail : *« Les conventions de conversion ont pour objet d'offrir aux intéressés le bénéfice des allocations prévues à l'article L. 353-1 et d'actions personnalisées destinées à favoriser leur reclassement ».*

[538] Article L. 321-6 alinéa 3 ancien du Code du travail : *« Le contrat de travail d'un salarié ayant accepté de bénéficier d'une convention de conversion visée à l'article L. 322-3 et proposée à l'initiative de l'employeur est rompu du fait du commun accord des parties ».*

licenciement. Ainsi, ce dernier pouvait prétendre à une indemnité dont le montant et le régime étaient ceux de l'indemnité de licenciement [539].

La jurisprudence s'est orientée dans la même voie. Sous la pression des juges du fond, la Cour de cassation a appliqué à cette rupture des règles de plus en plus nombreuses issues du droit du travail.

Tout d'abord, constatant que la convention de conversion ne pouvait être proposée que dans le cadre d'un projet de licenciement économique, la Chambre sociale a admis la possibilité, pour le salarié, de contester le motif économique à l'origine de la convention de conversion [540]. Le salarié pouvait, en conséquence, saisir le Conseil des prud'hommes et demander des dommages et intérêts fondés sur le défaut de cause réelle et sérieuse du motif économique à l'origine de la proposition patronale.
Si le juge constatait l'absence de cause réelle et sérieuse, la convention de conversion était nulle et de nul effet. Le salarié se trouvait alors dans la même situation que s'il avait été licencié pour motif économique.

Si le salarié avait la possibilité de contester le motif économique, la Cour de cassation, au terme d'un revirement de jurisprudence, lui avait également reconnu le droit de contester l'ordre des licenciements. Selon la Chambre sociale, *« les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements doivent être mis en œuvre à l'égard des salariés qui adhèrent à une convention de conversion et dont le licenciement a été décidé »* [541].

Enfin, la Cour de cassation, au terme d'un autre revirement de jurisprudence, avait décidé que *« la lettre notifiant au salarié son licenciement pour motif économique, tout en lui*

---

[539] Article L. 321-6 alinéa 4 ancien du Code du travail : *« Cette rupture du contrat de travail ne comporte pas de préavis mais, nonobstant les dispositions du troisième alinéa du présent article, ouvre droit au versement d'une indemnité dont le montant et le régime fiscal et social sont ceux de l'indemnité de licenciement prévue par la loi ou la convention collective»*.

[540] Cass. soc., 29 janvier 1992, *Cahiers prud'homaux* 1993, n°7, p.108 ; *Dr. soc.* 1992, p.269 ; *RJS* 3/92, n°333 : *« La convention de conversion qui entraîne la rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties implique l'existence d'un motif économique de licenciement qu'il appartient au juge de rechercher en cas de contestation »*.

[541] Cass. soc., 7 juin 1997, *Bull. civ.*, V, n°222 ; *Dr. soc.* 1997, p.698 ; *RJS* 7/97, n°852.

proposant d'adhérer à une convention de conversion, doit être motivée ; qu'à défaut d'énonciation d'un motif suffisamment précis, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse ». Ainsi, *« les dispositions de l'article L. 122-14-2 du Code du travail sont applicables au salarié qui adhère à une convention de conversion et dont le licenciement a été décidé »* [542].

L'évolution jurisprudentielle relative à la convention de conversion a donc été claire : il ne restait guère de spécificités liées à la rupture d'un commun accord. Le juge appliquait à la rupture qui fait suite à l'acceptation par le salarié d'une convention de conversion de très nombreuses règles issues du droit du licenciement.
C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains auteurs mettaient en doute la qualification de cette rupture [543].

194 Mais ce n'est pas ce point qui a incité partenaires sociaux et législateur à intervenir à propos de la convention de conversion. En effet, le principal reproche adressé à la convention de conversion était son taux de reclassement qui, au fil des années, baissait régulièrement. Dès lors, le 30 juin 2001, après l'entrée en vigueur de la convention d'assurance chômage du 1er janvier 2001, la convention de conversion disparaît.
La loi de modernisation sociale [544] la remplace, à compter du 1er janvier 2002, par le dispositif

---

[542] Cass. soc., 30 septembre 1997 (2 arrêts), *Bull. civ.*, V, n°292 et 293 ; *Dr. soc.* 1997, p.1104 et 1105, obs. F. FAVENNEC-HÉRY ; *RJS* 11/97, n°2174.
La Cour de cassation a adopté la même position lorsque, suite à la proposition d'une convention de conversion, l'employeur notifie au salarié son licenciement durant le délai de réflexion. Cette lettre doit être motivée. À défaut, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse : Cass. soc., 27 octobre 1998, *Bull. civ.*, V, n°457 ; *RJS* 12/98, n°1527.

[543] P. ENCLOS parle de *« désastreuse fiction légale d'une rupture d'un commun accord »*, *RJS* 7/96, p.489.
Quant à F. WASSMER, elle écrit que *« en réalité, la convention s'est transformée en un accord portant sur les conséquences de la rupture plutôt que sur la rupture elle-même »*, « La rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée » in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p.496.

[544] Article 120 II de la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002.

de « pré-PAP » ou « PARE anticipé » [545] et dans les entreprises ou groupes de mille salariés et plus, par le congé de reclassement [546]. Avec ce procédé, la qualification de rupture d'un commun accord est abandonnée. Le pré-PARE se contente d'organiser le statut du travailleur licencié pendant la période où il n'est pas encore demandeur d'emploi.

195 Tout juste trois années après, la loi de programmation pour la cohésion sociale [547] institue, dans un nouvel article L. 321-4-2 du Code du travail, la « convention de reclassement personnalisé » au lieu et place du PARE anticipé.

Le dispositif de la convention de reclassement personnalisé (CRP), toujours en vigueur actuellement, s'applique aux entreprises non soumises au congé de reclassement (qui, lui, subsiste et demeure toujours en vigueur dans les entreprises de mille salariés et plus).

La loi prévoit que l'employeur est tenu de proposer à chaque salarié, dont il envisage de prononcer le licenciement pour motif économique [548], la conclusion d'une convention de

---

[545] Article L. 321-4-2 alinéa premier ancien du Code du travail : *« Dans les entreprises non soumises aux dispositions de l'article L. 321-4-3 relatif au congé de reclassement, l'employeur est tenu de proposer à chaque salarié dont il envisage de prononcer le licenciement pour motif économique le bénéfice des mesures d'évaluation des compétences professionnelles et d'accompagnement en vue de reclassement. Ces mesures, définies par un accord conclu et agréé en application de l'article L.351-8, sont mises en œuvre pendant la période de préavis par l'organisme mentionné à l'article L. 311-1 »*.

[546] Article L. 321-4-3 alinéa premier du Code du travail : *« Dans les entreprises ou établissements occupant au moins mille salariés, ainsi que dans les entreprises visées à l'article L. 439-6 et celles visées à l'article L. 439-1 dès lors qu'elles occupent ensemble au moins mille salariés, l'employeur qui envisage de prononcer un licenciement pour motif économique est tenu de proposer à chaque salarié concerné un congé de reclassement, dont la durée ne peut excéder neuf mois. Lorsque le salarié refuse ce congé, l'employeur est tenu de lui proposer le bénéfice des mesures prévues à l'article L. 321-4-2 »*.

[547] Loi n°2005-32 du 18 janvier 2005, *J. O*. du 19 janvier 2005, p.864.

[548] La circulaire UNEDIC n°05-12 du 13 juin 2005 précise que la convention de reclassement personnalisé doit être proposée non seulement aux personnes visées par un licenciement économique, mais de manière plus générale, à *« toutes les ruptures à caractère économique tels que les départs négociés ou les départs volontaires »* ainsi qu'aux salariés licenciés *« à la suite d'une cessation totale d'activité de l'entreprise »* ou encore à ceux dont les contrat de travail vient à expiration *« à la suite d'une fin de chantier selon les usages de la profession dès lors que les conventions ou accords collectifs le prévoient »*.
Solution reprise et confirmée par la convention UNEDIC du 18 janvier 2006 relative à la convention de reclassement personnalisé, article 1er, *J.O.* du 2 mars 2006, p.3176.

reclassement personnalisé lui permettant de bénéficier, **après** la rupture de son contrat de travail, d'actions de soutien psychologique, d'orientation, d'accompagnement, d'évaluation des compétences professionnelles et de formation destinées à favoriser son reclassement.

« En cas d'accord du salarié, ***le contrat de travail est réputé rompu du commun accord des parties*** *»* [549]. À l'instar de l'ancienne convention de conversion, un nouveau mode de rupture est institué.
Mais si la loi réanime la qualification de rupture d'un commun accord, ce sont tout de même principalement les règles relatives au licenciement qui trouvent application.

C'est pourquoi nous demeurons assez perplexes devant ce retour législatif amenant à qualifier de « rupture d'un commun accord » une convention dont le but principal n'est pas de rompre le contrat de travail mais d'aménager les conséquences de la perte d'emploi. Avec ou sans cette convention, le contrat de travail risque d'être rompu. La procédure de licenciement économique est engagée. Dès lors, pourquoi venir influer sur la qualification ? N'aurait-il pas été davantage cohérent de considérer le contrat de travail rompu par licenciement économique même si, en parallèle, une convention destinée à favoriser le reclassement après la rupture était signée entre employeur et salarié ?
Nous ne concevons guère pourquoi le législateur a réhabilité la présomption de qualification de « rupture d'un commun accord » à propos de la convention de reclassement personnalisé alors que nous connaissons les complexes problèmes d'application que la jurisprudence a eu à régler à propos des anciennes conventions de conversion [550].

---

[549] Article L. 321-4-2, I, alinéa 4.

[550] Demeure ainsi, notamment, posée aujourd'hui la question essentielle de savoir si le salarié qui a accepté une convention de reclassement personnalisé peut contester la rupture dans sa justification et sa régularité.
Sur ce point, le rapport de Mme F. DE PANAFIEU et M. D. DORD sur la loi du 18 janvier 2005 indiquait que : *« Rien, en cas d'adhésion au dispositif ne prive le salarié de son droit à contester la lettre de licenciement et sa motivation, le motif économique du licenciement, les critères de l'ordre des licenciements et leur mise en œuvre, le non-respect de la procédure de réembauchage ou encore l'absence de reclassement comme la Cour de cassation l'a affirmé s'agissant de l'adhésion du salarié à une convention de conversion »* (rapport, n°1930, tome I, p.367).
La Cour d'appel de Douai s'est pourtant prononcée en sens contraire le 23 février 2007. Elle relève que le salarié avait souscrit une convention de reclassement personnalisé, que le contrat de travail était donc réputé rompu d'un commun accord par l'effet de ce consentement, qu'il ne justifiait pas en quoi ce consentement aurait pu être

À ceci s'ajoute que la présomption de qualification établie par le législateur de 2005 ne semble correspondre précisément à l'esprit de l'article 1134 du Code civil puisqu'en matière de convention de reclassement personnalisé le processus de licenciement est bel et bien engagé. En conséquence, **nous ne pouvons qu'aspirer à un nouvel abandon de la qualification de rupture d'un commun accord dans ce cadre précis** du licenciement économique. Ce qui ne doit en rien empêcher salarié et employeur de rechercher la conclusion d'un accord envisageant des actions postérieures à la cessation de leurs relations en vue d'un reclassement.

Nous formulons d'ailleurs cette même aspiration à propos de l'expérimental contrat de transition professionnelle.

c - Le contrat de transition professionnelle

196 L'ordonnance du 13 avril 2006 [551], conformément à ce que prévoyait une loi du 23 mars 2006, a mis en place un dispositif expérimental de retour à l'emploi : le contrat de transition professionnelle.

Ce contrat institue un accompagnement personnalisé et renforcé des salariés licenciés pour motif économique dans les entreprises de moins de mille salariés et les entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire. Il offre au salarié un contrat spécifique d'activité, d'une durée de douze mois à l'issue de son licenciement, qui lui assure un revenu sensiblement équivalent à celui de son emploi précédent. Il combine recherche d'emploi, périodes de formation et périodes de travail courtes dans des entreprises privées ou des organismes publics.
Il s'agit d'un dispositif élaboré à titre expérimental sur quelques sites [552], pour lesquels les

---

vicié, d'autant qu'il avait disposé d'un délai de quatorze jours pour apprécier la situation de l'entreprise. Elle en déduit que *« le salarié [n'était] donc plus fondé à contester le caractère économique du licenciement dont il s'agit »*.

[551] Ordonnance n°2006-433 du 13 avril 2006, *J.O.* du 14 avril 2006 et Décret n°2006-440 du 14 avril 2006, *J.O.* du 15 avril 2006.

[552] L'article 1er de l'ordonnance précise que l'expérimentation se déroulera sur sept bassins d'emploi : Charleville-Mezières, Montbéliard, Morlaix, Saint-Dié-Des-Vosges, Toulon, Vitré et Valenciennes.

risques de licenciements économiques sont sérieux. À ce jour, il est prévu que l'expérimentation du contrat de transition professionnelle se déroulera entre le 15 avril 2006 et le 1er mars 2008.

Ainsi, en cas de projet de licenciement économique, tout employeur répondant aux conditions posées [553] doit proposer à chaque salarié concerné de conclure un contrat de transition professionnelle. Une des particularités réside dans le fait que lorsque le salarié accepte [554] cette proposition, son **contrat de travail est réputé rompu d'un commun accord** à la date d'expiration du délai de réflexion, sans préavis (ni indemnité de préavis). Le contrat de transition professionnelle prend immédiatement le relais.

Pourtant, malgré cette qualification de rupture d'un commun accord, le bénéficiaire du contrat de transition professionnelle conserve son droit aux indemnités légale et conventionnelle de licenciement.
De la même façon, en matière de protection sociale, il conserve sa qualité d'assuré et bénéficie du maintien de ses droits aux prestations du régime obligatoire d'assurance maladie, maternité, invalidité et décès dont il relevait antérieurement [555]. De même, il est couvert par l'assurance accident du travail [556]. Plus généralement, le régime de protection sociale est identique à celui accordé au bénéficiaire d'une convention de reclassement personnalisé.

Nous ne pouvons donc de nouveau, ici, que formuler les mêmes critiques et les espoirs qu'à propos de la convention de reclassement personnalisé. À savoir que, selon nous, il aurait été davantage cohérent de qualifier la rupture ainsi intervenue de « licenciement ». En effet, ce contrat de transition professionnelle n'a pas pour but principal de rompre le contrat de travail mais d'aménager les conséquences d'une perte d'emploi liée à un motif économique.

---

[553] À savoir occuper moins de mille salariés, être situé dans un des bassins d'emploi visés.

[554] Le salarié dispose d'un délai de réflexion de 21 jours pour accepter ou refuser la proposition. S'agissant d'un salarié dont le licenciement est soumis à autorisation, ce délai est réduit à 7 jours, étant précisé que le décompte s'effectue à partir de la date à laquelle le salarié a été informé de l'autorisation de licenciement notifiée par l'inspecteur du travail à l'employeur.

[555] Article L. 311-5 du Code de la Sécurité sociale.

[556] Article L. 412-8 du Code de la Sécurité sociale.

Avec ou sans ce dispositif, le contrat de travail risque d'être rompu [557]. La procédure de licenciement économique est engagée. Dès lors, nous ne comprenons pas pourquoi le légiférant vient influer sur la qualification de la rupture. En conséquence, une fois encore, **nous sollicitons un abandon de la qualification de rupture d'un commun accord** en cas de conclusion d'un contrat de transition professionnelle. Ce qui, assurément ne doit en rien empêcher salarié et employeur de rechercher la conclusion d'un accord envisageant des actions postérieures à la cessation de leurs relations en vue d'un meilleur reclassement.

Nous arrivons maintenant au terme des développements relatifs à la rupture d'un commun accord pour motif économique. Nous avons vu qu'après quelques hésitations, juge et législateur ont entériné ce mode civiliste de rupture et lui octroient même une place de choix. L'évolution n'a pas été aussi favorable dans certaines situations nécessitant une protection particulière.

B - Les cas interdits de rupture d'un commun accord

Au fil des années et des arrêts, la Cour de cassation a limité pour certains salariés, la possibilité de conclure une rupture d'un commun accord. Ont d'abord été concernés les représentants du personnel (1°), puis les salariés inaptes (2°) et, plus récemment, les salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (3°).

1° - Les représentants du personnel

Certains salariés bénéficient d'une protection contre le licenciement parce qu'ils sont titulaires d'un mandat de représentation du personnel. Sont principalement visés les délégués syndicaux [558], les délégués du personnel [559], les membres du comité d'entreprise [560] et les

[557] En effet, si le salarié refuse, ou s'il n'a pas répondu à l'issue du délai de réflexion, il se dirige purement et simplement vers un licenciement pour motif économique et il ne peut prétendre dans cette hypothèse à la convention de reclassement personnalisé.

[558] Article L. 412-18 du Code du travail : *« Le licenciement d'un délégué syndical ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail ou de l'autorité qui en tient lieu »*.

membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail [561].
Pour ces salariés [562], la loi impose à l'employeur de solliciter une autorisation administrative auprès de l'inspecteur du travail avant de pouvoir rompre le contrat de travail les unissant.

S'est alors posée la question de savoir s'il était possible de contourner cette protection spéciale, expressément conçue pour le licenciement, par le biais de la conclusion d'un accord de rupture.

197 C'est la Chambre criminelle qui a d'abord décidé que ce mode de rupture civiliste ne peut pas concerner le contrat de travail des représentants du personnel. Elle retient que l'employeur, à qui il est interdit de résilier le contrat de travail d'un représentant du personnel sans observer les formalités édictées en faveur de ce salarié, et celui-ci, qui ne saurait renoncer à une protection qui lui est accordée pour l'exercice de sa mission, ne sauraient conclure un accord pour mettre fin au contrat en dehors des règles légales [563].
La protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun dont bénéficient les salariés protégés empêche une rupture d'un commun accord de leur contrat de travail.

---

[559] Article L. 425-1 du Code du travail : *« Tout licenciement envisagé d'un délégué du personnel, titulaire ou suppléant, est obligatoirement soumis au comité d'entreprise qui donne un avis sur le projet de licenciement.*
Le licenciement ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement ».

[560] Article L. 436-1 du Code du travail : *« Tout licenciement envisagé par l'employeur d'un membre titulaire ou suppléant du comité d'entreprise ou d'un représentant syndical prévu à l'article L. 433-1 est obligatoirement soumis au comité d'entreprise qui donne un avis sur le projet de licenciement.*
Le licenciement ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail sont dépend l'établissement ».

[561] Article L. 236-11 du Code du travail : *« Les dispositions des articles L. 436-1, L. 436-2 et L. 436-3 sont applicables aux salariés qui siègent ou ont siégé en qualité de représentants du personnel dans un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail »*.

[562] D'autres salariés sont « protégés » : les conseillers prud'hommes, les conseillers du salarié, les salariés membres des conseils d'administration d'organismes de sécurité sociale, etc.

[563] Cass. crim., 26 novembre 1985, n°85-90.199, *Bull. crim.*, n°379 ; *JCP*, E, 1986, I, 15 511, annexe III.
Confirmation de jurisprudence : ◆ Cass. crim., 19 octobre 1993, n°91-85.795, *RJS* 1/94, n°53.
◆ Cass. crim., 6 janvier 2004, n°02-88.240, *RJS* 4/04, n°434.

198 De son côté, la Chambre sociale se prononce dans un arrêt du 2 décembre 1992 [564]. À cette occasion, elle déclare nul l'accord intervenu entre les parties avant le licenciement, en se fondant sur le principe selon lequel *« la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun instituée par le législateur au profit des salariés investis de fonctions représentatives interdit à l'employeur de poursuivre, par d'autres moyens, la rupture du contrat de travail de ces salariés »*.

De cette manière, sauf manifestation non équivoque de volonté de démissionner, le contrat de travail d'un représentant du personnel ne peut être rompu que par un licenciement. Le salarié protégé ne peut, en signant une rupture d'un commun accord, renoncer à la protection dont il bénéficie et dispenser l'employeur de suivre la procédure protectrice préalable. Une telle rupture est irrémédiablement **requalifiée** par le juge, à titre de sanction de l'employeur, en « licenciement ». Licenciement qui, décidé sans autorisation de l'inspecteur du travail est nul. Nullité qui implique conjointement que l'employeur s'expose à une condamnation pour délit d'entrave [565].

199 Le Conseil d'Etat rejoint, pour sa part, la jurisprudence de la Cour de cassation en 1996 en proclamant que *« le salarié investi d'une fonction représentative ne peut renoncer par avance aux dispositions protectrices d'ordre public instituées en sa faveur »* [566].

200 En revanche, nous devons souligner que les juges autorisent un salarié protégé à conclure une transaction à l'issue de la rupture. Sur ce point, la situation des salariés « ordinaires » et des salariés protégés est identique.

---

[564] Cass. soc., 2 décembre 1992, n°91-42.326, *Bull. civ.*, V, n°578 ; *Dr. soc.* 1993, p.155, rapport P. WAQUET ; *JCP*, E, 1993, II, 404, note F. TAQUET.

Voir, pour une confirmation de cette jurisprudence : ◆ Cass. soc., 1er juin 1994, *RJS* 7/94, n°880 ; *Dr. soc.* 1994, p.783, conclusions Y. CHAUVY.

◆ Cass. soc., 21 février 1996, *Bull. civ.*, V, n°63 ; *Dr. soc.* 1996, p.640, obs. COHEN ; *RJS* 4/96, n°421.

[565] ◆ Cass. ass. plen., 28 janvier 1983, n°80-93.511, *D.* 1983, p.269.

◆ Cass. crim., 6 janvier 2004, n°02-88.240, *RJS* 4/04, n°434.

[566] CE, 2 février 1996, *RJS* 3/96, n°299.

201 La rupture d'un commun accord ne se conçoit donc pas dans le cas des représentants du personnel. L'argument principal avancé pour justifier ce particularisme est tiré de l'indisponibilité de la protection statutaire. Cette position a fait l'objet de critiques doctrinales.

Tout d'abord, il est soutenu que le législateur, en instaurant des dispositions protectrices au profit de ces salariés, a entendu mettre les intéressés à l'abri de la rupture résultant de la seule décision de l'employeur, à savoir le licenciement. Or, insiste B. TEYSSIÉ, *« la résiliation conventionnelle du contrat de travail est d'essence différente »* [567]. Pour notre part, nous estimons, effectivement, que la protection accordée à ces différentes catégories de salariés ne vise, textuellement que le licenciement, à savoir la rupture initiée par le seul employeur. De la sorte, il ne semble pas rationnel de régir semblablement un acte unilatéral (le licenciement) et une convention (la rupture d'un commun accord).

Par ailleurs, certains demandent ouvertement s'il n'est pas critiquable qu'un représentant du personnel ne puisse conclure une rupture d'un commun accord alors qu'il peut mettre fin unilatéralement à son contrat de travail par voie de démission sans qu'aucun contrôle de l'inspection du travail n'intervienne préalablement.
En réalité, souligne B. BOUBLI [568], l'interdiction de la rupture d'un commun accord du contrat de travail d'un salarié protégé n'a, en pratique, qu'un seul effet : priver l'intéressé de la possibilité de négocier avantageusement son départ ou ne l'autoriser à le faire qu'après qu'il ait renoncé à son mandat, ce qui risque de le placer en position de faiblesse.

Aussi, nous pensons, comme une partie d'annotateurs, que la rupture d'un commun accord devrait être rouverte, par la jurisprudence, aux représentants du personnel et aux salariés qui y sont assimilés.

202 Plusieurs arrêts indiquent d'ailleurs la Chambre sociale de la Cour de cassation s'oriente dans cette voie. En effet, dans un premier arrêt du 22 février 2006, elle a autorisé la rupture d'un commun accord avec un salarié investi d'un mandat représentatif dans la mesure

---

[567] B. TEYSSIÉ, « Sur la résiliation conventionnelle du contrat de travail », *JCP*, E, 1986, 15511, p.227.

[568] B. BOUBLI, « Le licenciement : Statut exclusif de la rupture du contrat à durée indéterminée », *TPS*, avril 1998, chronique, n°7, p.4.

où l'inspecteur du travail avait donné son autorisation [569]. Solution réaffirmée avec vigueur le 27 mars 2007 : *« Dès lors que l'inspecteur du travail a autorisé la rupture pour motif économique, le contrat de travail d'un salarié investi d'un mandat représentatif peut être résilié amiablement dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise »* [570]. Au terme de cet arrêt, le salarié protégé peut donc voir son contrat de travail rompu d'un commun accord pour motif économique dès lors que l'employeur a obtenu, au préalable, l'autorisation administrative [571].

Si le principe de l'interdiction d'une rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties demeure lorsque le salarié est protégé, il n'en reste pas moins que la Cour de cassation semble aujourd'hui faire preuve de davantage de souplesse que par le passé en autorisant les parties à recourir à ce mode consensuel de rupture une fois la procédure protectrice préalable respectée.

Ce faisant, la Cour de cassation tente de concilier la nécessaire protection dont doivent bénéficier les représentants du personnel avec la logique consensuelle de rupture issue originellement du Code civil. Ainsi, dès lors que la procédure préalable protectrice est scrupuleusement suivie, l'intérêt collectif des travailleurs qui s'exprime par le biais du mandat du représentant du personnel n'est pas menacé. En effet, il appartient à l'inspecteur du travail de s'assurer que la rupture n'est pas en lien avec les fonctions exercées. Aussi, une fois cette absence de discrimination constatée, est-il loisible aux parties de cesser leurs relations contractuelles par une rupture d'un commun accord.

Il conviendra, à l'avenir de surveiller la direction dans laquelle s'engage la jurisprudence pour savoir si la voie choisie par la Chambre sociale en présence de motif économique sera

---

[569] Cass. soc., 22 février 2006, n°04-42.464, *RJS* 5/06, n°601 : *« La Cour d'appel qui a décidé que la rupture du contrat de travail de la salariée constituait une rupture amiable, autorisée par l'inspecteur du travail, et non un licenciement pour motif économique mis en œuvre sans qu'un plan social ait été élaboré, a légalement justifié sa décision »*.

[570] Cass. soc., 27 mars 2007, n°05-45.310, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* du 15 juillet 2007 (diffusé sur Internet), n°1518 ; *Dr. ouvrier* septembre 2007, p.436, note L. MILET ; *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 10 avril 2007.

[571] Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 25 avril 2007, n°05-41.678, *Liaisons Sociales jurisprudence théma* des 30-31 juillet 2007, n°187, p.11.

identique lorsque la rupture est motivée par un motif personnel. Pour notre part, nous souhaitons une telle orientation jurisprudentielle.

Après les représentants du personnel, entendus de façon large, le juge est venu fermer la rupture d'un commun accord à une autre catégorie de salariés : ceux déclarés inaptes par le médecin du travail à leur emploi.

2°- Les salariés inaptes

203 En 1999, la Chambre sociale étend la protection dont elle fait bénéficier les représentants du personnel aux salariés déclarés inaptes en conséquence d'une maladie, professionnelle ou non. Et ce, à l'occasion de deux arrêts rendus le 29 janvier 1999.

Dans la première espèce, un salarié déclaré inapte, pour des raisons médicales, à reprendre son poste, renonce à être reclassé. Il conclut avec son employeur, deux jours après l'avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail, un accord de rupture de son contrat, puis, quelques mois plus tard, une transaction. L'acte constatant la rupture du contrat de travail est validé par la Cour d'appel de Rennes, le 18 juin 1996.
La Cour de cassation censure cet arrêt en affirmant catégoriquement que : *« **Les dispositions des articles L. 122-24-4*** [maladie ou accident d'origine non professionnelle] ***et L. 122-32-5*** [maladie ou accident d'origine professionnelle] ***du Code du travail**, qui prévoient notamment que si, après une déclaration d'inaptitude prononcée par le médecin du travail à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail, le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue du délai d'un mois ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de reprendre le paiement du salaire, **excluent** dans cette hypothèse **la possibilité pour les parties de signer une rupture d'un commun accord du contrat de travail** qui aurait pour effet d'éluder ces obligations »* [572].

De la même façon, dans le second arrêt du même jour, la Cour de cassation frappe de nullité comme ayant un objet illicite *« une convention stipulant que le contrat de travail était*

---

[572] Cass. soc., 29 juin 1999, n°96-44.160, *Bull. civ.*, V, n°304.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 12 février 2002, n°99-41.698, *RJS*, 4/02, n°424.

résilié d'un commun accord » dans la mesure où *« celle-ci a fixé rétroactivement la date de la rupture du contrat de travail un jour avant l'avis du médecin du travail prévoyant une reprise du travail à temps partiel dans un poste à déterminer, ce dont il résultait que la convention était destinée à faire échec à l'application des dispositions de l'article L. 122-24-4 du Code du travail »* [573].

Ainsi, la protection particulière dont bénéficient les travailleurs devenus inaptes physiquement à leur emploi justifie une exception à la validité de la rupture d'un commun accord du contrat de travail. Les règles mises en place par le droit du travail au profit de ce genre de salariés ne doivent pas être concurrencées, voire détournées grâce à un mode de rupture issu du droit commun des obligations. Selon les juges, un tel mode de rupture permet, en effet, à l'employeur d'éluder des règles impératives telle l'obligation de reclassement ou encore celle de reprendre le paiement des salaires du salarié ni reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois suivant la déclaration d'inaptitude, ni licencié.
Pour notre part, nous souscrivons pleinement à cette analyse jurisprudentielle : la rupture d'un commun accord ayant pour effet d'esquiver les obligations issues de l'article L. 122-24-4 du Code du travail ne peut qu'être examinée comme ayant une cause illicite, situation repoussée par les articles 1108 et suivants du Code civil.

Par la suite, les juges ont du se prononcer concernant une autre catégorie de salariés dont la santé a été atteinte, ceux victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

3 °- Les salariés victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle

204 Le législateur a mis en place, depuis la loi n°81-3 du 7 janvier 1981, un corps de règles destinées à garantir le maintien du contrat de travail puis le reclassement du salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. La question s'est alors posée de savoir si employeur et salarié pouvaient y déroger en concluant une rupture d'un commun accord du contrat de travail.

---

[573] Cass. soc., 29 juin 1999, n°97-40.426, *Bull. civ.*, V, n°315 : Arrêt rendu au visa, entre autres, de l'article 1126 du Code civil.

La Chambre sociale de la Cour de cassation a répondu le 4 janvier 2000 à cette interrogation.

Dans cette affaire, une salariée est victime d'un accident du travail. Alors que son contrat se trouve encore légalement suspendu, elle, selon les termes d'un courrier adressé à son employeur, donne « son accord pour être licenciée », puis signe un reçu pour solde de tout compte. Se ravisant, elle saisit le Conseil de prud'hommes d'une demande tendant à obtenir l'annulation de son licenciement ainsi que le paiement de différentes indemnités. La Cour d'appel de Besançon lui donne tort, sous prétexte que *« le fait que la salariée se soit trouvée en période de suspension de son contrat de travail à la suite d'un accident de travail, ne fait pas obstacle à ce que la rupture du contrat intervienne d'un commun accord entre les parties »*.

Cet arrêt est censuré par la Chambre sociale qui proclame que, en vertu de l'article L. 122-32-2 du Code du travail, *« **au cours des périodes de suspension consécutives à un accident de travail ou une maladie professionnelle, l'employeur ne peut faire signer au salarié une rupture d'un commun accord du contrat de travail. Une telle résiliation du contrat est frappée de nullité** »* [574].

Cette solution nous semble précisément justifiée. En effet, au risque de nous répéter et d'exprimer un pléonasme, la rupture d'un commun accord nécessite l'accord des deux parties en présence : employeur, d'une part, et salarié, d'autre part. Or, dans la présente circonstance de suspension du contrat de travail, l'employeur est dans l'impossibilité de donner son accord pour rompre les relations contractuelles : ceci lui est expressément interdit par le Code du travail [575]. En conséquence, il nous apparaît ici parfaitement approprié que la rupture d'un commun accord soit purement et simplement fermée aux parties.

205 C'est en poursuivant et approfondissant cette argumentation que nous spéculons que, si un jour la question vient à lui être posée, la Cour de cassation appliquera cette même solution à propos de la salariée enceinte. En effet, en vertu de l'article L. 122-25-2 du Code du travail, *« **Aucun employeur ne peut résilier le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant l'intégralité des***

[574] Cass. soc., 4 janvier 2000, n°97-44.566, *D.* 2000, n°12, jurisprudence, p.265, note C. RADÉ.

[575] Article L. 122-32-2 du Code du travail : *« **Au cours des périodes de suspension, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée** que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie, de maintenir ledit contrat »*.

périodes de suspension du contrat de travail *auxquelles elle a droit en application de l'article L. 122-26, qu'elle use ou non de ce droit,* ***ainsi que pendant les quatre semaines qui suivent l'expiration de ces périodes*** *»*. Durant l'ensemble des périodes visées, l'employeur est dépossédé de son droit de rompre le contrat de travail, qu'il s'agisse d'une rupture unilatérale ou conjointe. Aussi, nous présumons qu'une rupture d'un commun accord qui serait signée par une salariée au cours d'une période de maternité serait annulée.

206 Nous parvenons maintenant au terme de l'analyse jurisprudentielle et légale des cas d'admission et de rejet de la rupture d'un commun accord.

Nous discernons que le fil conducteur de cette construction progressive (fondamentalement jurisprudentielle) réside dans la protection de la partie faible au contrat de travail, à savoir le salarié. Le but principal est de protéger au mieux le salarié des éventuels abus voire fraudes que l'employeur pourrait mettre en œuvre grâce à ce mode de rupture civiliste.

De la sorte, pour les salariés ordinaires, si la possibilité de recourir à la rupture d'un commun accord est autorisée, elle est soumise à des conditions plus ou moins restrictives. Spécialement, l'employeur qui, pour un motif économique, souhaite d'un commun accord avec plusieurs salariés mettre un terme aux relations de travail qui les unissent doit respecter l'ensemble des prescriptions du Livre III du Code du travail, initialement conçues pour un licenciement économique (consultation des représentants du personnel, élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, notification à l'autorité administrative, etc.).

En revanche, lorsqu'un seul salarié est concerné par la rupture d'un commun accord de son contrat de travail, et quel que soit le motif, aucune procédure préalable n'est obligatoire. Le choix est donc fait ici de préférer le contrôle judiciaire *a posteriori* aux procédures préalables d'ordre public relatives au licenciement.

Nous pensons que **ce choix, aboutissant à ce que la logique contractuelle supplante la logique statutaire, doit être étendu à toutes les ruptures d'un commun accord** (contrairement à ce qu'arrête présentement la jurisprudence)**, peu important le motif économique ou personnel pour lequel elles ont été initiées**.

De la même façon, en poursuivant et approfondissant notre raisonnement visant à une unification de régime, il nous semble nécessaire **d'ouvrir la rupture d'un commun accord à tous les salariés**. Et ce, qu'ils soient « ordinaires » ou bien considérés comme « fragiles » en raison de leur état de faiblesse avérée (salarié âgé, étranger, handicapé, etc.) ou encore « fragilisés » compte tenu de leur dimension collective (représentant du personnel, salarié

appartenant ou exerçant une activité syndicale, etc.).
Les principes du consensualisme doivent toujours s'appliquer en la matière. En effet, nous considérons que les garde-fous civilistes envisagés par l'article 1108 du Code civil sont raisonnablement protecteurs des intérêts de chaque partie. Nous en voulons pour preuve les récentes décisions de la Chambre sociale de la Cour de cassation susmentionnées qui, en s'appuyant notamment sur l'article 1126 du Code civil, ont annulé les conventions de rupture conclues par des salariés inaptes ou victimes d'accident professionnel. Les fondements civilistes, en ce domaine, sont aptes à endiguer d'éventuels abus patronaux. En sus, ils permettent à la rupture d'un commun accord de conserver une place en droit du travail. Place qui lui est octroyée, rappelons-le, par l'article L. 121-1 du Code du travail qui formule expressément que *« le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun »*.

Enfin, dans cette optique d'unification des régimes, une révision de la convention UNEDIC relative à l'indemnisation du chômage nous semble indispensable. En effet, nous y reviendrons ultérieurement, le salarié qui accepte, d'un commun accord avec son employeur, de voir son contrat de travail rompu n'est pas indemnisé par l'ASSEDIC, sauf lorsqu'un motif économique est à l'origine de cette cessation des relations de travail. Afin de ménager les intérêts financiers du salarié tout en conservant l'espace qui nous semble nécessaire au consensualisme, les partenaires sociaux doivent donc, selon nous, modifier les règles pour faire bénéficier du droit aux allocations chômage le salarié qui, par consentement mutuel avec son employeur, rompt le contrat de travail qui les unit. Et ce, quel que soit le motif à l'origine de la rupture.

Le consensualisme est, nous le voyons, un thème contemporain du droit du travail. Il constitue également un sujet récurrent. En effet, si nous avons maintenant achevé notre étude de la rupture d'un commun accord du contrat de travail, un autre aspect de la liberté contractuelle nécessite quelques approfondissements. Il s'agit de la place accordée aux contractants dans le domaine précis du contrat de travail à durée déterminée. Plus particulièrement, nous nous intéresserons au terme de ce contrat de travail qui est fixé par les parties, dès sa conclusion.

Section 2 - L'arrivée du terme du contrat de travail à durée déterminée

Certains contrats sont à exécution successive, ils s'étalent dans le temps.
Par nature, le contrat de travail fait partie de cette catégorie. La question de sa durée est donc essentielle.

207 L'article 1780 du Code civil formule le principe selon lequel *« On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée »*. En 1804, le contrat de référence est donc le contrat à durée déterminée. Les contractants doivent pouvoir recourir librement à ce type de contrat et en fixer de manière consensuelle le terme. Il leur est également loisible, à cette époque, de faire perdurer la situation contractuelle au-delà du terme prévu soit par une prorogation, un renouvellement ou une tacite reconduction du contrat. Au 19ème siècle, le régime courant est donc celui du CDD renouvelable, qui se transforme peu à peu en contrat à durée durable, à défaut de durée indéterminée.
Pour autant, les engagements à durée indéterminée ne sont pas prohibés. Mais, afin de ne pas aliéner sa liberté individuelle, chaque contractant, en présence d'un tel contrat, doit pouvoir prendre l'initiative d'une rupture. Cette interprétation est confirmée par la loi du 27 décembre 1890 qui, complétant l'article 1780 du Code civil, vient préciser que *« le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes »* et affirme ainsi le principe d'un droit de résiliation unilatérale.

208 Progressivement, le contrat de travail se dégage des règles du droit commun des contrats. Néanmoins, la distinction entre contrat doté d'un terme ou non demeure secondaire dans la mesure où la rupture du CDI demeure libre avec pour unique réserve l'abus.
En 1973, un complet bouleversement intervient dans le paysage des relations de travail. Le CDI fait l'objet des soins les plus attentifs de la part du législateur, notamment en ce qui concerne les conditions de sa rupture. Dorénavant, la résiliation unilatérale d'un contrat de travail à durée indéterminée est soumise à un strict contrôle de justification.
Parallèlement, le CDD reste ignoré du légiférant. L'absence totale de contraintes d'origine légale laisse l'employeur libre d'utiliser cette technique contractuelle sans la justifier par des cas précis. Quant à sa cessation, elle dépend pour une grande part de ce que ses signataires ont convenu. Effectivement, si l'arrivée du terme défini met généralement fin à l'engagement, ce n'est pas la seule sortie possible du contrat. L'employeur et le salarié, qui souhaitent rompre

le contrat par anticipation, sont libres d'en convenir à tout moment ou d'insérer dans le contrat de travail une clause résolutoire anticipée de plein droit, si survient un événement extérieur désigné. Les contractants peuvent également se réserver la faculté de résilier unilatéralement le CDD à certaines échéances ou à tout moment.
Cette grande latitude laissée aux parties engendre graduellement un afflux de recours à cette catégorie de contrat. Le nombre de travailleurs recrutés sous la forme d'un CDD atteint ainsi 3% de l'ensemble des effectifs en 1980.

209 Conscient de la précarité engendrée pour le salarié par ce type de contrat de travail, le législateur inverse au début des années 1980 la logique dominant jusqu'alors.
L'ordonnance n°82-130 du 5 janvier 1982 affirme le principe selon lequel *« le contrat de travail est conclu sans détermination de durée »* [576]. Le CDI doit devenir le modèle de la relation de travail, le contrat de travail de droit commun. L'objectif clairement affiché est de faire des contrats précaires l'exception [577], sans brider pour autant l'embauche. Dans cette optique, le légiférant prévoit des conditions limitatives de recours au CDD, impose des conditions particulières de forme et de fond, restreint la durée, accroît le coût et, enfin, enserre strictement la rupture de ce contrat dont la durée est limitée.
Dès lors, la détermination du terme précis ou imprécis devient essentielle dans la distinction CDD / CDI.

210 Nous devons, en conséquence, tenter de définir ce qu'est le « terme ».
Classiquement, le terme désigne un événement futur qui arrivera nécessairement. Le terme est dit certain ou précis lorsque la date en est connue. À l'inverse, le terme incertain ou imprécis évoque un événement pour lequel la date de survenance ne peut être connue.

Le terme est extinctif lorsque cet événement futur est pris comme date de cessation du contrat [578]. Pendant toute la durée prévue le contrat pourvu d'un tel terme présente un

[576] Article L. 121-5 du Code du travail.

[577] Voir par exemple la loi Soisson du 12 juillet 1990 dont l'objectif ambitieux est de *« faire reculer la proportion d'emplois précaires »*.

[578] Certains évènements ne peuvent pas être pris pour terme extinctif. Par exemple, l'article L. 122-14-12 du Code du travail prohibe les clauses prenant pour terme du contrat de travail l'âge du salarié.

caractère obligatoire pour les parties et à l'issue de celui-ci il cesse de plein droit [579]. Cessation de plein droit qui signifie que l'employeur, qui ne désire pas prolonger les relations de travail au-delà du terme prévu par le CDD, n'est pas tenu de prévenir le salarié [580]. Les parties sont cependant libres de convenir, dans le contrat, d'un certain délai de prévenance [581]. Par ailleurs, soulignons que le contrat cessant de plein droit, les parties n'ont pas à respecter la procédure de rupture applicable au CDI (ni licenciement, ni démission). Le contrat cesse automatiquement à la date convenue par les deux parties lors de sa conclusion, peu important que la cause de recours sur lequel il est fondé subsiste.

Nous le comprenons, le terme constitue l'axe déterminant et le principe de distinction du CDD avec le CDI. Etudions dès lors la détermination du terme en fonction du cas de recours (§1) avant de nous arrêter précisément sur les évènements qui peuvent influer sur l'arrivée de ce terme (§2).

---

[579] Article L. 122-3-6 du Code du travail : *« Sous réserve des dispositions des articles n° L. 122-32-3, n° L. 236-11, n° L. 412-18, Nos L. 425-2 et L. 436-2, le contrat de travail à durée déterminée cesse de plein droit à l'échéance du terme »*.

[580] Et ce, contrairement à ce que prévoyait, à l'origine, la loi du 3 janvier 1979. Celle-ci instituait effectivement un délai d'information afin d'obliger les parties à préciser leurs intentions, mais en opérant une distinction selon que le contrat de travail était affecté d'un terme précis ou non : ◆ Lorsque le contrat comportait un terme précis, l'initiative appartenait au salarié qui devait « en temps utile » demander à l'employeur quelles étaient ses intentions. L'employeur qui n'envisageait pas de poursuivre les relations contractuelles avait alors une obligation de prévenance.

◆ Lorsque le contrat de travail ne comportait pas de terme précis, c'était l'employeur qui devait, avant la survenance du terme, notifier au salarié son intention de ne pas poursuivre les relations contractuelles.

Quant à la sanction d'un comportement négligent de l'employeur, l'article L. 122-2-1 alinéa 2 prévoyait que *« l'absence de réponse de l'employeur ouvre droit pour le salarié, en cas de non poursuite de ces relations, à des dommages et intérêts d'un montant équivalent à un mois de salaire »*.

[581] Dans ce cas, l'employeur qui ne respecte pas le délai de prévenance prévu au contrat de travail doit, en vertu de l'article 1134 du Code civil, réparer le préjudice résultant du non-respect de ses obligations contractuelles : CA Paris, 24 septembre 1996, *RJS* 12/96, n°1349.

§ 1 - La détermination du terme du CDD en fonction du cas de recours

Le CDD quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Il ne peut donc être conclu que dans un certain nombre d'hypothèses strictement énumérées par le législateur : remplacement d'un salarié (A), accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise (B), emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels, dans certains secteurs d'activité, il est d'usage de ne pas recourir au CDI (C).
Ces hypothèses sont celles que nous pourrions qualifier d'ordinaires. En effet, à côté de celles-ci, il existe des cas de recours liés à la politique de l'emploi. Ces contrats ont alors pour but de favoriser l'embauche de certaines catégories de demandeurs d'emploi ou encore, s'inscrivent dans une perspective de formation professionnelle. Nous ne développerons pas ces contrats de travail atypiques qui répondent à une logique particulière et obéissent à des règles qui leur sont propres.

A - Le remplacement

Tout d'abord, le Code du travail vise le remplacement d'un salarié absent. Ce cas recouvre trois possibilités de conclure un CDD. Examinons-les successivement.

1° - Le remplacement d'un salarié absent

211 Premièrement, il s'agit de l'absence ou la suspension temporaire du contrat de travail d'un salarié ne résultant pas d'un conflit collectif de travail [582]. Il peut s'agir d'un remplacement en cas d'accident d'origine professionnelle ou non, de maladie ou de maternité. Quant au salarié remplacé, précisément, il peut s'agir de n'importe quelle personne travaillant

[582] Depuis la loi n°2003-72 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, il peut également s'agir d'un passage provisoire à temps partiel, conclu par avenant à son contrat de travail ou par échange écrit entre ce salarié et son employeur.

dans l'entreprise, y compris, depuis la loi du 3 janvier 2003 [583], *« d'un chef d'exploitation agricole ou d'entreprise […], d'un aide familial, d'un associé d'exploitation, ou de leur conjoint […] dès lors qu'il participe effectivement à l'activité de l'entreprise ou de l'exploitation agricole »* [584]. Peuvent également être remplacés, depuis l'ordonnance du 24 juin 2004 [585], le *« chef d'entreprise artisanale, industrielle ou commerciale, [d']une personne exerçant une profession libérale, [de] son conjoint participant effectivement à l'activité de l'entreprise à titre professionnel et habituel ou [d']un associé non salarié d'une société civile professionnelle, d'une société civile de moyens ou d'une société d'exercice libéral »* [586].

Face à une telle absence, deux formules de CDD sont envisageables.

212 La première consiste à conclure un contrat de date à date en tenant compte de la durée escomptée de l'absence. Il peut alors y avoir autant de contrats successifs que de renouvellement des absences du salarié remplacé sans délai de carence. Et ce, dans la limite de dix-huit mois [587]. Dans cette hypothèse, comme nous l'avons mentionné auparavant, le terme est précis. Le contrat de travail prend donc fin de plein droit à la date prévue par les parties lors de la conclusion du CDD ou à l'expiration du report du terme prévu.

Nous comprenons aisément que ce système est mal adapté en cas d'incertitude sur la date de reprise. C'est pourquoi une seconde formule de CDD est concevable en matière de remplacement d'un salarié absent.

213 Il s'agit du contrat conclu pour la durée de l'absence. Dans ce cas, le terme est imprécis puisque l'événement qui met fin au contrat est *« la fin de l'absence de la personne remplacée »* [588]. Evènement pour lequel la date de survenance exacte n'est point connue.

---

[583] Loi n°2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques.

[584] Article L. 122-1-1 5° du Code du travail.

[585] Ordonnance n°2004-602 du 24 juin 2004 relative à la simplification du droit dans les domaines du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle.

[586] Article L. 122-1-1 4° du Code du travail.

[587] Article L. 122-1-2 II du Code du travail.

[588] Article L. 122-1-2 III du Code du travail.

En réalité, le terme, dont le jour est inconnu, correspond à la fin de la suspension du contrat du salarié absent. Il peut s'agir de son retour [589], sa démission, son licenciement [590], son départ ou sa mise à la retraite [591], son décès, etc. En la matière, la rédaction du contrat est primordiale. Elle va déterminer l'événement dont la réalisation va enclencher le terme du contrat. Soulignons d'ailleurs que c'est à l'employeur qu'il incombe de rapporter la preuve de l'événement constitutif du terme et de sa date [592].

Nous comprenons ainsi que le terme peut parfois être très incertain rendant alors d'autant plus aléatoire la durée du CDD. C'est pour compenser la précarité de la situation des titulaires de tels contrats que le législateur impose qu'une durée minimale soit librement fixée par les parties [593] lors de la conclusion du contrat de travail à durée déterminée [594]. De cette

---

[589] En revanche, la Cour de cassation considère que l'employeur ne peut, dans l'exercice de son pouvoir de direction, décider de rompre le CDD conclu sans terme précis pour remplacer un salarié absent en invoquant comme justification le retour imprévu d'un salarié autre que le salarié remplacé : Cass. soc., 16 juin 2004, n° 02-43.199, *RJS* 11/04, n°1124.

[590] ◆ Cass. soc., 26 mars 2002 (n°00-40.652) où la Cour de cassation énonce que *« la suppression du poste du salarié remplacé ne constitue pas un cas de force majeure de nature à justifier la rupture anticipée du contrat conclu pour le remplacer pendant son absence et qu'exceptés les cas de rupture anticipée visés par l'article L. 122-3-8 du Code du travail, le contrat conclu sans terme précis doit se poursuivre jusqu'au retour effectif du salarié remplacé ou au plus tard jusqu'au surlendemain de son retour, ou, le cas échéant, jusqu'à la rupture de son contrat de travail »*, *Dr. soc.* 2002, p..889, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *JCP*, G, 2002, IV, 1842 ; *Jur. soc.*, novembre 2002, p.348 ; *RJS* 6/02, n°658.

◆ Cass. soc., 20 avril 2005, n°03-41.490, *Dr. soc.* 2005, p.814, note C. ROY-LOUSTAUNAU ; *JCP*, S, n°18-19 du 25 octobre 2005, 1294, p.21-22, note F. BOUSEZ ; *Jur. soc.*, avril 2006, p.106 ; *RJS* 7/05, n°715 : *« La Cour d'appel ayant constaté que Mme M. avait été licenciée pour motif économique, en a exactement déduit que ce licenciement, qui emportait sa cessation définitive d'activité, entraînait de plein droit la fin du contrat à durée déterminée conclu pour son remplacement »*.

[591] Cass. soc., 17 décembre 1997, n° 95-42.913, *Bull. civ.*, V, n°447. Dans cet arrêt, la Cour de cassation admet que *« la cessation définitive d'activité du salarié remplacé, qui avait demandé la liquidation de ses droits à la retraite, devait intervenir le […], ce qui entraînait de plein droit la fin du CDD »*.

[592] Cass. soc., 13 mai 2003, n° 01-40.809, *CSBP* 2003, n°152, S 311, obs. C. CHARBONNEAU ; *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 26 mai 2003, n°817 ; *RJS* 7/03, n°855 ; *TPS*, juillet 2003, n°249, p.16.

[593] Cass. soc., 28 septembre 2005, *RJS* 12/05, n°1179 : *« Les contrats conclus sans terme précis pour pourvoir au remplacement de salariés absents doivent comporter une durée minimale »*.
Cet esprit de stabilisation des contrats se retrouve identiquement dans d'autres relations contractuelles que celle

façon, le CDD ne peut prendre fin au plus tôt qu'à l'expiration de la période minimale quand bien même le salarié absent reviendrait dans l'entreprise pendant celle-ci (sous peine des sanctions indemnitaires prévues par l'article L. 122-3-8 du Code du travail).
Cette formule permettant de remplacer un salarié absent pour toute la durée de son indisponibilité est, en pratique, la mieux adaptée à l'hypothèse où l'incertitude plane sur la date éventuelle de cessation de l'absence. Et ce, en dépit des nombreux malentendus pesant sur la formulation de terme dans le contrat de travail.

L'article L. 122-1-1 du Code du travail envisage une autre hypothèse de remplacement autorisant le recours au CDD. Il s'agit de la vacance d'un poste en cas d'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par CDI.

2 °- Le remplacement dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié sous CDI

214 Confronté à la vacance d'un poste, un employeur peut engager un salarié par CDD *« en cas d'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer »* [595]. Dans ce cas, l'employeur doit avoir engagé un salarié permanent par CDI préalablement au recours au CDD de remplacement [596]. En effet, cette embauche précaire ne se justifie que dans la mesure où le salarié recruté en CDI n'a pas la possibilité de rejoindre son poste de travail.

---

de travail. Notamment, la loi impose une durée minimale de trois ans pour les baux d'habitation ou encore de neuf ans pour les baux commerciaux ou ruraux.

[594] Le défaut de mention d'une période minimale dans un CDD à terme imprécis entraîne la requalification de la relation de travail en CDI : Cass. soc., 29 octobre 1996, n°92-44.837, *Bull. civ.*, V, n°356.

[595] Article L. 122-1-1 1° du Code du travail.

[596] Cass. soc., 9 mars 2005, *Dr. soc.* 2005, p.691, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU : *« L'article L. 122-1-1 1° du Code du travail […] suppose que le poste considéré soit pourvu par un titulaire déjà recruté mais momentanément indisponible et n'autorise en aucun cas l'employeur à recourir à un contrat à durée déterminée afin de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise dans l'attente du recrutement du titulaire du poste »*.

Comme précédemment, deux formules de CDD sont concevables : soit un contrat comportant un terme précis dès sa conclusion qui prend fin à l'échéance convenue (qui au maximum est de neuf mois [597]), soit un contrat doté d'un terme imprécis qui expire le jour de la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu, c'est à dire l'entrée en service effective du salarié recruté par CDI [598].

Enfin, la dernière hypothèse de remplacement prévue par l'article L. 122-1-1 1° du Code du travail concerne le salarié sous CDI ayant définitivement quitté son poste de travail qui va être supprimé.

3 °- Le remplacement d'un salarié sous CDI ayant définitivement quitté son poste de travail qui est supprimé

215 Il faut entendre par cette formulation, non seulement le cas où un salarié permanent quitte définitivement l'entreprise mais également celui où, sans quitter l'entreprise, il est muté définitivement sur un autre poste. En outre, la suppression du poste doit être décidée et non pas simplement envisagée. Un tel CDD doit comporter un terme précis et ne peut être conclu pour une durée supérieure à vingt-quatre mois, renouvellement inclus [599].

Les trois possibilités de recours au CDD pour remplacement étant étudiées, intéressons-nous dès à présent au cas visé au 2° de l'article L. 122-1-1 du Code du travail. Il concerne l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise.

B - L'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise

216 Nous pouvons entendre par « accroissement temporaire d'activité » notamment un accroissement temporaire de l'activité habituelle de l'entreprise, une commande exceptionnelle, une tâche occasionnelle précisément définie et non durable, des travaux

---

[597] Article L. 122-1-2 II du Code du travail.

[598] Par exception, nous pensons que la durée totale du contrat conclu dans cette hypothèse de recours ne peut excéder neuf mois. En effet, compte tenu des intentions du législateur, si la personne recrutée n'est toujours pas présente dans l'entreprise, il n'y aura vraisemblablement pas report du terme.

[599] Article L. 122-1-2 II du Code du travail.

urgents nécessités par des mesures de sécurité.
En principe, le CDD conclu pour un motif d'accroissement temporaire d'activité doit impérativement comporter un terme précis.
Sauf hypothèse de travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité où la durée maximale est fixée à neuf mois, un tel CDD ne peut excéder dix-huit mois, renouvellement compris.
Le contrat de travail cesse logiquement, de plein droit, à l'échéance du terme.

Enfin, la dernière hypothèse de l'article L. 122-1-1 du Code du travail autorisant le recours à un CDD concerne les emplois saisonniers ou dans les secteurs où il est d'usage de ne pas recourir au CDI.

C - Les emplois à caractère saisonnier et les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI

Il s'agit en fait de deux cas de figure distincts qui méritent d'être examinés successivement.

1°- Les emplois saisonniers

217 Envisageons liminairement les emplois saisonniers. Bien qu'étant un cas de recours au CDD, ni la saison ni l'expression « emploi saisonnier » n'ont été définis par la loi. Selon l'administration, les travaux saisonniers sont ceux qui sont *« normalement appelés à se répéter chaque année, à date à peu près fixe, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs, et qui sont effectués pour le compte d'une entreprise dont l'activité obéit aux mêmes variations »* [600]. Définition reprise à l'identique par la Cour de cassation [601].
Pour ces emplois, les deux formules de CDD antérieurement évoquées sont possibles. Il peut

[600] Circulaire DRT n°90-10 du 30 octobre 1990.

[601] ◆ Cass. soc., 12 octobre 1999, n° 97-40.915, *Bull. civ.*, V, n°373; *CSBP* 1999, n°115, S 535, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 2000, sommaires commentés, p.371, obs. N. BAUDSON ; *Dr. soc.* 1999, p.1098, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *JCP*, E, 2000, p.1530, note G. LACHAISE.

◆ Cass. soc., 9 mars 2005, n°02-44.706, *Dr. soc.* 2005, p.687, note C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 4/05, n°486.

donc être pourvu à un tel emploi par un contrat comportant un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou, le cas échéant, par un contrat sans indication exacte du terme. Dans ce dernier cas, le terme du CDD ne doit pas être apprécié discrétionnairement par l'employeur mais doit être constitué objectivement par la fin de la saison [602]. À défaut, la relation de travail risque d'être requalifiée par les juges à durée indéterminée.

Pour terminer notre étude des cas autorisés de recours au CDD, intéressons-nous brièvement aux emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI.

2°- Les contrats dits « d'usage »

218 Les emplois susceptibles, en vertu d'un usage, de faire l'objet d'un CDD, doivent relever de certaines activités bien déterminées, fixées par décret. En outre, il doit s'agir d'un emploi pour lequel il n'est pas d'usage de recourir à un CDI en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire des emplois. Présentement, le CDD peut contenir un terme tant précis qu'imprécis. Dans ce dernier cas, le contrat de travail expire lorsque la mission, pour laquelle il a été conclu, est réalisée.

Au terme de cette présentation exhaustive des hypothèses de recours au CDD, nous discernons que, quelle que soit la formule de CDD choisie, les parties conviennent ensemble du moment (de façon plus ou moins précise) où leur relation de travail cessera. Il convient dès lors de nous interroger sur l'incidence que certains évènements pourraient avoir sur le terme du contrat de travail.

[602] En principe, le CDD conclu pour une saison ne peut excéder 8 mois par an : *J.O. Ass. Nat.*, réponse ministérielle n°28Q du 11 juillet 1983.

§ 2 - La détermination du terme en présence de cas particuliers

Nous nous arrêterons successivement sur deux évènements susceptibles d'influer sur le terme du contrat : la suspension (A) et l'inaptitude du salarié (B).

A - L'incidence de la suspension du contrat de travail sur le terme

219 La suspension du CDD (qui peut intervenir dans les mêmes conditions que le CDI, notamment pour maladie, maternité, accident du travail, congés divers,etc.) ne fait pas obstacle à l'échéance du terme convenu initialement. De sorte que si le contrat de travail est de date à date et que le terme prévu arrive pendant la période de suspension, le contrat prend fin le jour prévu, sans être prolongé de la durée de la suspension. Similairement, le terme du CDD n'est pas reporté en raison de la fermeture annuelle de l'entreprise [603]. Quant au contrat qui n'est pas de date à date, c'est la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu qui constitue le terme du contrat. Si cet objet est réalisé pendant l'absence du salarié en CDD, la relation de travail prend fin dès la réalisation de l'objet.
Ce n'est que lorsque le CDD comporte une clause de renouvellement que l'employeur ne peut, au cours de la période de suspension du contrat résultant de l'arrêt de travail, refuser le renouvellement du CDD sauf s'il justifie d'un motif réel et sérieux étranger à l'accident ou à la maladie [604].

Si le principe paraît limpide, une question s'est néanmoins posée avec acuité lorsque le salarié recruté sous CDD est déclaré inapte par le médecin du travail. L'employeur a t-il

---

[603] Cass. soc., 25 février 2004, n° 01-43.072, *CSBP* 2004, n°160, A 32 ; *Dr. soc.* 2004, p.560, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 5/04, n°511 : *« La clause prévoyant la suspension des effets du contrat de travail pendant la période de fermeture annuelle de l'entreprise ne pouvait avoir pour effet de différer le terme du contrat à durée déterminée »*.

[604] Cass. soc., 12 février 2002, n° 00-41.222, *Semaine Sociale Lamy* du 25 février 2002, n°1064, p.11. À défaut, en vertu de l'article L. 122-32-3 du Code du travail l'employeur *« devra verser au salarié une indemnité correspondant au préjudice subi. Cette indemnité ne peut être inférieure au montant des salaires et avantages que le salarié aurait reçus jusqu'au terme de la période suivante de validité du contrat prévue par la clause de renouvellement »*.

l'obligation de conserver dans son entreprise jusqu'au terme du contrat initialement convenu un salarié recruté pour une tâche spécifique et qui ne peut plus l'exécuter ?

B - L'incidence de la déclaration d'inaptitude du salarié en CDD sur le terme

220 En matière d'**inaptitude d'origine professionnelle**, l'employeur doit proposer au salarié un autre emploi approprié à ses capacités et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé [605]. S'il justifie être dans l'impossibilité de proposer un emploi adéquat au salarié ou si ce dernier refuse un tel emploi, *« l'employeur est en droit de demander la résolution judiciaire du contrat »* [606]. Le juge vérifie les motifs invoqués, prononce la résolution et fixe le montant de la compensation financière due au salarié. En aucun cas, l'inaptitude du salarié consécutive à un accident du travail ne constitue un cas de force majeure qui justifierait la rupture immédiate du CDD [607].
L'employeur est donc en droit de demander la résiliation judiciaire du CDD.

221 En matière d'**inaptitude d'origine non professionnelle**, la solution diffère. En effet, le législateur n'a pas jugé utile de transposer l'article L. 122-32-9 susmentionné à l'hypothèse de l'inaptitude d'origine non professionnelle. En conséquence, lorsque le 29 avril 2002 la question est venue à lui être posée, la Cour de cassation a donné son avis en ce sens : *« l'employeur d'un salarié engagé en contrat de travail à durée déterminée et déclaré par le médecin du travail inapte à son emploi en conséquence d'un accident ou d'une maladie non professionnels, ne peut pas exercer l'action en résolution judiciaire prévue à l'article L. 122-32-9 du Code du travail ; une telle action exige que l'inaptitude physique du salarié ait une origine professionnelle »* [608]. À l'issue de cet avis, la résiliation judiciaire est donc fermée à l'employeur en cas d'inaptitude d'origine non professionnelle.

---

[605] Article L. 122-32-5 alinéa 1 du Code du travail.

[606] Article L. 122-32-9 du Code du travail.

[607] Cass. soc., 23 mars 1999, n° 96-40.181, *Juris. Actua*, n°631, 20 mai 1999.

[608] Avis Cass. soc., 29 avril 2002, *Dr. ouvrier*, juillet 2002, p.350 ; *Dr. soc.* 2002, p.771, obs. J. SAVATIER ; *JCP*, G, 2002, II, 10 142, note J. MOULY ; *RJS* 8-9/02, n°966 ; *TPS*, août – septembre 2002, n°251, p.11

Dès lors, la question s'est posée de savoir s'il s'agissait d'un cas de force majeure autorisant une rupture anticipée du CDD [609]. Après avoir connu une évolution, l'inaptitude ne saurait, selon la jurisprudence, être considérée comme un cas de force majeure [610]. Nous nous trouvons alors devant une impasse. Le salarié est inapte, il n'est pas en état de travailler. L'employeur ne peut saisir le juge afin qu'il prononce la résiliation judiciaire du contrat de travail et ne peut davantage rompre de manière anticipée le CDD en raison d'un cas de force majeure. Consciente de la situation, la Cour de cassation a tenté une proposition.

Pour mettre fin à l'impasse juridique caractérisée lorsque le salarié, engagé dans le cadre d'un CDD, est déclaré inapte à son emploi et ne peut être reclassé [611], la Cour de cassation a proposé une solution de compromis.

En principe, eu égard à la législation applicable et à son interprétation donnée par la jurisprudence, la rupture anticipée d'un CDD d'un salarié reconnu inapte pouvait ouvrir droit à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'auraient perçues le salarié jusqu'au terme du contrat. Soucieuse de ne pas faire supporter aux employeurs le résultat de la conjugaison de la non application de l'article L. 122-32-9 et de l'application, cette fois, de l'article L. 122-32-8, la Cour de cassation a tranché le 18 novembre 2003 [612].

Dans cet arrêt, la Chambre sociale précise que *« lorsque le salarié n'est pas en mesure de fournir la prestation inhérente à son contrat de travail, son employeur ne peut être tenu de lui verser un salaire, sauf disposition légale, conventionnelle ou contractuelle particulière »*. Parce qu'il est inapte, le salarié ne peut fournir sa prestation de travail. En vertu du

---

[609] Article L. 122-3-8 du Code du travail.

[610] Cass. soc., 12 juillet 1999, n° 97-41.131, *CSBP* 1999, n°114, S 486, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 1999, p.952, obs. J. SAVATIER ; *JCP* 1999, E, n°41, panorama rapide, p.1611 ; *JCP*, G, 2000, II, 10 273, note G. LACHAISE, p.485-488.

[611] Obligation de reclassement réaffirmée avec force dans l'arrêt Cass. soc., 8 juin 2005, n° 03-44.913, *Semaine Sociale Lamy* du 20 juin 2005, n°1220, p.12.

[612] Cass. soc., 18 novembre 2003, n° 01-44.280, *CSBP* 2004, n°157, A 14, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2004, n°17, p.1194, note J.-P. KARAQUILLO ; *Dr. ouvrier*, août 2004, p.376, note M.-F. BIED-CHARRETON ; *Dr. soc.* 2004, p.302, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *JCP*, E, 11 décembre 2003, panorama rapide, 1736 ; *Jur. soc.*, mai 2004, p.144 ; *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 1er décembre 2003, n°841 ; *RJS* 1/04, n°12.

synallagmatisme contractuel, son salaire ne lui est donc pas dû. Pour autant, l'employeur n'est pas en droit de rompre le contrat de travail de manière anticipée. À défaut, la rupture est injustifiée. Mais, ajoute la Cour de cassation, *« si l'inaptitude physique d'un salarié ne constitue pas un cas de force majeure autorisant la rupture anticipée du CDD, une telle inaptitude et l'impossibilité de reclassement de l'intéressé n'ouvrent pas droit au paiement des salaires restant à courir jusqu'au terme du contrat ni à l'attribution de dommages et intérêts compensant la perte de ceux-ci »*. La sanction indemnitaire n'a donc pas vocation à s'appliquer puisque le salarié n'aurait pas eu droit à ses salaires. En conséquence, la sanction ne pourra prendre en compte que le préjudice subi du fait de la rupture anticipée sans le plancher légal des salaires.

Ainsi, dorénavant, comme le souligne C. ROY-LOUSTAUNAU, l'employeur se trouve placé devant une alternative : soit rompre le contrat de travail de manière anticipée (donc illicite) et accepter d'en payer le prix en fonction du préjudice subi, apprécié souverainement par les juges du fond. Soit, deuxième branche de l'alternative, attendre le terme d'un contrat qui, par la force des choses, se trouve inexécuté. Le salarié se retrouve alors privé de ressource puisqu'il n'a pas droit à un salaire et ne peut davantage obtenir ni indemnité de la sécurité sociale ni indemnités de chômage dans la mesure où son contrat de travail n'est pas rompu.

La situation du salarié, nous le comprenons, est des plus précaires et mérite que le législateur s'en saisisse au plus vite. Et ce, soit en ouvrant la voie de la résiliation judiciaire à l'inaptitude d'origine non professionnelle soit en créant un nouveau motif de rupture anticipée du CDD.

Selon nous, il n'est pas certain que la bonne solution soit l'extension de la possibilité de demander la résiliation judiciaire. En effet, cette action est lourde et peu adaptée à la durée, par définition limitée, des contrats.

Il nous semble, en conséquence, qu'**il serait plus judicieux de prévoir expressément qu'à côté de la force majeure et de la faute grave, l'inaptitude définitive du salarié permette à l'employeur de rompre le contrat de travail à durée déterminée**. Ce nouveau motif consisterait en la constatation par le médecin du travail (dans les conditions prévues aux articles R. 241-51 et R. 241-51-1 du Code du travail) de l'inaptitude du salarié à l'emploi pour lequel il a été recruté. La rupture ne serait alors possible, comme en matière de CDI, que si

l'employeur se trouve dans l'impossibilité de reclasser le salarié [613]. L'application pratique d'une telle obligation de reclassement peut, toutefois, il est vrai, s'avérer délicate. En effet, le CDD est conclu pour occuper un emploi précis. Comme le souligne le professeur ROY-LOUSTAUNAU, *« l'obligation de reclassement [...] semble totalement étrangère à la logique du CDD. De fait, le respect de l'obligation de reclassement du salarié sur un autre emploi approprié à ses capacités, s'avère, à notre avis, incompatible avec un contrat à durée déterminée qui, réservé à une tâche précise et non durable, doit comporter ab initio un motif précis et intangible de recours [...] Le mécanisme de droit commun du CDD s'oppose à toute obligation de reclassement du salarié dans l'entreprise »* [614]. Il n'en demeure pas moins, selon nous, que la création d'un nouveau cas de rupture anticipée du CDD permettrait de sortir de l'impasse juridique actuelle.

Nous achevons ici notre étude relative à la rupture du contrat de travail à durée déterminée par arrivée du terme. Nous avons compris que la détermination précise de celui-ci est essentielle. En effet, si la relation contractuelle se poursuit après l'échéance du terme du contrat, celui-ci devient un CDI [615]. Cette règle est d'application générale quelle que soit la nature de l'emploi occupé, même s'il s'agit d'un contrat conclu dans un secteur d'activité où il est d'usage constant de ne pas recourir à un CDI. Aussi, la rupture qui intervient dans ce contexte est nécessairement qualifiée de licenciement.

Enfin, pour conclure, il convient de remarquer que les parties ont toujours la possibilité, à l'issue d'un contrat conclu pour l'exécution d'une tâche précise et non durable, de poursuivre leurs relations contractuelles par un contrat à durée indéterminée. En effet, comme le

---

[613] En ce sens, voir les propositions de réforme proposées par H. GOSSELIN (Conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation, ancien inspecteur du travail, et ancien administrateur civil à la DRT) dans son rapport remis en mars 2007 au ministre de l'emploi, G. LARCHER, consacré à l' « aptitude et inaptitude médicale au travail : diagnostic et perspective ». Rapport disponible sur Internet à l'adresse suivante : www.liaisons-sociales.com/PDF/complement_2216_rapport_gosselin.pdf.
L'inaptitude viendrait ainsi s'ajouter à la faute grave et à la force majeure. Et ce, qu'il s'agisse d'une inaptitude d'origine professionnelle ou non (à la différence près que la rupture anticipée pour inaptitude d'origine professionnelle ouvrirait seule droit à une indemnité spécifique).

[614] C. ROY-LOUSTAUNAU, *Dr. soc.* 2004, p.302.

[615] Article L. 122-3-10 alinéa 1er du Code du travail.

proclame le législateur depuis 1982, le CDI est le contrat de travail de droit commun [616], il ne doit pas être concurrencé par le CDD.

222 À ce propos, **aujourd'hui, des voix s'élèvent afin que la distinction entre CDD et CDI s'estompe** [617]. Dans un contexte de lutte pour l'emploi, les organisations patronales

[616] Article L. 121-5 du Code du travail.

[617] L'idée de « fusionner » CDI et CDD en un contrat de travail unique est apparue dans le rapport présenté en 2003 par O. BLANCHARD et J. TIROLE au Conseil d'analyse économique (*Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La Documentation française, 2003). Elle est ensuite reprise, assortie de propositions de réforme assez précises, dans un document élaboré la même année par P. CAHUC pour la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (*Pour une meilleure protection de l'emploi*, COE-CCIP, Document de travail n°63, 2003) puis dans un rapport de M. CAMDESSUS pour le ministère de l'Économie (*Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, La Documentation française, 2004) et dans le rapport remis en décembre 2004 par P. CAHUC et F. KRAMARZ à ce même ministère et à celui chargé de l'Emploi (*De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, La Documentation française, 2005. Voir également des mêmes auteurs « Le contrat de travail unique, clef de voûte de la sécurité sociale professionnelle » in *Le droit du travail confronté à l'économie*, dir. A. JEAMMAUD, Dalloz, 2005, p.55). Le Conseil d'Orientation pour l'Emploi (COE), dans un rapport d'étape sur « la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels » de mai 2007, invite quant à lui à opter pour un contrat sans détermination de durée se substituant aux contrats existants (rapport disponible à l'adresse Internet suivante : http://www.coe.gouv.fr/IMG/pdf/COE_SPP_-_Rapport_d_etape.pdf).
De la même façon, l'OCDE, dans un rapport de juin 2007, se montre favorable à un contrat de travail unique offrant une protection croissant avec l'ancienneté dans l'entreprise.
Enfin, depuis mai 2007, les partenaires sociaux sont invités à négocier sur la forme juridique et le contenu du contrat de travail. Voir le document d'orientation sur la modernisation du marché du travail et la sécurisation des parcours professionnels remis le 18 juin 2007 par le Premier ministre et consultable à l'adresse suivante : http://www.wk-rh.fr/actualites/upload/social_actu492_doc_emploi.pdf.

Pour des commentaires sur le « contrat de travail unique » voir notamment : B. REYNÈS, « Variations sur le contrat de travail unique », *D.* 2005, n°34, chronique, p.2348-2351 ; P. MORVAN, « La chimère du contrat de travail unique, la fluidité et la créativité », *Dr. soc.* novembre 2006, p.959-962 ; X. LAGARDE, « Que penser du « contrat de travail unique » ? Plutôt une bonne idée », *RDT*, janvier 2007, p.8-11 ; A. JEAMMAUD, « Des raisons de douter », *RDT*, janvier 2007, p.12-13 ; B. GAZIER, « Restructurations et reclassements : vers une redéfinition des responsabilités », *Dr. soc.* mars 2007, p.259-267, sp. p. 262 ; F. FAVENNEC-HÉRY, « Une feuille de route chargée pour les partenaires sociaux », *Semaine Sociale Lamy* du 23 juillet 2007, n°1317, p.2-3 ; E. DOCKÈS, « Le juge et les politiques de l'emploi », *Dr. soc.* septembre - octobre 2007, p.911-916.

Voir également l'avis du Conseil économique et social (CES) sur la sécurisation des parcours professionnels du 30 mai 2007 qui considère que la voie du contrat de travail unique n'est pas recommandée : *« elle contient des limites et des risques non négligeables en ce qu'elle serait notamment un frein au*

souhaitent obtenir davantage de souplesse. Elles requièrent que le consensualisme retrouve sa place dans le domaine du contrat à durée limitée, comme cela fonctionnait avant 1979 sous le contrôle des juges. Notamment, les organisations patronales veulent élargir les cas de recours à ce type de contrat mais aussi et surtout en allonger la durée et en faciliter le renouvellement [618]. Une plus grande flexibilité, grâce à davantage de liberté contractuelle, générerait plus d'embauches.

Corrélativement, il n'en reste pas moins que le développement des contrats précaires provoque un éclatement de la communauté de travail et secoue l'égalité de traitement dès lors que nombre d'avantages sociaux et de garanties sont fonction de l'ancienneté dans l'entreprise. Mais aussi et surtout, il met à mal l'ensemble du droit du licenciement qui constitue le pivot sur lequel repose le contrat de travail à durée indéterminée.

---

développement des mobilités choisies en liant davantage les droits à l'ancienneté dans l'entreprise » (p.15). Avis présenté par E. ARNOULT-BRILL et disponible en intégralité sur Internet à l'adresse suivante : http://www.conseil-economique-et-social.fr/ces_dat2/2-3based/base.htm.

[618] Ainsi, la présidente du MEDEF, L. PARISOT, a proposé le 14 septembre 2007, lors des négociations visant à moderniser le marché du travail, *« la mise en place d'un CDI conclu pour la réalisation d'un objet précis »*. Calqué sur les contrats de mission à l'export ou contrats de chantier qui existent dans le bâtiment, ce CDI de projet, d'une **durée maximale de cinq ans**, verrait le motif de rupture, la fin du projet, fixé par avance, sans qu'il soit daté dans le temps.

Conclusion du chapitre

Ce chapitre nous a permis de mettre en relief la place accordée au consensualisme en matière de rupture du contrat de travail. Le droit commun offre aux partenaires la potentialité de se délier de leurs obligations réciproques d'un commun accord. Toutefois, dans les relations de travail, la différence de puissance économique des contractants rend souvent illusoire la négociation. Le plus faible est contraint de se soumettre aux conditions qui lui sont imposées. Conscients de cette déficience, législateur et juge ont cumulativement encadré la rupture du contrat de travail de garde-fous.

223 En premier lieu, la qualification de rupture d'un commun accord n'est retenue que si le protocole intervenu respecte parfaitement les règles du droit civil. Spécifiquement, l'article 1108 du Code civil soumet la validité d'une telle convention à quatre conditions tenant au consentement des parties, à leur capacité à contracter, ainsi qu'à la licéité de l'objet et de la cause. En outre, en présence d'une rupture d'un commun accord liée à un motif économique, il est exigé que l'employeur se soumette aux procédures du livre III du Code du travail prévues pour un licenciement économique. Ainsi, la rupture d'un contrat de travail n'est point totalement consensuelle.

224 Ce sont les mêmes méfiances de la part tant du législateur que du juge envers le consensualisme auxquelles s'ajoute une volonté de lutte contre la précarité qui ont conduit à un encadrement strict de la cessation des relations de travail à durée déterminée. En la matière, si les parties peuvent convenir, dès la conclusion du contrat, du moment où elles se sépareront, il n'en demeure pas moins que le cadre dans lequel s'exerce ce choix est particulièrement restreint.

Ainsi, pour conclure, nous pouvons relever que **le consensualisme trouve bien sa place dans le paysage des qualifications de rupture du contrat de travail mais une place étroite à côté du droit du licenciement qui constitue le pivot sur lequel repose l'ensemble de la construction du droit de la rupture**. Il en va de même des ruptures intervenant en cas d'inexécution du contrat de travail.

CHAPITRE II

La rupture pour inexécution du contrat de travail

La plupart des contrats sont exécutés spontanément et correctement, de sorte qu'ils ne suscitent pas de contentieux. Mais lorsque des différends surgissent entre les parties, pour des raisons d'équité, l'inexécution ou la mauvaise exécution n'est pas traitée pareillement par le droit selon qu'elle est due à une impossibilité ou à une défaillance.

Dans le premier cas, le Code civil parle de force majeure (Section 2) alors que dans le second c'est la résiliation judiciaire qui trouve à s'appliquer (Section 1).

Nous étudierons donc successivement la place accordée à ces modes de rupture civilistes dans les relations de travail.

Section 1 - La rupture du contrat de travail comme sanction de l'inexécution : la résiliation judiciaire

225 Lorsqu'une partie à une convention n'obtient pas satisfaction, elle peut craindre que le contrat ne lui apporte que des déconvenues, même en recourant à l'exécution forcée. Outre que celle-ci prend du temps et retarde d'autant l'exécution, la perspective de devoir renouveler ce recours à la contrainte de façon périodique dans les contrats à exécution successive peut être décourageante. Aussi, le contractant peut-il préférer anéantir ce contrat et repartir sur des bases nouvelles. Tel est l'objet de la résiliation judiciaire prévue par l'article 1184 du Code civil [619]. Le fondement théorique de cette action semble être la notion de cause, le contractant pouvant se délier de son obligation si la contrepartie qui en est la cause n'est pas fournie.

226 Une question terminologique se pose alors : la résolution, visée textuellement par le Code civil, et la résiliation sont-elles des notions identiques ? Toutes deux relatives à l'inexécution des obligations, les auteurs s'accordent pour reconnaître que ces notions diffèrent par leurs effets dans le temps.
La résolution désigne un anéantissement total du contrat synallagmatique, y compris dans les effets qu'il a déjà pu produire : il agit donc avec rétroactivité. Pour les contrats à exécution successive, l'anéantissement du contrat intervient pour l'avenir laissant ainsi subsister les périodes déjà écoulées : il est alors question de résiliation judiciaire [620].

---

[619] Article 1184 du Code civil :
« La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement.
Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.
La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».

[620] Voir notamment A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Domat, Montchrestien, 10ème édition, 2005, p.268.
Distinction entérinée par la jurisprudence : ◆ Cass. civ. 3ème, 26 mai 1983, *JCP*, 1983, IV, 230 (à propos d'un

Aussi, dans les développements qui vont suivre, conserverons-nous la terminologie de « résiliation judiciaire » puisque le contrat de travail, auquel nous nous intéressons singulièrement, doit être rangé dans la catégorie des contrats synallagmatiques à exécution successive.

Plus précisément, la question qui mérite ici d'être posée est de savoir comment la résiliation judiciaire a investi le champ des relations de travail et de quelle manière le droit du travail a réagi face à la pénétration de cette technique civiliste dans son domaine d'application. En effet, la rencontre entre la résiliation judiciaire et les modes de ruptures réglementés par le Code du travail ne s'est pas faite sans heurts.

Historiquement, la rencontre a d'abord lieu à propos des salariés protégés. Les employeurs utilisent effectivement la résiliation judiciaire afin de contourner le droit du licenciement. Ceci conduit la jurisprudence à prohiber ce mode de rupture civiliste à leur encontre (§1).
La Cour de cassation n'en continue pas moins, pendant longtemps, à tenir pour licite l'utilisation de la résiliation judiciaire comme procédé de rupture du contrat de travail des salariés dépourvus de tels mandats, et ce, qu'ils soient titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée. Mais, progressivement, la jurisprudence réduit la possibilité d'avoir recours à la résiliation judiciaire en développant des conditions de recevabilité de plus en plus strictes. L'aboutissement de cette construction se traduit, comme pour les salariés protégés, par une condamnation générale de ce mode de rupture lorsqu'il est utilisé par l'employeur (§2).

§ 1 - La résiliation judiciaire du contrat de travail des salariés protégés

Pendant plus de vingt ans, la résiliation judiciaire, issue de l'article 1184 du Code civil permet de tenir en échec le régime spécial du licenciement des représentants du personnel. En effet, elle est utilisée lorsque l'inspecteur du travail refuse à l'employeur l'autorisation de licencier, indispensable à ce dernier pour qu'il puisse rompre le contrat de travail d'un salarié

bail).

◆ Cass. civ. 1ère, 1er octobre 1996, *Bull. civ.*, I, n°332.

protégé. En ce cas, nombreux sont les employeurs qui n'hésitent pas à se tourner vers le juge judiciaire afin d'obtenir la résiliation du contrat de travail du représentant du personnel concerné. Elle constitue ainsi une application, souvent qualifiée de « malheureuse », de la résiliation judiciaire (A).

Ce sont les arrêts « Perrier » rendus par la Chambre mixte de la Cour de cassation le 21 juin 1974 [621] qui mettent fin à cette situation en excluant du champ de la résiliation judiciaire la rupture des contrats de travail des salariés protégés lorsque la demande émane de l'employeur (B).

Par la suite, la jurisprudence a maintenu et renforcé sa position concernant la demande formulée par l'employeur mais a concédé de rouvrir ce mode de rupture lorsque l'initiative provient du salarié protégé lui-même (C).

A - La jurisprudence antérieure aux arrêts « Perrier »

227 L'ordonnance du 22 février 1945 qui institue le comité d'entreprise et la loi du 16 avril 1946 qui rend obligatoire les délégués du personnel prévoient une protection spécifique de ces salariés contre le licenciement [622]. Ainsi, l'employeur ne peut prendre l'initiative du licenciement d'un salarié protégé sans préalablement soumettre cette intention au comité d'entreprise ou à l'accord de l'inspecteur du travail. Dès lors, la rupture du contrat de travail de ces salariés est rendue plus difficile pour les employeurs.

P. DURAND [623] se saisit de la question qu'il juge délicate et importante. En ce domaine, plus que dans d'autres encore, il pense qu'il faut faire régner *« l'équilibre*

---

[621] Cass. Chambre mixte, 21 juin 1974, *D.* 1974, p.593, conclusions A. TOUFFAIT ; *Dr. soc.* 1974, p.454.

[622] En effet, J. CAYEUX, membre de l'Assemblée nationale constituante, note avec d'autres que *« l'on a pu constater dans le passé que les délégués sont exposés, plus que leurs camarades, aux coups d'une certaine vindicte patronale »* et que *« il peut arriver qu'on cherche à se débarrasser du délégué, souvent sous prétexte de fautes bénignes, pour éliminer quelqu'un considéré à tort comme un trublion. C'est ce que les auteurs du texte ont voulu éviter en prenant la mesure examinée »* : Ass. nat., 1ère séance 9 avril 1946, *J.O.*, p.1811.

[623] P. DURAND, « Les problèmes posés par la protection des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1950, p.401 et s.

nécessaire entre la protection des délégués et la soumission aux règles générales de conduite sociale ». Or, *« toute immunité personnelle engendre l'anarchie »*. Selon lui, la protection des délégués du personnel doit donc comporter de nécessaires limites. Il en conclut que, s'il n'y a pas, en l'occurrence, d'intervention des tribunaux judiciaires, *« l'employeur se trouvera victime d'un véritable déni de justice »*. C'est la raison pour laquelle P. DURAND montre la voie de la résiliation judiciaire aux employeurs : *« Le statut des représentants du personnel paralyse [...] le jeu de l'article 23 livre 1er du Code du travail relatif au droit de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée. Il laisse subsister intact l'article 1184 du Code civil qui concerne la résiliation judiciaire de tous les contrats à durée déterminée ou indéterminée »*. Pour cet auteur, la résiliation judiciaire apparaît ainsi comme un moyen de réintroduire un contrôle juridictionnel indispensable dans la mesure où les fonctionnaires que sont les inspecteurs du travail ne possèdent *« ni la formation, ni le statut, ni la liberté de décision des juges »*. Il s'agit donc de *« permettre un contrôle des tribunaux judiciaires, tout en insérant cette solution dans un système légal impératif »*. De cette manière, la résiliation judiciaire est présentée comme un correctif aux règles légales [624].

228 La Cour de cassation ne tarde pas à consacrer la solution préconisée par P. DURAND. Dans l'arrêt *Nicolas c/ Michelin* rendu le 21 février 1952 [625], elle approuve les juges du fond d'avoir accueilli l'action en résiliation judiciaire intentée par l'employeur à l'encontre d'un délégué du personnel qui, à l'occasion d'un débrayage qu'il avait organisé, s'était rendu coupable d'une faute grave.

La Cour de cassation considère que les dispositions spéciales régissant le licenciement des délégués du personnel *« constituent des mesures de protection destinées à éviter les congédiements dont l'intéressé pourrait être l'objet, à raison même des fonctions qu'il exerce, par l'effet de la seule volonté de celui qui l'emploie »*. Il en résulte qu' *« indépendamment de*

---

[624] Cette idée était déjà émise en 1946 par J. CAYEUX qui, jugeant la loi du 16 avril 1946, affirmait que ce texte, s'il constitue un effort dans le sens de la protection du délégué, n'est pas pleinement satisfaisant parce que les décisions des inspecteurs du travail pourront varier suivant les établissements et suivant les régions et aussi parce que l'inspecteur du travail, quelles que soient généralement ses éminentes qualités, n'est pas un juge mais un représentant de l'administration. Aussi, l'absence d'une intervention juridictionnelle fausse irrémédiablement toute cette procédure : Ass. nat., 1ère séance du 9 avril 1946.

[625] Cass. soc., 12 février 1952 (5 arrêts), *Bull. civ.*, IV, n°151 ; *D.* 1952, p.290 ; *Dr. soc.* 1952, p.259 ; *JCP* 1952, G, II, n°6826, note G. B.

la faculté de résiliation unilatérale inscrite dans l'article 23 livre 1er du Code du travail, les parties conservent le droit de s'adresser au juge pour lui demander de prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail qui les lie, et ce, par application de l'article 1184 du Code civil, en vertu duquel la condition résolutoire est toujours sous-entendue, dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements ».

En d'autres termes, la résiliation judiciaire et le licenciement ont un objet différent : la première est fondée sur une faute et repose sur le caractère synallagmatique du contrat de travail ; le second est issu de la volonté unilatérale de l'un des cocontractants.

Il appartient donc au Conseil de prud'hommes, saisi sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, de *« décider si les griefs invoqués par la partie qui invoque un manquement aux obligations contractuelles sont susceptibles de motiver la résolution judiciaire du contrat de travail, encore bien que l'autre partie possède la qualité de délégué du personnel »*.

229 La porte de la résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié protégé est ainsi entrouverte. Progressivement, elle devient béante.

En effet, dans l'affaire *Nicolas c/ Michelin*, l'employeur se heurte au refus de l'inspecteur du travail et le recours à la résiliation judiciaire vise en quelque sorte à soumettre la décision de l'autorité administrative au contrôle du juge. L'exercice de la résiliation judiciaire est donc cantonné à la période postérieure au refus de l'inspecteur du travail.

Tel n'est plus le cas lorsque la Cour de cassation reconnaît, par un arrêt du 20 février 1958, la possibilité à un employeur de saisir directement le juge prud'homal sans l'obliger à respecter préalablement la procédure administrative [626]. Une double voie est ainsi offerte à l'employeur qui bénéficie d'une option entre la voie administrative et la voie judiciaire.

230 La voie judiciaire devient même pratique courante dans la mesure où la Cour de cassation étend la solution retenue par l'arrêt *Nicolas c/ Michelin*. En effet, la formulation retenue en 1952 laisse penser que l'action de l'employeur ne peut être justifiée qu'en présence de fautes commises par le salarié dans l'exécution de son contrat de travail, et non à l'occasion de son mandat.

[626] Cass. soc., 20 février 1958, *D.* 1958, p.421, note A. ROUAST : La Cour de cassation autorise l'employeur à licencier le salarié et à demander la résiliation judiciaire par voie reconventionnelle, en défense de l'action principale du salarié réclamant des dommages et intérêts pour rupture abusive ou l'annulation de son licenciement.

Ce n'est pas cette conception restrictive qui est consacrée par la Cour de cassation : la résiliation judiciaire est admise en présence de fautes commises par le salarié protégé dans l'exercice de sa mission [627], voire en dehors de toute faute de sa part, c'est à dire en présence d'un motif économique [628].

La Chambre sociale interprète ainsi généreusement l'article 1184 du Code civil, lequel prévoit la résiliation *« pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement »*.

231 Cette compréhension suscite alors la critique de la part de nombreux auteurs [629]. Parmi eux, citons particulièrement H. SINAY [630] qui fustige cette interprétation en basant son raisonnement sur le caractère synallagmatique des contrats. Selon elle, l'article 1184 du Code civil *« suppose une absolue réciprocité de situations juridiques de la part des différents contractants »*. Il doit donc être tenu inapplicable s'agissant des représentants du personnel, car, précisément, cette réciprocité est brisée par l'existence de formalités protectrices privant l'employeur de sa faculté de résiliation unilatérale. Or, il est toujours loisible au salarié

---

[627] Cass. soc., 2 mars 1960, *Bull. civ.*, IV, n°233.
Confirmation : Cass. soc., 2 février 1972, *Bull. civ.*, V, n°87.

[628] Cass. soc., 13 octobre 1971, *D.* 1972, 376, note Y. SAINT-JOURS ; *JCP*, 1972, II, 17 106, note H. GROUTEL. En l'espèce, la résiliation judiciaire est admise pour refus, par le représentant du personnel, d'une mutation prévue contractuellement. Mais la motivation de l'arrêt fait autant référence à la nécessité économique de la mutation refusée qu'à la faute contractuelle
Voir également : Cass. soc., 13 octobre 1971, *JCP*, 1972, II, 17 080, note G. POULAIN. En l'espèce, la résiliation judiciaire est admise pour un événement de « force majeure » constitué par une suppression d'emploi décidée en raison de déficits d'exploitation.
Ce faisant, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence puisqu'elle avait précisé auparavant, par un arrêt du 24 janvier 1957 (*JCP* 1957, II, 9886, note G. B.) que les juges ne pouvaient accorder la résiliation judiciaire lorsque celle-ci était demandée pour des motifs étrangers au comportement du salarié.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 11 octobre 1972, *Dr. ouvrier* 1973, p.420, note M. BOITEL.

[629] Voir par exemple : ◆ M. VERDIER, « Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques (à propos des arrêts Fleurance et Robert) », *JCP*, 1971, I, 2422.
◆ G.-H. CAMERLYNCK, « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », *JCP*, 1958, I, 1435.
◆ G. POULAIN, note sous Cass. soc., 13 octobre 1971, *JCP*, 1972, II, 17 080.

[630] H. SINAY, « La résiliation judiciaire du contrat de travail face à la réintégration de délégués irrégulièrement licenciés – Ambiguïtés et équivoques », *D.* 1971, chronique XL, p. 263-266.

d'exercer son droit de résiliation unilatérale en démissionnant.
Par voie de conséquence, selon H. SINAY, *« toute rupture de réciprocité doit se traduire par l'élimination de l'article 1184 »*. Article qui constitue d'ailleurs, pour l'auteur, *« un véritable « corps étranger » au sein d'un système tout entier orienté vers la protection du mandat représentatif »* [631].
En outre, toujours selon le Professeur SINAY, l'action par l'employeur en résiliation judiciaire du contrat de travail de représentants du personnel constitue une fraude. En effet, les trois éléments constitutifs seraient réunis, à savoir : une règle obligatoire éludée, l'intention frauduleuse et un moyen juridiquement efficace. L'action doit donc logiquement être déclarée irrecevable puisque la fraude a pour effet sa propre inefficacité [632].

D'autres auteurs, également adversaires de la résiliation judiciaire, tentent, quant à eux, de démontrer que la jurisprudence de la Cour de cassation ne respecte ni la lettre ni l'esprit de la loi de 1946. Selon eux, le législateur, en n'énonçant pas la résiliation judiciaire parmi les causes pouvant mettre fin au contrat, a implicitement condamné ce mode de rupture du contrat de travail, et en particulier des délégués du personnel [633]. En conséquence, il faut rejeter purement et simplement l'application de l'article 1184 du Code civil en matière de rupture du contrat de travail des salariés protégés.

Quelle que soit la portée de ces différents arguments, il apparaît évident qu'en instituant une procédure de licenciement spécifique pour les salariés protégés, le législateur a cherché à empêcher qu'un représentant du personnel ne voit son contrat de travail rompu en raison de ses fonctions. Or, selon H. SINAY, la dualité des contrôles administratif et judiciaire aboutit à neutraliser cet objectif. En effet, l'inspecteur du travail tente de déceler, au-delà de l'existence d'une faute, les véritables raisons du comportement du représentant du

---

[631] H. SINAY, « La résiliation judiciaire du contrat de travail face à la réintégration de délégués irrégulièrement licenciés – Ambiguïtés et équivoques », *D.* 1971, chronique XL, p. 266.

[632] H. SINAY, note sous CA Nîmes, 10 novembre 1971, *D.* 1972, jurisprudence, p.315.

[633] ◆ L. ISSELE, « La résiliation judiciaire du contrat de travail des délégués du personnel », *Gaz. Pal.* 1957, 2, doctrine, p.15.

◆ M. BOITEL, « La résolution judiciaire du contrat de travail des représentants du personnel, jurisprudence sans base légale ; extension aux cas de « nécessités économiques » et même de force majeure », *Dr. ouvrier*, 1973, p.411.

personnel (les tensions dans l'entreprise ; les résistances opposées) et de la sanction qui s'en est suivie. L'inspecteur du travail procède à une réflexion globale. Au contraire, le juge judiciaire, quant à lui, ne prend pas en considération la qualité de représentant du personnel et s'en tient à la simple constatation de la faute du salarié [634].

Des théoriciens du droit proposent alors des remèdes moins extrêmes que le rejet de l'article 1184 du Code civil : ils prônent d'aménager la technique de la résiliation judiciaire en matière de rupture du contrat de travail d'un représentant du personnel. Et ce, de plusieurs manières.

Soit, tout d'abord, en présumant l'illicéité du licenciement envisagé chaque fois que l'inspecteur du travail a déjà refusé l'autorisation de licencier [635]. Soit, encore, en tenant pour irrévocable l'option entre la voie judiciaire et la voie administrative [636]. Soit, enfin, en distinguant clairement la faute commise dans l'exécution du contrat de travail et celle commise dans l'exercice de la mission de représentant du personnel [637].

Le problème de ces propositions doctrinales est alors, leur difficile mise en œuvre.

232 Par ailleurs, ces solutions ne sont pas davantage en cohésion avec la jurisprudence de la Chambre criminelle. En effet, comme le souligne très justement J. MOULY [638], la

---

[634] H. SINAY, « La résiliation judiciaire du contrat de travail face à la réintégration de délégués irrégulièrement licenciés – Ambiguïtés et équivoques », *D.* 1971, chronique XL, p. 265 : *« Le juge est beaucoup plus loin de l'entreprise que l'inspecteur du travail. Il n'a pas ses possibilités d'approche, d'entrée effective dans l'entreprise. D'autre part, il juge avec recul, sinon avec retard. Il juge toutes passions apaisées. […] Dans une situation ainsi saisie à froid, le comportement du représentant apparaît faussement irritant voire alarmant car il est détaché de son contexte. Comment juger sainement lorsque les braises sont devenues cendres ? »*

[635] G. POULAIN, note sous Cass. soc., 13 octobre 1971, *JCP*, 1972, II, 17 080.

[636] H. GROUTEL, note sous Cass. soc., 13 octobre 1971, *JCP*, 1972, II, 17 506.

[637] J. SAVATIER fait valoir que, pendant la majeure partie du temps, le représentant du personnel demeure un salarié comme les autres, qu'il n'y a pas de substitution du statut au contrat mais des relations juridiques se développant sur deux plans différents. Ainsi, *« l'intervention d'une autorité administrative dans un rapport de droit privé ne saurait faire échapper ce rapport aux règles qui le gouvernent (celles du droit des contrats) et au juge compétent pour en connaître (le conseil de prud'hommes) »* : note sous Cass. soc., 6 janvier 1972, *JCP*, 1972, II, 17 148.

[638] J. MOULY, *La fraude à la loi en droit du travail. Contribution à la théorie générale de la fraude*, Thèse, Université de Limoges, 1979, p.309-311.

jurisprudence de la Chambre sociale et de la Chambre criminelle sont antithétiques. La Chambre criminelle considère que *« si le licenciement est refusé, ce même ouvrier recouvre de droit le plein exercice de ses fonctions de délégué, sans qu'aucune opposition y puisse être faite, alors même que l'employeur aurait cru pouvoir saisir la juridiction prud'homale »* [639].

C'est pour mettre fin à cette contradiction que la Chambre mixte de la Cour de cassation est saisie. Elle désapprouve alors clairement la jurisprudence de la Chambre sociale et se prononce en faveur d'une conception restrictive de la résiliation judiciaire lorsqu'elle est exercée à l'encontre de salariés protégés.

B - Le tournant des arrêts « Perrier »

233 Par les arrêts *Perrier*, rendus le 21 juin 1974 [640], la Chambre mixte de la Cour de cassation prononce une condamnation générale et absolue de la résiliation judiciaire du contrat de travail des représentants du personnel demandée par l'employeur. Ce faisant, ils mettent un coup d'arrêt à une jurisprudence qui s'impose depuis plus de vingt ans.

L'espèce mérite que nous nous y arrêtions.
Aux usines Perrier, à Vergèze, une grève avec occupation des lieux éclate. L'employeur ne saisit ni le comité d'entreprise, ni l'inspecteur du travail d'une demande de licenciement des salariés protégés mais s'adresse directement à la juridiction compétente pour obtenir la résiliation judiciaire de leur contrat de travail. Dix actions sont intentées. Les syndicats ripostent en invoquant, devant le tribunal correctionnel, que le seul fait de mettre en jeu l'action en résiliation judiciaire contre des représentants du personnel est constitutif du délit d'entrave.
Le tribunal correctionnel relaxe le président directeur général de la société des eaux de Perrier, en qualifiant la plainte portée contre lui d'« extravagance judiciaire ». La Cour d'appel de Nîmes confirme, en des termes un peu plus modérés ce jugement.

---

[639] Par exemple : ◆ Cass. crim., 24 mars 1955, *Bull. crim.*, n°178 ; *D.* 1955, p.501, conclusions PATIN ; *JCP*, 1956, II, 9443, note J. BRETHE DE LA GRESSAYE.

◆ Cass. crim., 9 février 1971, *Bull. crim.*, n°45.

[640] Cass. Chambre mixte, 21 juin 1974, *Bull. ch. mixte*, n°3 ; *Dr. soc.* 1974, p.454 ; *D.* 1974, p.593, conclusions A. TOUFFAIT ; *JCP*, 1974, II, 17 801, conclusions A. TOUFFAIT.

Bien qu'un pourvoi ait été formé devant la Chambre criminelle contre la décision de relaxe, la procédure prud'homale de résiliation judiciaire reprend son cours. Le tribunal d'instance de Nîmes déclare bien fondées les actions de l'employeur et prononce effectivement la résiliation du contrat de travail de certains représentants du personnel. Sur appel, la Cour de Nîmes, tout en admettant la possibilité pour l'employeur de recourir à l'article 1184, décide le sursis à statuer tant que les procédures d'ordre public prévues pour le licenciement des représentants du personnel ne sont pas observées. Elle assortit sa décision d'un délai d'un mois imparti à l'employeur pour saisir les organismes compétents. Cet arrêt est cassé par la Chambre mixte pour contradiction de motifs (discordance entre le sursis à statuer et d'autre part l'admission de principe de la résiliation judiciaire).

Mais la Chambre mixte ne s'arrête pas là et, élargissant le moyen, examine le principe même de l'action en résiliation judiciaire, c'est à dire le problème de sa recevabilité ou de son irrecevabilité. Selon elle, le recours à l'article 1184 du Code civil est interdit en matière de rupture du contrat de travail d'un salarié protégé même si les formalités légales ont été respectées. Le principe est ainsi clairement énoncé : ***« les dispositions législatives, soumettant à l'assentiment préalable du comité d'entreprise ou à la décision conforme de l'inspecteur du travail le licenciement des salariés légalement investis de fonctions représentatives, ont institué, au profit de tels salariés et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit par suite à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail »***.

Sur le plan pénal, la Chambre mixte casse l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes (lequel rappelons-le avait prononcé la relaxe du PDG de la société Perrier) en considérant que le seul fait d'intenter une action en résiliation judiciaire avant de s'être adressé aux autorités compétentes était constitutif du délit d'entrave. Ainsi, le seul fait de se diriger vers les tribunaux judiciaires constitue, en soi, une infraction pénale.

234 La solution retenue repose, en premier lieu, sur le caractère « exorbitant du droit commun » des textes protecteurs et sur la nécessité de prévenir l'éviction de la procédure spéciale de licenciement.

Dans ses conclusions, Monsieur le Procureur Général TOUFFAIT justifie cette solution par une interprétation exégétique des textes. Pour lui, lorsque le législateur de 1946 a posé le principe que tout licenciement envisagé par l'employeur d'un salarié protégé doit être obligatoirement soumis à l'assentiment du comité d'entreprise et, à défaut, requérir l'autorisation de l'inspecteur du travail, le terme « licenciement » englobe, sans aucun doute, toute action qui aboutit à l'exclusion du travailleur protégé de l'entreprise. Ainsi, sont

concernés tous les modes de rupture du contrat de travail, qu'ils s'appellent par la suite congédiement, résolution judiciaire ou résiliation judiciaire [641]. Dès lors, il n'est pas possible de « court-circuiter » la protection par le recours à l'article 1184 du Code civil.

235 La solution de la Chambre mixte s'appuie également sur la volonté de créer un « bloc de compétence » au profit du juge administratif sur la question de l'appréciation de la légitimité du licenciement.
Il suffit de nous référer aux conclusions du Procureur Général pour nous en convaincre : *« si l'on veut sortir de cet imbroglio juridique dans lequel on se trouve et qui fait intervenir concurremment un double contentieux au choix de l'employeur, l'un administratif et l'autre judiciaire […] il faut […] recourir exclusivement à la procédure spéciale d'ordre public de protection, l'inspecteur du travail décidant souverainement et définitivement du licenciement éventuel du personnel protégé »* [642]. Ce faisant, la mission de l'inspecteur du travail en est considérablement rehaussée.

236 Les arrêts *Perrier* de 1974 consacrent ainsi dans le domaine de protection des représentants du personnel une argumentation développée par une grande partie de la doctrine qui estimait qu'il était grand temps que l'on passe *« du contrat au statut »* [643] et que *« la qualité de représentant du personnel (devait) absorber celle de salarié »* [644].

En réalité, comme le souligne C. RADÉ, la portée des arrêts *Perrier* dépasse largement le simple cadre du statut protecteur des représentants du personnel *« en introduisant l'idée que le licenciement procède, en tant que tel, d'une logique statutaire ; il n'apparaît alors plus comme un mode particulier de rupture du contrat de travail mais*

---

[641] A. TOUFFAIT, conclusions sous Cass. Chambre mixte, 21 juin 1974, *JCP*, 1974, II, 17 801.

[642] A. TOUFFAIT, conclusions sous Cass. Chambre mixte, 21 juin 1974, *JCP*, 1974, II, 17 801.

[643] M. VERDIER, *JCP*, C. I., 1971, II, 10 270.

[644] J. PÉLISSIER, *D.* 1970, p.238.
En sens contraire : R. LATOURNERIE, « L'interprétation des textes assurant la protection des représentants du personnel dans les entreprises (Sur l'arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 21 juin 1974) », *D.* 1975, chronique XIX, p.110 : *« Nous nous refusons à suivre certains juristes qui prétendent élever une cloison d'acier entre le statut des représentants et l'étage contractuel général »*.

comme LE dispositif assurant un traitement particulier aux salariés à l'occasion de la rupture de leur contrat, quelle qu'en soit la cause » [645].

237 Interprétation d'ailleurs solennellement confirmée par l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28 janvier 1983 [646] : *« La protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun dont bénéficie le délégué syndical exclut que soit poursuivie par la voie judiciaire la résiliation de son contrat de travail ».*

238 Si l'employeur s'engage tout de même dans la voie de la résiliation judiciaire, la rupture sera **requalifiée**, par le juge, à titre de **sanction** de l'employeur en **« licenciement »**. Licenciement qui, prononcé en violation du statut protecteur ouvre droit pour le salarié à réintégration et indemnisation [647]. Cette solution de la « requalification – sanction » présente le mérite de la simplicité puisque l'employeur est averti de l'irrecevabilité de son action et de la sanction qu'il encourt automatiquement s'il s'y engage malgré tout.

La tentative d'une action en résiliation judiciaire de la part de l'employeur est donc vouée à l'échec. Il convient, à présent, d'examiner l'œuvre prétorienne lorsque la même

---

[645] C. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 282, 1997, n°192, p. 121.

[646] Cass. ass. plén., 28 janv. 1983, n° 80-93.511, *Bull. civ.*, V, n°1 ; P. COUVRAT et M. MASSE, « L'exercice punissable d'une action en justice. À propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 28 janvier 1983 », *Dr. soc.* 1984, p.511-520.
Dans le même sens : Cass. soc., 11 décembre 2001, n° 99-42.586, *Semaine Sociale Lamy*, n°1056 du 24 décembre 2001, p.14 : C'est à tort qu'une Cour d'appel prononce, à la demande de l'employeur, la résiliation judiciaire du contrat d'un salarié protégé, qui, après avoir été licencié sans autorisation de l'inspecteur du travail, n'avait pas repris le poste proposé au titre de la réintégration. En effet, le statut conféré aux salariés protégés interdit à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail.

[647] Cass. soc., 11 décembre 2001, n°99-42.586, *RJS* 2/02, n°198 : *« Les dispositions législatives relatives au licenciement des salariés investis de fonctions représentatives ont institué au profit de tels salariés et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit par suite à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail.* ***Le salarié ayant été licencié en violation du statut protecteur****, il devait retrouver le poste qu'il occupait avant son licenciement dès lors que l'employeur ne justifiait, ni même alléguait que ce poste avait été supprimé ».*

démarche est entreprise cette fois par le salarié protégé lui-même en cas de manquement de l'employeur à ses obligations.

C - L'application des arrêts Perrier à l'action en résiliation judiciaire exercée par le salarié protégé

239 Si l'employeur ne peut, sauf à se rendre coupable du délit d'entrave, demander la résiliation judiciaire du contrat de travail du salarié protégé, rien ne semble *a priori* interdire à ce salarié de s'adresser lui-même au juge pour qu'il prononce la résiliation de son contrat.

Ainsi, la Cour de cassation juge, dans un arrêt du 9 décembre 1985, qu'un salarié protégé, quelles que soient les mesures de protection dont il bénéficie, est en droit, comme tout salarié de demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur [648]. Solution qui est confirmée en 1993 [649].

240 En 1996, la Cour de cassation fait volte-face. Dans un arrêt en date du 18 juin [650], elle estime que la résiliation judiciaire à l'initiative du salarié protégé doit, comme celle à l'initiative de l'employeur, être rejetée. Le principe posé revêt alors un caractère absolu : *« Le contrat de travail d'un représentant du personnel ne peut faire l'objet d'une résiliation judiciaire »*.
Cette solution constitue une extension des arrêts *Perrier* qui avaient pour objectif, entre autres, d'éviter le concours d'un contentieux administratif et d'un contentieux judiciaire. Or, comme le souligne J. MOULY, *« pour statuer sur une action en résiliation judiciaire, même à la demande du salarié, le juge est nécessairement amené à se prononcer sur la légitimité de cette rupture »* [651].
Cette solution est également motivée par le caractère d'ordre public de la protection dont

---

[648] Cass. soc., 9 décembre 1985, n°83-41.847. En l'espèce, le salarié est toutefois débouté de sa demande en résiliation judiciaire faute d'avoir prouvé des manquements suffisants de la part de l'employeur.

[649] Cass. soc., 23 juin 1993, n°90-44.383.

[650] Cass. soc., 18 juin 1996, n°94-44.653, *Bull. civ.*, V, n°248 ; *Dr. soc.* 1996, p.979, obs. H. BLAISE ; *RJS* 8-9/96, n°944.

[651] J. MOULY, note sous CA Limoges, 8 janvier 1997, *D.* 1998, p.185.

bénéficient les salariés protégés. Le statut protecteur dont ils bénéficient a été institué non dans leur seul intérêt mais dans celui de l'ensemble de la collectivité des salariés, ils ne peuvent donc en disposer.

Quoi qu'il en soit, l'interdiction prétorienne du recours à la résiliation judiciaire vaut aussi bien pour le représentant du personnel engagé à durée indéterminée que pour celui qui est titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée [652].

241 Un auteur s'interroge alors sur le point de savoir si une telle solution ne porte pas gravement atteinte aux intérêts des salariés protégés [653].

Certains juges du fond, quant à eux, opposent une certaine résistance à la solution dégagée par la Cour de cassation [654]. En effet, il apparaît que dans certains cas, la fermeture de la résiliation judiciaire aux salariés protégés joue à leur égard comme une sanction.

C'est d'ailleurs ce que fait remarquer, en 2001, un salarié dans son pourvoi : les dispositions exorbitantes du droit commun applicables aux représentants du personnel et syndicaux sont destinées à protéger ces salariés et ne sauraient, en conséquence, jouer à leur

---

[652] Cela n'a pas été sans poser quelques difficultés puisque la jurisprudence *Perrier* rendait impossible la rupture avant le terme stipulé, l'employeur ne pouvant plus résilier le contrat de travail de sa seule volonté et n'ayant plus la possibilité de s'adresser au juge pour en demander la résiliation : Voir R. JAMBU-MERLIN, *JCP*, 1977, II, 18 520.
Ces difficultés ont été levées par la loi du 28 octobre 1982 qui admet la rupture anticipée de ces contrats sous contrôle préalable de l'administration. En effet, les articles L. 425-2 et L. 436-2 du Code du travail, auxquels renvoient les articles L. 236-11 et L. 412-18, précisent que les dispositions relatives à la protection statutaire des représentants du personnel sont applicables lorsque *« l'employeur envisage de rompre le contrat avant l'échéance du terme en raison d'une faute grave du salarié, ou n'envisage pas de renouveler le contrat qui comporte une clause de report du terme »*.

[653] H. BLAISE, observations sous Cass. soc., 18 juin 1996, *Dr. soc.* 1996, p.980.

[654] Voir, par exemple : CA Limoges, 26 novembre 2002, *Dr. soc.*, juin 2003, p.671, note J. MOULY : *« Si, aux termes de l'article L. 436-1 du Code du travail, le licenciement d'un membre du comité d'entreprise ne peut intervenir qu'après avoir été soumis pour avis au comité d'entreprise et autorisé par l'inspecteur du travail, cette règle, qui est pénalement sanctionnée, est d'interprétation stricte et ne saurait avoir pour effet de limiter le droit dont dispose ce représentant du personnel, comme tout salarié, de demander en justice la résiliation du contrat dès lors que celui-ci ne peut plus être poursuivi en raison d'un manquement persistant de l'employeur à ses obligations »*.

détriment. Une fois encore, la Cour de cassation ne se laisse pas fléchir et maintient sa jurisprudence instaurée en 1996 [655].

Plus encore, la prohibition faite aux salariés protégés de recourir à la résiliation judiciaire pour mettre fin à leur contrat de travail pouvant être contournée par ces derniers grâce à une prise d'acte de la rupture (permettant, elle aussi, au juge judiciaire de connaître de la cessation des relations contractuelles), la Cour de cassation condamne également ce mode de rupture, pour cette catégorie de salariés, par un arrêt du 4 avril 2001 [656]. Elle rappelle en particulier l'interdiction de la résiliation judiciaire à la demande du salarié protégé et assimile à celle-ci la prise d'acte de la rupture aux torts de l'employeur en constatant *« qu'elle équivalait à une demande de résolution judiciaire »* du contrat de travail.
Le système mis en place par la Cour de cassation semble ainsi bien verrouillé.

242 Pourtant, en 2003, la Chambre sociale de la Cour de cassation apporte un tempérament à cet édifice jurisprudentiel qui repose depuis près de trente ans sur le socle des arrêts *Perrier*. Elle accepte, en effet, par un arrêt du 21 janvier 2003 qu'un salarié protégé puisse prendre acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur [657].

La Chambre criminelle de la Cour de cassation admet, elle aussi, dans certaines circonstances, qu'un salarié protégé prenne acte de la rupture de son contrat de travail et obtienne une condamnation de l'entreprise pour délit d'entrave.
Tel est le cas, notamment dans une espèce où un directeur administratif et financier, qui se voit retirer, suite à son élection au comité d'entreprise, l'essentiel de ses attributions, prend acte de la rupture de son contrat de travail en même temps qu'il intente une action en justice

---

[655] Cass. soc., 31 janvier 2001, n°98-41.260.

[656] Cass. soc., 4 avril 2001, n°99-44.095, *Semaine sociale Lamy* du 10 septembre 2001, n°1041, p.11, obs. C. GOASGUEN.

[657] Cass. soc, 21 janvier 2003, n° 00-44.502, *Bull. civ.*, V, n°13 ; *Dr. soc.* 2003, p.449, obs. J. MOULY ; *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 18 mars 2003, n°807 ; *RJS* 3/03, n°367 ; F. CHAMPEAUX, « Salariés protégés – Prise d'acte de la rupture – Nullité du licenciement intervenu en violation du statut protecteur », *Semaine Sociale Lamy* du 3 février 2003, n°1108, p.12-13 ; *TPS*, mars 2003, n°114, p.25.
Au visa de l'article L. 425-1 du Code du travail, la Cour de cassation énonce que *« la rupture du contrat de travail s'analysait en un licenciement du fait de l'inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles »*.

pour délit d'entrave. La Chambre criminelle, dans un arrêt du 28 janvier 2003 [658], considère que le comportement de l'employeur équivaut à un licenciement intervenu en méconnaissance des dispositions protectrices de l'article L. 436-1 du Code du travail.
Ainsi, lorsque l'employeur ne respecte pas ses obligations à l'égard d'un salarié protégé, celui-ci peut donc obtenir, hors de toute démission, une condamnation pénale de l'entreprise, justifiée par une rupture du contrat de travail en violation du statut protecteur.

243 Poursuivant la logique initiée en 2003 à propos de la prise d'acte de la rupture, la Chambre sociale de la Cour de cassation opère un total revirement de jurisprudence en matière de résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié protégé.
En l'espèce, un salarié, délégué syndical puis membre du comité d'entreprise est victime d'une maladie professionnelle. Il est déclaré inapte à son emploi par le médecin du travail, mais subit la mauvaise volonté de son employeur, lequel s'obstine à ne pas le reclasser sur un poste compatible avec son nouvel état physique. Le salarié se résout alors à la rupture et demande au juge de prononcer la résiliation du contrat de travail en invoquant le défaut de reclassement mais également un harcèlement et un déroulement de carrière discriminatoire. Il trouve grâce auprès de la Cour d'appel de Limoges. Elle considère, en effet, que les dispositions protégeant les représentants du personnel ou syndicaux étant des dispositions exceptionnelles du droit commun, elles doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. En conséquence, nonobstant l'absence de toute autorisation administrative préalable, elle prononce la résiliation judiciaire du contrat de travail.
La Cour de cassation ne reprend pas cette motivation mais décide, par son arrêt du 16 mars 2005 [659], de rouvrir l'action en résiliation judiciaire de leur contrat de travail au profit des seuls salariés protégés. Et ce, sous la forme d'un énoncé de principe : *« Si la procédure de licenciement du salarié représentant du personnel est d'ordre public,* ***ce salarié ne peut être***

---

[658] Cass. crim., 28 janvier 2003, n°02-80.119, *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 18 mars 2003, n°807, p.7.

[659] Cass. soc., 16 mars 2005, n° 03-40.251, *D.* 2005, n°24, jurisprudence, p.1613, note J. MOULY ; *JCP*, E, n°24 du 16 juin 2005, p.1035, note D. BOULMIER ; *JCP*, G, n°38 du 21 septembre 2005, II, 10 125, p.1701, note M. MINÉ ; *RJS* 5/05, n°534 ; *RPDS*, avril 2005, n°720, p.135, obs. L. MILET.
Confirmation de jurisprudence : ◆ Cass. soc., 25 janvier 2006, *RJS* 4/06, n°473.
◆ Cass. soc., 15 novembre 2006, n°04-47.729, *CSBP* mars 2007, n°188, A 25, obs. F.-J. PANSIER.

privé de la possibilité de poursuivre la résiliation judiciaire de son contrat de travail *aux torts de l'employeur en cas de manquement, par ce dernier, à ses obligations »*.

Cette solution, qui apporte un tempérament à l'ensemble statutaire résultant de la jurisprudence de 1974, cristallise les antinomies doctrinales.

244 Ses partisans soulignent que l'interdiction de la demande de résiliation judiciaire à l'initiative du salarié aboutissait, en cas de manquements de l'employeur, à enfermer le salarié protégé dans l'exécution du contrat de travail et *« à en faire l'otage de l'employeur »* [660], ne lui laissant d'autre alternative que la démission ou l'exécution forcée du contrat de travail [661]. Il était donc loin d'être évident que la collectivité des travailleurs avait à gagner de ce maintien forcé du contrat de travail. J. MOULY écrit, par conséquent, qu'il est *« réaliste, sinon logique, pour lever ces blocages, de rouvrir la voie de la résiliation judiciaire aux salariés protégés »* [662]. En outre, faire des salariés protégés des salariés contre leur gré paraît en totale contradiction avec le principe de la liberté du travail.
La Cour de cassation, par son arrêt du 16 mars 2005, reviendrait donc à la première interprétation des arrêts Perrier qui pointaient le caractère d'ordre public de la procédure spéciale de licenciement à l'attention du seul employeur. En effet, la résiliation judiciaire, demandée par le salarié protégé, ne présente pas les mêmes dangers que lorsqu'elle est exercée par l'employeur.

245 À l'opposé, d'autres auteurs s'inscrivent en faux par rapport à la solution dégagée par la Cour de cassation le 16 mars 2005.
En premier lieu, D. BOULMIER se demande si *« cette nouvelle jurisprudence ne va pas ouvrir la voie à des pressions ou des propositions incitatives envers le salarié protégé pour qu'il prenne l'initiative de l'action en résolution, évitant ainsi l'intervention de l'autorité*

[660] Expression retenue par le commentateur anonyme sous Cass. soc., 16 mars 2005, *RJS* 5/05, n°534.

[661] Le salarié protégé peut, en effet, faire constater les manquements de l'employeur à ses obligations par l'inspecteur du travail, qui peut lui-même dresser un procès-verbal s'il constate un délit d'entrave.
Le salarié protégé peut également saisir le juge pénal afin d'intenter directement une action en délit d'entrave.

[662] J. MOULY, note sous Cass. soc., 16 mars 2005, *D.* 2005, n°24, jurisprudence, p.1615.

administrative ? » [663].

Par ailleurs, P. WAQUET démontre que l'interdiction faite jusqu'alors aux salariés titulaires d'un mandat d'agir en résiliation judiciaire ne leur causait aucun préjudice puisqu'ils disposent de moyens de défense appropriés. Tout d'abord, le salarié protégé qui a à se plaindre de son employeur peut agir, en référé, pour faire cesser, sous astreinte, les actes qui, soit font obstacle à l'exécution du mandat dont il est titulaire, soit constituent l'inexécution par l'employeur d'une obligation légale, conventionnelle ou contractuelle.

En sus, selon P. WAQUET, le salarié protégé a une autre possibilité : il peut renoncer à son mandat. *« Rien ne lui interdit de démissionner de son mandat s'il n'a plus les forces pour soutenir une lutte qui peut être dommageable pour lui. Dans ce cas, la période de protection, prévue par la loi à l'expiration normale du mandat, ne joue pas et rien n'empêche le salarié […] d'agir en résiliation judiciaire »* [664]. J. MOULY porte un regard critique sur cette suggestion en estimant qu'elle a *« un parfum de « bricolage juridique » »* [665].

Pour autant, J. MOULY incrimine également cet arrêt du 16 mars 2005. Son reproche concerne le bloc de compétence au profit de la juridiction administrative qui avait été créé par la jurisprudence Perrier. Il se demande si la résurrection de la résiliation judiciaire, même au seul profit des salariés protégés, n'est pas de nature à nuire à ce bloc de compétence en redonnant au juge judiciaire le pouvoir d'apprécier le bien-fondé de la rupture du contrat de travail desdits salariés. Par voie de conséquence, J. MOULY regrette que la Cour de cassation ait introduit une exception contractuelle dans la logique statutaire de la protection des salariés titulaires d'un mandat. Elle aurait pu, selon lui, continuer de déclarer irrecevable la demande en résiliation judiciaire formulée par un salarié protégé. Seule aurait dû être modifiée la sanction de cette irrecevabilité. La sanction n'aurait alors plus été le rejet pur et simple de l'action mais une requalification de la demande de rupture en licenciement. Ainsi, les intérêts du salarié protégé auraient été saufs et la logique statutaire intégralement préservée.

---

[663] D. BOULMIER, note sous Cass. soc., 16 mars 2005 et Cass. soc., 16 février 2005, *JCP*, E, n°24 du 16 juin 2005, 942, p.1037.

[664] P. WAQUET, « Coup de vent sur la jurisprudence Perrier », *RJS* 6/05, p.421.

[665] J. MOULY, « « Coup de vent » sur le statut des salariés protégés », *Dr. soc.* septembre – octobre 2005, p.863.

246 Conformément à la jurisprudence susmentionnée relative à la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé résultant d'une prise d'acte [666], la résiliation judiciaire demandée par le salarié et prononcée par le juge aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement nul [667].

Dès lors, les sanctions du licenciement nul d'un salarié protégé, qui ne demande pas sa réintégration dans son emploi, s'appliquent. Le salarié a droit, en conséquence, à une indemnité de préavis, à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement ainsi qu'à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L. 122-14-4 du Code du travail. Enfin, il a droit à une indemnité compensant l'atteinte portée au statut protecteur et au moins égale au montant de la rémunération qui aurait été perçue par le salarié protégé depuis la date de la rupture jusqu'à l'expiration de la période de protection.

P. WAQUET s'insurge contre cette solution qui permet au représentant du personnel de tirer de son mandat un profit financier. Selon lui, le mandat dont le représentant du personnel est titulaire *« n'est pas un titre monnayable, mais un service au profit de la collectivité des travailleurs. Si le représentant du personnel est indemnisé largement, c'est uniquement dans le cas où il a été victime d'un licenciement prononcé illégalement par l'employeur, et ceci dans le but de dissuader les entreprises de porter atteinte aux représentants du personnel en*

---

[666] Cass. soc., 21 janvier 2003, *Bull. civ.*, V, n°13 ; *Dr. soc.* 2003, p.449, obs. J. MOULY ; *RJS* 3/03, n°367 ; *TPS*, mars 2003, n°114, p.25 : Le licenciement d'un délégué du personnel ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail. Dès lors que la rupture du contrat de travail, même si l'initiative en a été prise par le salarié protégé, s'analyse en un licenciement du fait de l'inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles, **ce licenciement intervenu en violation du statut protecteur, est nul**, et les juges du fond, qui n'ont pas caractérisé une fraude du salarié, ne peuvent rejeter sa demande de dommages et intérêts pour violation de ce statut.

[667] Cass. soc., 26 septembre 2006, n°05-41.890, *Semaine Sociale Lamy* du 16 octobre 2006, n°1278, p.15.

Un auteur s'oppose à cette décision et estime que la résiliation judiciaire demandée par un salarié protégé puis prononcée aux torts de l'employeur en raison des manquements de ce dernier à ses obligations, devrait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Et ce, dans la mesure où l'employeur ne prend, dans cette hypothèse, aucune initiative de rupture et ne viole donc pas le statut protecteur. Sa seule faute est de manquer à ses obligations et la sanction de cette faute est l'absence de cause réelle et sérieuse : Auteur anonyme sous Cass. soc., 16 mars 2005, *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 10 mai 2005, n°907, p.3.

méconnaissance du statut qui les protège » [668]. Aussi, P. WAQUET appelle de ses vœux que la jurisprudence *Perrier*, telle qu'elle avait été appliquée jusqu'alors par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat retrouve sa cohérence et sa force.

Cette argumentation est fermement réfutée par J. MOULY qui souligne que *« si le contrat est bien rompu à l'initiative du salarié, il est toutefois excessif de dire qu'il est rompu de sa propre volonté et qu'il monnaierait ainsi indûment cette rupture à son avantage »* [669]. En effet, le salarié quitte l'entreprise contraint et forcé en raison des manquements de l'employeur. J. MOULY ne voit donc pas pourquoi *« l'employeur qui, insidieusement, oblige le salarié à partir serait mieux traité que celui qui prend ouvertement la décision de licencier »*.

247 Nous entendons les critiques formulées. Il est vrai que l'exclusivisme de la procédure administrative de licenciement permettait une lecture claire du dispositif mis en place en 1974 par les arrêts *Perrier*.

Cependant, pour notre part, nous considérons que l'admission de la résiliation judiciaire à l'initiative des salariés protégés ne constitue qu'une juste application de la logique du statut protecteur. Il n'est effectivement pas dans la nature du statut protecteur d'aggraver la situation du salarié protégé, mais au contraire, de l'améliorer. Or, le salarié protégé en étant privé d'une faculté qui, nous allons l'examiner, est offerte au salarié ordinaire se trouvait moins bien traité.

En outre, la fermeture de cette voie, nous l'avons vu, présente de nombreux inconvénients pour les travailleurs eux-mêmes tandis que la recevabilité d'une telle action ne comporte que peu de risques.

Enfin, au sujet de l'atteinte incontestable au bloc de compétence, nous partageons l'opinion de J. MOULY [670] selon laquelle ce pari est d'ores et déjà perdu dans la mesure où le juge judiciaire a qualité pour se prononcer dans un certain nombre de situations relatives aux salariés protégés. Il en va ainsi tant de la compétence maintenue du juge judiciaire pour apprécier la qualification de la faute grave du salarié que du pouvoir reconnu à ce juge

---

[668] P. WAQUET, « Coup de vent sur la jurisprudence Perrier », *RJS* 6/05, p.420.

[669] J. MOULY, « « Coup de vent » sur le statut des salariés protégés », *Dr. soc.* septembre – octobre 2005, p.862.

[670] J. MOULY, note sous Cass. soc., 16 mars 2005, *D.* 2005, n°24, jurisprudence, p.1615.

d'annuler un licenciement, pourtant autorisé par l'inspecteur du travail, lorsqu'il est intervenu en contravention avec un plan de sauvegarde de l'emploi [671].
Ce sont toutes ces raisons qui nous conduisent à approuver le droit accordé au salarié protégé de demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail.

Il convient, à présent, de nous intéresser au sort réservé à la résiliation judiciaire lorsqu'elle se rapporte aux salariés ordinaires.

§ 2 - La résiliation judiciaire du contrat de travail des salariés ordinaires

248 Après les arrêts Perrier du 21 juin 1974, la question qui se pose inévitablement est de savoir quel sort va être réservé à la résiliation judiciaire du contrat de travail des salariés ordinaires.
En effet, les limitations apportées par la loi du 13 juillet 1973 au droit de licencier suscitent un recours accru à la résiliation judiciaire. Ceci résulte du fait que la résiliation judiciaire permet à l'employeur d'esquiver tant les conditions de fond que de procédure instituées par la loi à propos du seul licenciement.

La réponse est d'autant plus incertaine que, antérieurement à la loi du 13 juillet 1973, la Cour de cassation juge que les limitations conventionnelles apportées au droit de l'employeur de rompre unilatéralement le contrat de travail à titre de sanction (par exemple, la tenue d'un conseil de discipline), demeurent étrangères à la demande en résiliation judiciaire du contrat pour faute grave, introduite en application de l'article 1184 du Code civil [672].

Dès lors, faut-il considérer que la prohibition de la résiliation judiciaire issue de la jurisprudence *Perrier* doit être cantonnée au strict périmètre du statut protecteur des représentants du personnel ou, au contraire, être étendue à l'ensemble des salariés ?

---

[671] Cass. soc., 22 juin 2004, n° 01-44.558 à 01-44.564, *RJS* 10/04, n°1066.

[672] Cass. soc., 29 mars 1960, *JCP*, 1960, G, II, 11 775, note G.-H. CAMERLYNCK.

Le législateur ne se prononce en la matière que dans des hypothèses particulières (A), c'est donc aux juges que revient la charge de se prononcer sur le problème de la validité de principe de ce mode de rupture du contrat de travail des salariés non protégés (B).

A - L'œuvre législative

Le législateur a prévu, dans deux cas spécifiques, la potentialité de recourir à la résiliation judiciaire. D'une part, en matière de rupture du contrat d'apprentissage passé les deux premiers mois (1°). D'autre part, lorsque le salarié, titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée, est déclaré inapte par le médecin du travail suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle (2°).

1° - La résiliation judiciaire du contrat d'apprentissage

249 Selon l'alinéa 2 de l'article L. 115-1 du Code du travail, l'apprentissage a pour but de donner à de jeunes travailleurs ayant satisfait à l'obligation scolaire une formation générale, théorique et pratique, en vue de l'obtention d'une qualification professionnelle. Cette forme d'éducation en alternance concerne aujourd'hui environ 300 000 apprentis.
L'ensemble des gouvernants s'est toujours intéressé à la relation triangulaire qui lie l'apprenti, l'entreprise et le centre de formation d'apprentis. Mais des différentes relations bilatérales qui en résultent, celle qui unit l'apprenti à l'entreprise par l'intermédiaire du contrat d'apprentissage est celle au cœur des interventions des pouvoirs publics. Ainsi, en moins de dix ans, le contrat d'apprentissage n'a connu pas moins de quatre importantes réformes [673]. Jamais autant d'espoir n'a été placé dans ce mode original d'éducation. Si le cadre administratif et financier de l'apprentissage a changé, tel n'est en revanche pas le cas du régime juridique de la rupture du contrat d'apprentissage qui accorde, soulignons-le, une place privilégiée à la résiliation judiciaire [674].

---

[673] Loi n°96-376 du 6 mai 1996 ; Loi n°97-940 du 16 octobre 1997 ; Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 et loi n°2005-32 du 18 janvier 2005.
Sur l'historique complet des lois relatives à l'apprentissage, voir : S. MICHEL, « La rupture du contrat d'apprentissage », *Bulletin Social* 8-9/05, p.443, note 4.

[674] Pour approfondir, voir : J.-Y. KERBOURC'H, « L'apprentissage face à de nouveaux défis », *Dr. soc.* 2005, p.427-439.

En vertu de l'article L. 117-17 du Code du travail, le contrat d'apprentissage peut être librement rompu par l'une ou l'autre des parties durant les deux premiers mois de l'apprentissage [675]. *« Passé ce délai [676], la résiliation du contrat ne peut intervenir que sur accord exprès et bilatéral des cosignataires ou, à défaut, être prononcée par le conseil de prud'hommes* [677] *en cas de faute grave ou de manquements répétés de l'une des parties à ses obligations ou en raison de l'inaptitude de l'apprenti à exercer le métier auquel il voulait se préparer »* [678].

---

[675] Période de deux mois qualifiée parfois par les juges et commentateurs de « période d'essai ».

Voir : ◆ Cass. soc., 16 mars 2004, n°01-44.456, *D.* 2004, n°30, p.2186, obs. J.-F. PAULIN ; *Dr. soc.* 2004, p.661, obs. C. RADÉ ; *RJS* 5/04, n°584 ; *Semaine sociale Lamy* du 22 mars 2004, n°1161, p.14 : *« Le délai de deux mois, équivalent à une* ***période d'essai*** *et durant lequel le contrat d'apprentissage peut donc être résilié par l'une ou l'autre des parties est suspendu pendant les périodes d'absence pour maladie de l'apprenti »*.

◆ J.-P. KARAQUILLO, note sous Cass. soc., 22 avril 1997, *D.* 1998, jurisprudence, p.91.

◆ C. AHUMADA parle quant à elle de « période probatoire », *RPDS*, novembre 2004, p.345.

En sens contraire : ◆ G. PIGNARRE, « L'originalité du contentieux du contrat d'apprentissage », in Le contentieux des contrats de travail particuliers, *Semaine sociale Lamy*, supplément au n°923 du 1er mars 1999, p.58.

◆ S. MICHEL, « La rupture du contrat d'apprentissage », *Bulletin Social* 8-9/05, p.444.

[676] Ce délai de deux mois est suspendu pendant les périodes d'absence pour maladie de l'apprenti : Cass. soc., 16 mars 2004, n° 01-44.456, *D.* 2004, n°30, p.2186, obs. J.-F. PAULIN ; *Dr. soc.* 2004, p.661, obs. C. RADÉ ; *RJS* 5/04, n°584.

[677] Le juge des référés n'a pas le pouvoir de prononcer la résiliation du contrat d'apprentissage : Cass. soc., 28 juin 1989, n°86-43.642, *Cahiers prud'homaux*, 1989, p.167 ; *JCP*, 1989, G, IV, p.330.

[678] À noter, toutefois, que *« en cas de liquidation judiciaire de l'employeur, le liquidateur qui met fin au contrat d'apprentissage agit en exécution du jugement de liquidation et n'a pas à demander au conseil de prud'hommes la résiliation du contrat »* : Cass. soc., 23 mai 2000, *Bull. civ.*, V, n°192 ; *CSBP* 2000, n°123, S 360, obs. P. MUNIER ; *Dr. soc.* 2000, p.910, obs. R. VATINET.

À ceci s'ajoute que l'alinéa 4 de l'article L. 115-2 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 17 janvier 2002, permet à l'apprenti de mettre fin unilatéralement et prématurément à son contrat en cas d'obtention du diplôme ou du titre d'enseignement technologique préparé. Le recours au conseil de prud'hommes n'est alors pas nécessaire. L'apprenti doit simplement adresser une lettre qui mentionne le motif de la rupture (à savoir l'obtention du diplôme ou du titre préparé) et la date d'effet de la rupture du contrat. Cette rupture unilatérale est ensuite notifiée par l'employeur au centre de formation des apprentis.

250 En excluant tout droit de rupture unilatérale, le législateur a ainsi érigé la résiliation judiciaire comme le mode de rupture par excellence du contrat d'apprentissage, passé les deux premiers mois.
I. DAUGAREILH s'interroge sur les raisons d'une telle préférence pour ce mode de rupture. En effet, elle remarque que le contrat d'apprentissage étant un contrat de travail de type particulier conclu pour une durée déterminée, ses modes de rupture auraient pu être calqués sur ceux du contrat à durée déterminée. Or, telle n'est pas l'option retenue par le législateur. La faveur accordée à la résiliation judiciaire semble donc ne pouvoir s'expliquer que par l'histoire de la réglementation du contrat d'apprentissage [679].

251 La Cour de cassation adopte une position très ferme sur l'exclusivité de la résiliation judiciaire du contrat d'apprentissage. En aucun cas, elle n'admet le contrôle judiciaire *a posteriori* de la légitimité de la rupture unilatérale du maître d'apprentissage : *« l'employeur ne peut de lui-même rompre le contrat d'apprentissage,* ***quel que fût le bien fondé des motifs invoqués*** *»* [680]. L'employeur ne peut se faire juge des motifs de la rupture et ne peut prendre aucune mesure d'anticipation sur la décision judiciaire.

252 Par ailleurs, la Cour de cassation précise, dans un arrêt du 4 mai 1999, que *« la rupture par l'employeur hors des cas prévus par l'article L. 117-17 du Code du travail est* ***sans effet*** *»*. Elle ajoute que l'employeur est dès lors tenu, sauf en cas de mise à pied, de payer les salaires jusqu'à la date à laquelle le juge statue sur la demande de résiliation judiciaire [681].

---

[679] I. DAUGAREILH, « La résiliation judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992, p. 806, note 8 : *« Le rapport et les débats parlementaires précédant l'adoption de la loi du 4 mars 1851* (*Dalloz périodique*, 1851, 4, p.43) *défendaient l'idée d'une nécessaire protection des apprentis contre les abus du maître d'apprentissage par le juge prud'homal ou à défaut le juge de paix en raison notamment de l'âge de l'apprenti. Cette « tutelle » judiciaire n'a pas été remise en cause par les réformes successives sur l'apprentissage ».*

[680] Cass. soc., 23 mars 1989, *Bull. civ.*, V, n°244.
Confirmation de jurisprudence : ◆ Cass. soc., 5 février 1992, *Bull. civ.*, V, n°63 ; *JCP*, E, 1992, II, 308, note F. TAQUET ; *RJS* 1992, n°326.
◆ Cass. soc., 22 avril 1997, *D.* 1998, p.91, note J.-P. KARAQUILLO : *« L'employeur ne peut de lui-même, passé les deux premiers mois, rompre le contrat de travail d'un apprenti, quel que soit le bien-fondé des motifs invoqués ; qu'à défaut d'obtenir l'accord exprès de l'intéressé, il lui appartient de saisir le conseil de prud'hommes qui seul peut prononcer la résiliation du contrat ».*

[681] Cass. soc., 4 mai 1999, *Bull. civ.*, V, n°63 ; *Dr. soc.* 1999, p.1096, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.
Confirmation de jurisprudence : ◆ Cass. soc., 6 février 2001, *Dr. soc.* 2001, p.437, obs. C. ROY-

La Chambre sociale entend donc donner toute sa portée à l'article L. 117-17 du Code du travail en posant en principe que l'employeur ne peut se dispenser de saisir le juge afin que celui-ci prononce la rupture du contrat d'apprentissage.

Ainsi, en refusant à l'employeur le droit d'être juge de la rupture du contrat d'apprentissage et en fixant des sanctions rigoureuses en cas de transgression, le législateur fait de la résiliation judiciaire, après les deux premiers mois, un mode de rupture qui peut se révéler protecteur des intérêts de l'apprenti. C. ROY-LOUSTAUNAU salue d'ailleurs la fermeté de ce mouvement jurisprudentiel à l'égard du maître d'apprentissage.

253 Mais, ce même Professeur s'interroge pour savoir si le verrouillage du système de rupture du contrat d'apprentissage vaut également pour l'apprenti lui-même qui aurait quelque grief sévère à reprocher à son maître d'apprentissage : *« Peut-on sérieusement considérer qu'il soit, de son côté, tenu d'attendre, sans le secours d'une suspension du contrat, la décision du juge pour se libérer d'un lien contractuel devenu pesant voire intolérable ? »*. Selon cet auteur, la méthode est pour le moins irréaliste. Elle espère donc que *« la rédaction utilisée par l'article L. 117-17 du Code du travail n'a pas la portée générale qui pourrait y paraître »* [682]. D'autant que, pour les tribunaux, la résiliation judiciaire ne peut être demandée que pour l'une des causes énoncées par l'article L. 117-17 du Code du travail, à savoir un manquement de l'employeur à ses obligations ou une faute grave commise par ce dernier.

L'article L. 117-17 du Code du travail encadre donc très strictement la rupture anticipée du contrat d'apprentissage passé les deux premiers mois en ne l'autorisant que par la résiliation judiciaire. Et ce, dans le but d'assurer une grande stabilité contractuelle, nécessaire au bon déroulement de la formation de l'apprenti.
Cette logique de protection du salarié se retrouve identiquement dans le second cas où la loi cible expressément la résiliation judiciaire comme mode de rupture du contrat de travail. Il

---

LOUSTAUNAU ; *TPS*, avril 2001, n°121, p.10, note P.-Y. VERKINDT.

◆ Cass. soc., 16 octobre 2002, n°00-46.280 ; *D.* 2003, n°9, jurisprudence, note P.-Y. VERKINDT.

◆ Cass. soc., 5 novembre 2003, n°01-44.460, *CSBP* 2004, n°157, S 46, obs. F.-J. PANSIER.

[682] C. ROY-LOUSTAUNAU, observations sous Cass. soc., 6 février 2001, *Dr. soc.* 2001, p.438.

s'agit de l'hypothèse où le salarié, titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée, est déclaré inapte suite à l'accident du travail ou à la maladie professionnelle dont il a été victime.

2 °- La résiliation judiciaire du CDD en cas d'inaptitude physique du salarié suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle

254 Lorsque le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée est déclaré inapte suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle, la résiliation judiciaire est une issue offerte par la loi à l'employeur. Le salarié dans ce cas bénéficie, en effet, depuis une loi du 7 janvier 1981 [683] d'un statut protecteur. En particulier, en vertu de l'article L. 122-32-5 du Code du travail, si un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle *« est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre, à l'issue des périodes de suspension, l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer […] un autre emploi approprié à ses capacités »*.

Si l'employeur justifie qu'il se trouve dans l'impossibilité de proposer un emploi permettant le reclassement du salarié titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée ou, si celui-ci refuse l'emploi offert, l'article L. 122-32-9 alinéa 2 du Code du travail prévoit que *« l'employeur est en droit de demander la résolution judiciaire du contrat »*. Le texte précise, en outre, que *« la juridiction saisie prononce la résolution après vérification des motifs invoqués et fixe le montant de la compensation financière due au salarié »*.

En présence d'une inaptitude d'origine professionnelle, le législateur offre donc à l'employeur de sortir d'un contrat qui ne peut plus être exécuté en lui ouvrant la voie de la résiliation judiciaire.
Selon certains, la loi va même plus loin en ce qu'elle interdirait purement et simplement à l'employeur de s'engager dans un processus de rupture du contrat de travail par une voie autre que la résiliation judiciaire [684].

---

[683] Loi n° 81-3 du 7 janvier 1981 relative à la protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

[684] Voir, notamment : I. DAUGAREILH, « La résiliation judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992, p.808.

255 C'est d'ailleurs cette interprétation restrictive que retient la Cour de cassation. Ainsi, la Chambre sociale affirme, dans un arrêt du 14 novembre 1991, que *« lorsqu'un salarié, titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée, est victime d'un accident de travail, il appartient à l'employeur qui est dans l'impossibilité de lui procurer un emploi conforme à son aptitude, de demander la résolution judiciaire du contrat »* [685]. Cette formule vigoureuse semble ne laisser guère de doute à de nombreux commentateurs sur le caractère obligatoire de la résiliation judiciaire [686]. En pareille hypothèse, l'employeur est tenu de suivre la procédure imposée par l'alinéa 2 de l'article L. 122-32-9 du Code du travail.

C'est d'ailleurs ce que rappelle avec une particulière netteté la Cour de cassation, malgré les hésitations de certains juges du fond [687] dans un arrêt du 23 mars 1999. Elle affirme, à cette occasion, que *« l'inaptitude du salarié, consécutive à un accident du travail [...] ne constitue pas un cas de force majeure justifiant la rupture immédiate du contrat à durée déterminée, mais autorise* ***seulement*** *l'employeur à en demander la résiliation judiciaire, dans les conditions prévues à l'article L. 122-32-9 du Code du travail »* [688].
La résiliation judiciaire apparaît, par conséquent, comme un mode de rupture exclusif de tous les autres.

Ce choix du législateur en faveur de la résiliation judiciaire lorsque l'inaptitude frappe un salarié titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée présente l'avantage de permettre au juge de contrôler *a priori* les motifs de la demande de résiliation. Juge qui doit également fixer le montant de la compensation financière due au salarié.

256 En cas de non-respect par l'employeur de la procédure de résiliation judiciaire, celui-ci doit verser au salarié une indemnité correspondant au préjudice subi et qui ne peut être

---

[685] Cass. soc., 14 novembre 1991, *Bull. civ.*, V, n°493 ; *Dr. soc.*, 1992, p.77 ; *RJS* 1992, n°19.

[686] Voir pourtant en sens contraire : J.-M. BÉRAUD, « Maladie et perte d'emploi », *Dr. soc.* 1991, p.579. Selon cet auteur, l'article L. 122-3-9 ne priverait pas l'employeur de la faculté de recourir à la résiliation conventionnelle du contrat de travail, expressément visée comme mode de rupture des contrats à durée déterminée.

[687] CA Paris, 26 février 1993, *D.* 1994, p.439, note J. MOULY.

[688] Cass. soc., 23 mars 1999, *CSBP* 1999, n°111, S 270, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 1999, jurisprudence, p.470, note F. LAGARDE ; *Dr. soc.* 1999, p.623, obs. J.-P. KARAQUILLO.

inférieure au montant des salaires et avantages que le salarié aurait reçus jusqu'au terme de la période en cours de validité de son contrat [689]. La sanction s'avère donc particulièrement sévère pour l'employeur qui ne souhaiterait pas suivre la seule issue offerte par la loi pour rompre le contrat de travail à durée déterminée.

257 La résiliation judiciaire constitue ainsi le mode de rupture exclusif du CDD du salarié victime d'une inaptitude professionnelle. Mais sommes-nous réellement en présence d'une résiliation judiciaire au sens civiliste ?

P. MAZIÈRE en doute. Selon lui, l'impossibilité d'exécuter le contrat de travail à durée déterminée suite à un accident de travail ayant entraîné une inaptitude correspond mal à l'inexécution que sanctionne l'article 1184 du Code civil : *« le recours à la résolution judiciaire du contrat de travail prévue par l'article L. 122-32-9, alinéa 2 du Code du travail, ne présente avec celle de l'article 1184 qu'une proximité terminologique […] Les deux dispositions sont, à l'évidence, d'esprit différent. Il serait mal venu de les confondre »* [690].

J. MOULY [691] reprend et approfondit cette réflexion. Selon ce Professeur, la résiliation judiciaire autorisée par la loi de 1981 n'est que la transposition au contrat à durée déterminée de la solution applicable en matière de contrat de travail à durée indéterminée. En effet, c'est parce que l'employeur a satisfait son obligation de reclassement qu'il est autorisé à demander la résiliation judiciaire du contrat avant le terme stipulé. Mais parce que la rupture lui reste néanmoins imputable, il demeure débiteur d'une compensation financière. Aussi, pour J. MOULY, si cette solution transactionnelle peut paraître bien sûr équitable, *« elle n'en demeure pas moins surprenante et même* ***parfaitement contraire à l'orthodoxie juridique*** *puisque l'employeur, tout en étant justifié à demander la résolution judiciaire du contrat, n'en reste pas moins débiteur d'une indemnité envers le salarié […]* ***Cette solution n'est assurément pas conforme au schéma classique de la résolution judiciaire*** *qui a pour*

---

[689] Article L. 122-32-9 alinéa 3 du Code du travail.

[690] P. MAZIÈRE, « La résolution judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée entre droit civil et droit du travail », *Petites Affiches* du 2 avril 1999, n°66, p.9.
Dans le même sens : G. COUTURIER, « Les techniques civilistes et le droit du travail », *D.* 1975, chronique. p.227 : *« Assurément, il y a plus qu'un décalage entre les techniques voire l' « esprit » du droit du travail et ceux du droit civil classique »*.

[691] 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. 1068-1074.

fonction naturelle de libérer les parties du lien contractuel en autorisant seulement celle bien fondée en sa demande à obtenir, le cas échéant des dommages et intérêts pour l'inexécution passée du contrat » [692]. Il en conclut donc, comme P. MAZIÈRE auparavant, que *« malgré la terminologie utilisée par le législateur, il n'est pas certain que l'on soit en présence d'une véritable résolution judiciaire »*. L'article L. 122-32-9 n'offre à l'employeur qu'une *« résolution en trompe-l'œil »*.

Nous partageons cette opinion. Selon nous, la résiliation judiciaire de l'article L. 122-32-9 ne présente qu'une parenté homonymique avec la technique civiliste. En effet, en droit des obligations, la résiliation judiciaire intervient pour anéantir le contrat afin de libérer les parties, en particulier la partie victime, qui ne peut plus profiter de l'exécution de ses obligations par l'autre. Or, en ce qui concerne la résiliation judiciaire du CDD suite à une inaptitude professionnelle, l'employeur (partie qui ne peut plus bénéficier de la force de travail de son salarié) demeure débiteur d'une indemnité envers le salarié. L'employeur doit verser une compensation financière pour obtenir la résiliation judiciaire. L'employeur n'est donc pas pleinement libéré du contrat. À ce propos, J. MOULY parle de *« résolution faussement libératoire car elle comporte un prix à payer »* [693].
Nous approuvons ainsi le jugement de cet auteur selon lequel nous nous trouvons en présence *« d'une **fausse résolution judiciaire**, **mais** d'une **vraie résiliation unilatérale anticipée**, sous contrôle du juge »* [694].

Ne faudrait-il pas, en conséquence, que le législateur intervienne et substitue à cette *« fausse résiliation judiciaire »* une véritable possibilité de rupture anticipée au motif de la constatation de l'inaptitude et de l'impossibilité de reclassement du salarié ?
En effet, outre les critiques préalablement émises, la procédure de résiliation judiciaire est lourde et surtout longue, donc peu adaptée à la durée, par définition, limitée du CDD. Il nous apparaît donc judicieux d'ouvrir à l'employeur la faculté de rompre le contrat de travail à

---

[692] 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. 1069.

[693] 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. 1072.

[694] 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. 1072.

durée déterminée, de manière anticipée, lorsque le médecin du travail a régulièrement constaté l'inaptitude du salarié. L'obligation de reclassement serait maintenue en ce cas. De la sorte, l'employeur ne pourrait se séparer de son salarié précaire qu'à la condition de démontrer l'impossibilité de le reclasser ou encore son refus du poste de reclassement proposé.
Ce faisant, le régime de l'inaptitude serait unique [695], quelle que soit l'origine de celle-ci. Effectivement, face à un salarié titulaire d'un CDD déclaré inapte, une rupture anticipée serait toujours envisageable dans la mesure où aucun reclassement ne serait réalisable. Seule l'indemnisation due au salarié varierait selon la source de l'inaptitude [696].

Si la résiliation judiciaire peut, selon nous, être écartée en matière d'inaptitude, elle ne doit pas pour autant l'être de manière générale. En effet, nous avons constaté que le législateur, lorsqu'il s'empare de la résiliation judiciaire pour l'appliquer ou l'adapter aux spécificités de certains contrats de travail en fait un mode de rupture qui n'est pas sans intérêt pour le salarié. C'est ce même aspect de protection qui incite d'ailleurs les juges à ouvrir dans un premier temps, de manière générale, la voie de la résiliation judiciaire du contrat de travail de salariés ordinaires. Mais, au fur et à mesure de l'édification d'un droit spécial de la rupture du contrat de travail, la Chambre sociale de la Cour de cassation restreint la place de la résiliation judiciaire. Pour en arriver, à ce jour, à une condamnation générale de la technique civiliste de rupture lorsqu'elle est mise en œuvre par l'employeur pour cesser les relations de travail à durée limitée ou non.

B - L'œuvre prétorienne

258 Dans un premier temps, les juges optent pour une interprétation restrictive des arrêts Perrier de 1974 relatifs aux salariés protégés : le recours à la technique de la résiliation judiciaire ne fait pas l'objet d'une prohibition générale et absolue.
Cependant, la résiliation judiciaire, si elle est admise dans son principe n'est pas aussi libre que dans sa conception civiliste.

---

[695] Voir développements ultérieurs.

[696] En ce sens, voir le rapport rendu par H. GOSSELIN au Ministre de l'emploi en mars 2007. Rapport « Aptitude et inaptitude médicale au travail : diagnostic et perspectives », § 2.3.3.1.6, p.81, disponible sur Internet à l'adresse suivante : www.liaisons-sociales.com/PDF/complement_2216_rapport_gosselin.pdf.

Puis, afin d'éviter que ce mode civiliste de cessation des relations contractuelles ne permette d'éviter les garanties mises en place par le droit du travail, la Cour de cassation ferme purement et simplement cette voie à l'employeur.

Ce cheminement jurisprudentiel se retrouve identiquement en présence d'un contrat de travail à durée déterminée (1°) et d'un contrat de travail sans limitation de durée (2°) malgré la différence de normes applicables à chacun de ces contrats.

1° - La résiliation judiciaire du contrat de travail à durée déterminée

Si le recours à la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée peut permettre à l'employeur d'échapper aux contraintes du droit du licenciement, ce risque d'instrumentalisation du juge n'existe pas ou peu pour la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée. C'est la raison pour laquelle, dans une période liminaire, la Cour de cassation autorise aux parties le recours à la résiliation judiciaire en cas d'inexécution par l'une d'elles de son engagement. Cependant, cette recevabilité de principe est subordonnée à d'exigeantes conditions (a).

En 2001, une rupture survient : la Cour de cassation affirme sans ambiguïté que l'employeur est irrecevable à demander la résiliation judiciaire d'un contrat de travail à durée déterminée (b).

a - Acte un : La résiliation judiciaire du CDD, un mode de rupture autorisé mais sous conditions

α – Un mode de rupture autorisé

259 Pendant longtemps, la résiliation judiciaire est le seul mode de rupture avant terme d'un contrat de travail à durée déterminée. En effet, lorsque l'une des parties reproche à l'autre une faute suffisamment grave pour rendre impossible le maintien de la relation contractuelle, elle peut s'adresser au juge afin que celui-ci prononce la résiliation judiciaire du contrat de travail [697].

[697] F. SARAMITO, « Le nouveau régime juridique du contrat de travail à durée déterminée », *Dr. ouvrier* 1979, p.245.

260 Mais, graduellement, la technique de la résiliation judiciaire tombe en désuétude. Ceci en raison de l'admission par la jurisprudence de la possibilité de rompre **unilatéralement** le CDD avant terme en cas de faute grave ou de force majeure [698].

261 Puis, sous l'impulsion du législateur, la résiliation judiciaire trouve un regain d'intérêt. La loi du 3 janvier 1979 consacre, en effet, ce mode de rupture en matière de CDD [699]. L'article L. 122-1 alinéa 3 du Code du travail dispose alors : *« sauf commun accord des parties ou* ***résolution judiciaire****, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être résilié qu'en cas de faute grave ou de force majeure »*.

262 Par la suite, la référence à ce mode de rupture de droit commun disparaît des textes. Et, en particulier, de l'ordonnance du 5 février 1982. De telle sorte que, dans sa nouvelle rédaction, l'article L. 122-3-9 dispose : *« Sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure »*.

Omission volontaire ou maladresse des rédacteurs ? Le débat s'ouvre sur les raisons et le sens de cette suppression de la résiliation judiciaire du texte.

Selon V. COTTEREAU, il ne peut s'agir d'un oubli. Si le législateur n'a pas mentionné expressément la résiliation judiciaire dans le texte c'est parce que ce mode de rupture est délaissé des praticiens : *« Les employeurs licencient, les salariés démissionnent […] mais il est rare de les voir saisir le juge pour s'en remettre à sa souveraine appréciation quant au sort du contrat de travail. […] On conçoit ainsi que les auteurs de l'ordonnance aient jugé opportun de ne plus viser une telle action »* [700].

Pourtant, l'ensemble de la doctrine s'accorde à admettre le maintien de cette technique de rupture : le législateur n'a pas souhaité interdire à l'une ou à l'autre des parties de s'adresser

---

[698] Cass. civ., 25 avril 1936, *Gaz. Pal.*, 1936, I, p.879.

[699] Voir : ◆ D. CORRIGNAN-CARSIN, « La loi du 3 janvier 1979 relative au contrat de travail à durée déterminée », *D.* 1979, p.227-242.

◆ A. DUNES, « La rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 1980, n° spécial, p.65-71.

[700] V. COTTEREAU, « Une issue de secours : l'action en résolution judiciaire du contrat de travail à durée déterminée des salariés ordinaires », *Dr. soc.* 1985, p.28.

au juge afin que celui-ci prononce la résiliation du contrat à durée déterminée [701]. Ce dont atteste, d'ailleurs, la circulaire du 23 février 1982 [702].

263 Il faut cependant attendre l'arrêt *Perais* de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 20 mars 1990 [703] pour que cette interprétation soit confirmée par la jurisprudence.
Par cette décision, la Chambre sociale casse l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble, sous le visa de l'article L. 122-3-9 du Code du travail alors en vigueur, aux motifs que *« si le contrat de travail est, conformément à l'article L. 121-1 du Code du travail, soumis aux règles du droit commun, en l'absence de dispositions spéciales […] les parties ont […] la faculté de poursuivre la résiliation judiciaire du contrat à durée déterminée en vertu de l'article 1184 du Code civil en cas d'inexécution par l'une d'elles de son engagement »*.

La solution est applaudie, notamment par J. MOULY, qui voit en celle-ci une application conforme de l'article L. 122-3-9 du Code du travail à l'intention du législateur. En outre, cet auteur souligne que *« voie naturelle de rupture du contrat à durée déterminée, la*

---

[701] Voir :
- V. COTTEREAU, « Une issue de secours : l'action en résolution judiciaire du contrat de travail à durée déterminée des salariés ordinaires », *Dr. soc.* 1985, p.28. Il affirme que *« pour mettre en échec le principe édicté par l'article 1184 du Code civil, il aurait fallu que l'article L. 122-3-9 du Code du travail l'exclue expressément […] La disparition de la résolution n'est donc pas de nature à exclure l'exercice d'une action qui trouve sa source dans un texte de droit commun »*.
- G. POULAIN, « La réforme du contrat de travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 1982, p.356-371.
- B. TEYSSIÉ, « Les contrats à durée déterminée », *JCP*, 1982, n°3089.
- J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, 2ème édition, 1988, LGDJ, n°224, p.151.
- G. COUTURIER, *Droit du travail*, tome 1, PUF, 1990, n°104, p.172.
- D. CORRIGNAN-CARSIN, *Répertoire du travail Dalloz*, « Contrat à durée déterminée », n°32.
- J. MOULY, note sous Cass. soc., 20 mars 1990, *D.* 1991, jurisprudence, p.143.

[702] Cette circulaire précise que la possibilité d'une rupture anticipée par résolution judiciaire peut toujours être demandée par l'une des parties lorsque l'autre n'exécute pas ses obligations et que, dans cette mesure, elle n'avait pas à être reprise par le législateur : *Liaisons sociales*, 1982, légis., n°5154.

[703] Cass. soc., 20 mars 1990, *Bull. civ.*, V, n°121 ; *D.* 1991, jurisprudence, p.143, note J. MOULY ; *JCP*, E, 1990, II, 15 884, n°4, p.610, obs. P.-H. ANTONMATTEI.

résolution par le juge peut même avoir des vertus sécurisantes pour la partie qui par prudence désire ne pas endosser les risques d'une rupture extrajudiciaire » [704].

La décision ainsi dégagée par l'arrêt du 20 mars 1990 à propos de l'ordonnance de 1982 n'est pas remise en cause par les textes ultérieurs [705] se rapportant au contrat de travail à durée déterminée qui n'ont pas modifié substantiellement l'article L. 122-3-9 du Code du travail, devenu article L. 122-3-8 du Code du travail.

Ainsi, s'il n'est pas contestable que le contrat de travail à durée déterminée d'un salarié ordinaire puisse faire l'objet d'une résiliation judiciaire, la question se pose de savoir si ce mode de rupture doit être limité à l'hypothèse de faute grave ou de force majeure ou, au contraire, peut s'étendre à d'autres hypothèses.

β – Un mode de rupture limité

264 De nombreuses opinions se sont exprimées à ce sujet, donnant ainsi naissance à une importante controverse doctrinale.
Certains auteurs défendent l'idée selon laquelle le juge se doit d'apprécier l'importance du manquement contractuel, sans qu'il soit nécessaire qu'il constitue une faute grave (sous peine d'ajouter à la lettre de l'article L. 122-3-9 d'une part, et de procéder à une mauvaise application de l'article 1184 du Code civil d'autre part) [706]. Et ce, en s'appuyant sur le droit

---

[704] J. MOULY, note sous Cass. soc., 20 mars 1990, *D.* 1991, jurisprudence, p.145.
Dans le même sens, voir : I. DAUGAREILH, « La résiliation judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992, p.808.

[705] ◆ Ordonnance n°86-948 du 11 août 1986 (article 4) qui modifie la numérotation de l'article L.122-3-9 en article L. 122-3-8 du Code du travail.

◆ Loi du 12 juillet 1990.

◆ Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale qui ajoute une cause supplémentaire de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée : *« Il peut toutefois, par dérogation aux dispositions du précédent alinéa, être rompu à l'initiative du salarié lorsque celui-ci justifie d'une embauche pour une durée indéterminée »*.

[706] Voir : ◆ D. CORRIGNAN-CARSIN, « La loi du 3 janvier 1979 relative au contrat à durée déterminée », *D.* 1979, chronique, p.37.

◆ V. COTTEREAU, « Une issue de secours : l'action en résolution judiciaire du contrat de travail à durée déterminée des salariés ordinaires », *Dr. soc.* 1985, p.29.

des contrats. En effet, si selon certains auteurs civilistes [707], la résiliation judiciaire suppose le caractère fautif de l'inexécution, ni la loi [708] ni la jurisprudence [709] ne vont en ce sens : ce qui importe est que le contrat ne parvient plus à assurer l'utilité économique qu'il recherchait [710]. Il n'est d'ailleurs pas même nécessaire que l'inexécution ait causé à l'autre partie un préjudice consommé [711]. Il suffit que l'inexécution ne soit pas imputable au créancier demandeur [712].

◆ G. POULAIN, *Les contrats à durée déterminée*, Litec, 1988, n°280 et 281.

◆ G. COUTURIER, *Droit du travail*, PUF, tome 1990, n°104.

◆ P. MAZIÈRE, « La résolution judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée entre droit civil et droit du travail », *Petites Affiches* du 2 avril 1999, n°66, p.8.

[707] G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil – Les obligations*, 2ème édition, tome1, 1988, n°329, p.340. En sens contraire : C. LARROUMET, *Droit civil – Les obligations – Le contrat*, tome III, 5ème édition, Economica, 2003, n°710, p.810.

[708] Par exemple, l'article 1844-7, 5° du Code civil autorise la dissolution judiciaire à la demande d'un associé *« en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société »*.
Par ailleurs, l'article 1184 du Code civil lui-même ne recourt pas à la notion de faute mais exige seulement l'inexécution de l'obligation contractuelle de l'une ou l'autre des parties.

[709] Exemples : ◆ Cass. civ. 1ère, 4 février 1976, *Bull. civ.*, I, n°53 : *« La résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée même si l'exécution n'est pas fautive »*.

◆ Cass. civ. 3ème, 9 octobre 1979, *D.* 1980, IR, 228, obs. BERR et GROUTEL.

◆ Cass. civ. 3ème, 21 avril 1987, *Bull. civ.*, III, n°93 ; *RTDciv.* 1988, p.536, obs. J. MESTRE à propos de la mésintelligence entre les contractants qui est une cause de résolution judiciaire.

[710] Cass. com., 2 juillet 1996, *Bull. civ.*, IV, n°198 ; *RTDciv.* 1997, p.130, obs. J. MESTRE ; *JCP* 1996, I, 3983, n°14, obs. C. JAMIN : *« La résolution peut être prononcée par le juge en cas d'inexécution partielle dès lors qu'elle porte sur une obligation déterminante de la conclusion du contrat »*.

[711] Exemples : ◆ Cass. civ. 1ère, 23 novembre 1955, *Bull. civ.*, I, n°405 ; *JCP*, 1955, IV, 181.

◆ Cass. civ. 3ème, 5 février 1971, *JCP*, G, 1971, IV, p.65.

◆ Cass. civ. 3ème, 4 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 2, panorama de jurisprudence, p.282 ; *JCP* 1982, IV, 246.

◆ Cass. civ. 3ème, 26 janvier 1983, *JCP*, G, 1983, IV, p.107.

◆ Cass. civ. 3ème, 4 mai 1994, *Bull. civ.*, III, n°84.

[712] Cass. civ. 3ème, 25 mai 1976, *Bull. civ.*, III, n°229.

D'autres auteurs, au contraire, estiment que seule la faute grave [713], à tout le moins « suffisamment grave » [714], peut légitimer le recours à la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée déterminée [715].

265 C'est cette seconde interprétation qui est retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 20 mars 1990 précédemment évoqué. Elle décide, en effet, qu'en vertu des *« dispositions d'ordre public de l'article L. 122-3-9 du Code du travail* (aujourd'hui L. 122-3-8) *»*, la résiliation judiciaire du contrat à durée déterminée « *n'est possible pour faute que si celle-ci revêt le caractère d'une faute grave »* [716].

Pour certains auteurs [717], cette solution mérite entière approbation. Et ce, pour plusieurs raisons.
Selon eux, d'une part, l'article L. 122-3-8 alinéa 1er du Code du travail s'attache plus à définir les conditions de fond de la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qu'à en préciser les modes : *« Sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure »*. Par la généralité de la formule utilisée, F. GÉA en déduit qu'*« il ne fait guère de doute que ce texte vise tous les modes de rupture »* [718]. Ainsi, à l'exception de la rupture d'un commun accord,

---

[713] P.-H. ANTONMATTÉI, note sous Cass. soc., 20 mars 1990, *JCP*, E, 1990, II, 15 884, n°4, p.611.

[714] G.-H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, Dalloz, 2ème édition, 1982, n°660.

[715] Ainsi J. SAVATIER écrit-il, à propos de l'article L. 122-1 du Code du travail, tel qu'il résultait de la loi du 3 janvier 1979 : *« on se demande […] dans quelles hypothèses autres que la faute grave de l'une des parties ou la force majeure, la résiliation judiciaire du contrat pourrait être prononcée »* : J. SAVATIER, « La résiliation judiciaire des contrats de travail des salariés non protégés », *Dr. soc.* 1979, p.414.

[716] Cass. soc., 20 mars 1990, *Bull. civ.*, V, n°121 ; *D.* 1991, jurisprudence, p.143, note J. MOULY ; *JCP*, E, 1990, II, 15 884, n°4, p.610, obs. P.-H. ANTONMATTEI.

[717] Voir :
- F. GÉA, « Heurs et malheurs de la résiliation judiciaire en droit du travail » in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p.523.
- I. DAUGAREILH, « La résiliation judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992, p.807.
- J. MOULY, note sous Cass. soc., 20 mars 1990, *D.* 1991, jurisprudence, p.146.

[718] F. GÉA, « Heurs et malheurs de la résiliation judiciaire en droit du travail » in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p.523.

tous les autres modes de rupture du contrat de travail à durée déterminée sont soumis à un régime identique en ce qui concerne les conditions de fond.
D'autre part, souligne F. GÉA, admettre que la résiliation judiciaire puisse être prononcée pour des causes différentes de la rupture unilatérale anticipée, notamment pour faute sérieuse est difficilement admissible. En effet, ceci implique que le titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée perde tout avantage, en terme de stabilité d'emploi, par rapport à celui qui a été engagé sans limitation de durée. À la précarité de l'emploi, s'ajouterait la précarité du statut juridique [719].

Certains auteurs ont donné une autre portée à l'arrêt du 20 mars 1990. Portée plus restrictive dans la mesure où, rendu à propos de la résiliation judiciaire pour faute, cet arrêt n'empêcherait pas de se prévaloir d'autres motifs tels l'insuffisance professionnelle ou la maladie prolongée perturbant le bon fonctionnement de l'entreprise et nécessitant un remplacement définitif du salarié [720]. Ce ne serait donc que dans l'hypothèse de la résolution pour faute que le juge se trouverait lié par la grille d'analyse que pose le Code du travail. En l'absence de faute, la résiliation judiciaire demeurerait opérationnelle sur les bases du droit commun. Le juge se devrait de rechercher si les manquements de l'une ou l'autre partie sont de nature à entraîner la disparition de la cause de l'obligation réciproque.

266 Cette interprétation est écartée par la Cour de cassation.
Dans un arrêt du 27 mai 1992 [721] la Cour de cassation traite de façon identique la rupture pour inexécution fautive et la rupture pour faute en les soumettant toutes deux aux dispositions de l'article L. 122-3-8 du Code du travail. Cet arrêt, rendu à propos d'une clause résolutoire, consacre implicitement le principe selon lequel la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée déterminée n'est autorisée que pour les causes limitativement énumérées par l'article L.

En sens contraire : C. SAINT-DIDIER, *Droit du travail et droit des obligations. Etude d'une opposition*, Thèse, Université d'Aix-Marseille III, 1996, p.214.

[719] Dans le même sens : J. MOULY, note sous Cass. soc., 20 mars 1990, *D.* 1991, jurisprudence, p.146.

[720] Voir : G. POULAIN, *Les contrats à durée déterminée*, Litec, 1988, n°385, p.300.

[721] Cass. soc., 27 mai 1992, *JCP*, 1992, E, II, p.378, note J. MOULY.

122-3-8 du Code du travail, c'est à dire en cas de faute grave ou de force majeure [722].
La solution est confirmée par un arrêt du 15 juin 1999 [723]. Dans celui-ci, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui *« après avoir rappelé que le contrat à durée déterminée ne pouvait être rompu avant son terme, en vertu de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, que pour faute grave ou force majeure, et constaté qu'il n'existait ni faute grave, ni force majeure, a exactement décidé que l'action en résiliation judiciaire introduite par l'employeur n'était pas recevable »*.

Cette solution aboutit donc à attribuer clairement à l'article L. 122-3-8 du Code du travail la qualité de norme de référence en matière de rupture des contrats à durée déterminée. Ce faisant, la Cour de cassation nie l'autonomie de la résiliation judiciaire et évite que ce mode de rupture ne permette une neutralisation de l'article L. 122-3-8 du Code du travail.

267 Neutralisation impossible d'ailleurs tant pour l'employeur que le salarié.
En effet, la jurisprudence exige pareillement du salarié la preuve d'une faute grave de son employeur à l'appui de sa demande en résiliation judiciaire [724].

---

[722] Un motif économique ne saurait justifier la résiliation judiciaire car il ne caractérise pas un cas de force majeure : Cass. soc., 20 février 1996, n°93-42.663, *CSBP* 1996, n°82, p.232, obs. J. MORVILLE.

[723] Cass. soc., 15 juin 1999, n°98-44.295, *Bull. civ.*, V, n°277 ; *D.* 1999, jurisprudence, p.623 ; *Dr. soc.* 1999, p.836, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 8-9/99, n°1029.

[724] Voir par exemple : ◆ Cass. soc., 10 janvier 2001, n°98-45.813, *Jur. soc*., septembre 2001, p.239 : En l'espèce, la Cour de cassation estime qu'est légalement justifié l'arrêt qui, pour prononcer la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur, du contrat de travail à durée déterminée d'une salariée a relevé qu'une associée de la société avait eu un comportement violent à l'égard de l'intéressée lui occasionnant un état d'anxiété aigu.

◆ Cass. soc., 18 juillet 2001, *RJS* 11/01, n°1264 : La Cour de cassation accueille la demande d'un salarié en résiliation de son contrat de travail à durée déterminée pour faute grave imputable à l'employeur. En l'espèce, la faute de l'employeur consiste en le non-paiement des indemnités de trajet et d'un complément de salaire dû pendant un arrêt de travail.

◆ Cass. soc., 7 novembre 2001, *CSBP* 2002, n°136, S 8, obs. C. CHARBONNEAU : En l'espèce, la Cour de cassation accueille la demande de résiliation d'une salariée titulaire d'un contrat de qualification dans la mesure où l'employeur, en n'organisant aucun enseignement général, professionnel ou technologique, n'avait pas respecté son obligation de formation et avait, en conséquence, commis une faute grave.

◆ Cass. soc., 14 janvier 2004, n° 01-40.489, *CSBP* 2004, n°159, A 26, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2004, n°21, p.1473, note J. MOULY ; *Dr. soc.* 2004, p.306, note C. RADÉ ; *RJS* 3/04, n°291 ;

Le recours à la résiliation judiciaire perd donc, en pratique, tout intérêt dès lors qu'est admise la rupture immédiate du contrat de travail pour les mêmes motifs.

C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation n'hésite pas, en 2001, à franchir une étape supplémentaire.

b - Acte deux : la résiliation judiciaire du CDD, un mode de rupture prohibé

La Cour de cassation franchit en 2001 une étape supplémentaire en adoptant une position différente mais s'inscrivant dans la même dialectique : elle ferme, de manière générale, à l'employeur la voie de la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée déterminée (α).

De telle sorte que, lorsque la question vient à lui être posée sur l'hypothèse spécifique du salarié titulaire d'un CDD déclaré inapte suite à un accident ou une maladie non professionnelle, la Cour de cassation ne tergiverse pas : elle refuse d'ouvrir à l'employeur l'accès à la résiliation judiciaire (β).

α – Une condamnation générale pour l'employeur

268 Le coup de grâce de la résiliation judiciaire du CDD est donné avec l'arrêt du 4 décembre 2001 [725] rendu à propos d'une action en résiliation judiciaire d'un contrat de qualification, contrat de travail à durée déterminée d'insertion en alternance.
Plus précisément, en l'espèce, une salariée est engagée en qualité d'assistante dentaire dans le cadre d'un contrat de qualification. L'employeur, lui reprochant ses refus caractérisés d'obéissance, la met à pied à titre conservatoire et saisit le juge afin de voir prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail pour faute grave. La Cour d'appel condamne alors l'employeur au paiement des salaires restant à courir jusqu'au terme à titre de dommages et intérêts, estimant qu'il n'y avait pas de faute grave.

TPS, mars 2004, n°73 : L'employeur qui n'a pas satisfait à son obligation de fournir du travail à son salarié commet une faute grave justifiant la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée déterminée.

[725] Cass. soc., 4 décembre 2001, n°99-46.364, *CSBP* 2002, n°137, S 69, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2002, n°30, jurisprudence, p.2361, note J. MOULY ; *Jur. soc.*, juillet 2002, p.229 ; *RJS* 2/02, n°149.

La Chambre sociale confirme cette analyse. Elle rejette le moyen au pourvoi, placé sur le terrain de la stricte application procédurale de l'article 1184 du Code civil, en adoptant un raisonnement en deux temps.

Elle rappelle tout d'abord les règles applicables au contrat de qualification soumis, quant à sa rupture, à la réglementation du contrat à durée déterminée : *« Attendu, en premier lieu, que les parties étaient liées par un contrat de qualification dont la rupture avant l'échéance du terme, conformément aux dispositions de l'article L. 122-3-8 du Code du travail qui lui sont applicables, ne peut intervenir, à défaut d'accord des parties, qu'en cas de faute grave ou de force majeure »*.

Puis, elle en tire les conséquences et formule une règle de portée générale : *« Attendu, en deuxième lieu, que* ***l'employeur*** *qui peut rompre le contrat à durée déterminée dans ces conditions,* ***n'est pas recevable à demander la résiliation judiciaire d'un tel contrat****, en sorte que l'exercice de son action s'analyse en une rupture anticipée de ce contrat »*.

Ainsi, l'action en résiliation judiciaire est une voie fermée à l'employeur dans un contrat de travail à durée déterminée, que ce soit un contrat « aidé » affecté d'un terme, et même s'il s'agit d'une faute grave avérée.

Cette solution subit la critique de C. ROY-LOUSTAUNAU [726] en ce qu'elle conduit *« à des résultats concrets aberrants en matière de contrat d'insertion en alternance »*. Elle se demande, à dire vrai, s'il n'y a pas *« en droit positif, quelque incohérence d'admettre qu'en matière de rupture du contrat d'apprentissage la seule voie possible soit la résiliation judiciaire pour les motifs énoncés par le Code, tandis que dans le même temps cette voie judiciaire est interdite dans le contrat de qualification ? »*. Elle comprend d'autant plus mal cette divergence de régime juridique que les deux contrats de formation en alternance sont très voisins en ce qu'ils concernent sur le terrain les mêmes jeunes en quête de formation qualifiante. Elle juge en conséquence que *« cette complexité inutile [...] s'avère à tout le moins désastreuse et discriminante »*. C. ROY-LOUSTAUNAU se prend alors *« à rêver d'un droit commun de la rupture des contrats d'insertion en alternance »* [727].

---

[726] C. ROY-LOUSTAUNAU, « Le recours à l'article 1184 du Code civil dans le cadre des CDD : l'impossibilité ? », *Dr. soc.* 2002, p.406-409.

[727] Cette proposition est appuyée par G. PIGNARRE qui se demande : *« Pourquoi ne pas appliquer aux jeunes liés par un contrat d'insertion en alternance les solutions dégagées en matière d'apprentissage ? »*,

269 Il n'en demeure pas moins que, à l'avenir, **hormis le contrat d'apprentissage et le cas du salarié sous contrat de travail à durée déterminée devenu inapte consécutivement à un accident du travail ou une maladie professionnelle, il n'est plus de place pour la résiliation judiciaire à l'initiative de l'employeur.**
Si l'employeur s'engage tout de même dans cette voie, son action s'analysera en une rupture anticipée du contrat. Le salarié peut alors prétendre à l'indemnité de l'article L. 122-3-8 du Code du travail puisqu'il se trouve dans l'impossibilité d'exécuter sa prestation de travail jusqu'au terme du contrat en raison des agissements de l'employeur.

Cette condamnation prétorienne de la résiliation judiciaire requise par l'employeur s'inscrit dans une tendance contemporaine plus générale de la jurisprudence travailliste qui, hostile aux modes de rupture tirés du droit commun des obligations affirme la prévalence des régimes de rupture organisés par le Code du travail.
Néanmoins, la Cour de cassation continue, à ce jour, de laisser la voie de la résiliation judiciaire ouverte au salarié [728].

Par ailleurs, il est un cas où le Code du travail demeure muet. Il s'agit de l'hypothèse du salarié titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée déclaré inapte par le médecin du travail à occuper son emploi suite à un accident ou une maladie « ordinaires ». Nous avons vu antérieurement que le législateur, dans l'article L. 122-32-9 du Code du travail, offre la possibilité à l'employeur de rompre un tel contrat lorsque l'inaptitude est d'origine professionnelle. Dans le silence de la loi, c'est la Cour de cassation qui apporte son interprétation en ce domaine.

« L'originalité du contentieux du contrat d'apprentissage », *Semaine Sociale Lamy* du 1er mars 1999, n°923 in Le contentieux des contrats de travail particuliers, p.61.

[728] Voir notamment : Cass. soc., 14 janvier 2004, n° 01-40.489, *D.* 2004, n°21, p.1473, note J. MOULY ; *Dr. soc.* 2004, p.306, note C. RADÉ ; *RJS* 3/04, n°291.

β – *Une condamnation spécifique : La résiliation judiciaire du CDD du salarié dont l'inaptitude est d'origine non professionnelle*

(i) Un mode de rupture prohibé

270 La Chambre sociale de la Cour de cassation livre son interprétation de l'article L. 122-32-9 du Code du travail, texte spécifique à l'inaptitude d'origine professionnelle, au travers d'un avis en date du 29 avril 2002 [729].

En l'espèce, une salariée est engagée par contrat de qualification à durée déterminée le 25 septembre 2000. Son contrat de travail doit prendre fin le 31 août 2002. À la suite d'un arrêt de travail pour maladie, la salariée est vue par le médecin du travail qui, à la suite du second examen médical, la déclare « inapte au poste d'employée libre service et à muter à un poste moins physique comme employée de bureau ». Après avoir tenté en vain avec le médecin du travail de procéder au reclassement de la salariée sur un poste compatible avec son état de santé et sa formation, l'employeur saisit le Conseil des prud'hommes d'Avignon d'une demande en résiliation judiciaire du contrat de travail à durée déterminée sur le fondement de l'article L. 122-32-9 du Code du travail.

Le Conseil de prud'hommes estime qu'en présence d'un contrat de travail qui ne peut être ni exécuté ni rompu avant son terme, il y là une difficulté constituant une question de droit nouvelle. Il surseoit donc à statuer pour demander l'avis de la Cour de cassation [730]. La demande d'avis est ainsi libellée : *« Peut-on prononcer la résiliation judiciaire du contrat de*

---

[729] Avis Cass. soc., 29 avril 2002, *Dr. ouvrier*, juillet 2002, p.350 ; *Dr. soc.* 2002, p.771, obs. J. SAVATIER ; *JCP*, G, 2002, II, 10 142, note J. MOULY ; *RJS* 8-9/02, n°966 ; *TPS* août – septembre 2002, n°251, p.11 ; S. BOURGEOT, « Contrat de travail à durée déterminée – Résiliation judiciaire en cas d'inaptitude physique du salarié », *RJS* 8-9/02, p.707-710.

[730] Cette demande d'avis s'inscrit dans le cadre de la procédure mise en place par la loi du 15 mai 1991. Celle-ci permet aux juges du fond de saisir la Cour de cassation pour connaître sa position sur une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges. La Cour de cassation, dont la décision ne s'impose pas aux juges du fond, est ainsi amenée à statuer de façon abstraite, indépendamment des circonstances de la cause.

Sur une critique de cette procédure, voir : M. GOBERT, « La jurisprudence, source de droit triomphante mais menacée », *RTDciv.* 1992, p.344 et s.

travail à durée déterminée au motif d'une impossibilité pour les parties d'exécuter leurs obligations contractuelles jusqu'au terme du contrat, résultant d'une inaptitude physique non professionnelle. Autrement dit, l'article L. 122-3-8 du Code du travail ne fait-il pas obstacle à l'article 1184 du Code civil ? » ou *« En l'absence de texte légal sur la résiliation judiciaire pour une inaptitude à caractère non professionnel, peut-on raisonner par analogie à l'article L. 122-32-9 du Code du travail qui prescrit la résolution judiciaire du contrat de travail à durée déterminée pour inaptitude physique à caractère professionnel ? »*.

À cette question, la Chambre sociale de la Cour de cassation répond sous forme de principe : *« L'employeur d'un salarié engagé par contrat de travail à durée déterminée, et déclaré par le médecin du travail inapte à son emploi en conséquence d'un accident ou d'une maladie non professionnels, ne peut pas exercer l'action en résolution judiciaire prévue à l'article L. 122-32-9 du Code du travail ;* ***une telle action exige que l'inaptitude physique du salarié ait une origine professionnelle*** *»*.

Cet avis suscite une vive controverse doctrinale.

271 Certains auteurs [731] approuvent la décision de la Cour de cassation en considérant que l'article L. 122-32-9, écrit uniquement pour les inaptitudes d'origine professionnelle, ne peut s'appliquer aux inaptitudes faisant suite à des maladies ou accidents ordinaires. Une telle opinion reposant alors sur une interprétation strictement littérale du texte.

En outre, il est mis en avant que l'article L. 122-32-9 est placé dans le Code du travail dans la section fixant *« les règles particulières aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle »*. En conséquence, il est légitime d'affirmer, comme le fait la Cour de cassation, que *« l'action en résolution judiciaire prévue par l'article L. 122-32-9 exige que l'inaptitude physique du salarié ait une origine professionnelle »* [732].

Enfin, le dernier argument exposé en faveur de la solution consacrée par la Cour de cassation, concerne l'interprétation stricte dont doit faire l'objet l'article L. 122-32-9 du Code du travail. En effet, nous l'avons précisé précédemment, aujourd'hui, la Cour de cassation condamne l'usage par l'employeur de la résiliation judiciaire en matière de contrat de travail à durée déterminée. L'article L. 122-32-9 ne constitue qu'une exception à ce principe. À ce titre, il ne

---

[731] Voir : ◆ G. LACHAISE, note sous Cass. soc., 12 juillet 1999, *JCP*, G, 2000, II, 10 273, p.485-488.
◆ C. ROY-LOUSTAUNAU, note sous Cass. soc., 4 décembre 2001, *Dr. soc.* 2002, p.408.

[732] J. SAVATIER, observations sous Avis Cass. soc. 29 avril 2002, *Dr. soc.* 2002, p.772.

doit pas être interprété de manière extensive et ne peut, subséquemment, être appliqué par analogie aux inaptitudes physiques d'origine non professionnelle.

272 De façon antithétique, d'autres auteurs, optent, en faveur d'une extension de l'article L. 122-32-9 du Code du travail aux inaptitudes d'origine non professionnelle. Et ce, pour plusieurs raisons autant théoriques que pragmatiques.

Tout d'abord, d'un point de vue conceptuel, J. MOULY démontre que *« l'absence de disposition particulière en cas d'inaptitude d'origine non professionnelle est purement fortuite »* [733]. Pour comprendre cette omission il convient de se replacer dans le contexte de l'époque où la loi du 7 janvier 1981 a été adoptée.

Dès 1975, la Cour de cassation décide que la rupture du contrat de travail due à l'inaptitude physique du salarié et consécutive à une maladie professionnelle ou un accident du travail laisse la rupture imputable à l'employeur, l'inaptitude étant la réalisation de risques liés à l'activité de l'entreprise [734]. Cette solution dégagée à propos des contrats à durée indéterminée est applicable aux contrats de travail à durée déterminée. La conséquence est que l'employeur ne peut plus rompre le contrat de travail du salarié déclaré inapte à son emploi à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle puisque l'inaptitude ne peut justifier une rupture anticipée en application de l'article L. 122-3-8 du Code du travail.

C'est pour sortir de cette impasse que le législateur imagine la piste de la résiliation judiciaire en 1981. Parce que l'employeur démontre l'impossibilité du reclassement, il est autorisé à demander la résiliation judiciaire du contrat avant le terme stipulé. Mais parce que la rupture lui est néanmoins « imputable » il est débiteur d'une obligation financière.

Il y a là une solution qui n'avait pas à être prise dès lors que l'inaptitude n'avait pas une origine professionnelle puisque le droit positif laissait alors la rupture du contrat imputable au salarié. Il suffisait donc à l'employeur de prendre acte de celle-ci pour se libérer du contrat.

---

[733] 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. 1070.
Opinion partagée par S. BOURGEOT, *« la circonstance que le législateur n'ait pas visé l'inaptitude d'origine non professionnelle n'apparaît pas être un obstacle à l'extension »* : S. BOURGEOT, « Contrat de travail à durée déterminée – Résiliation judiciaire en cas d'inaptitude physique du salarié », *RJS* 8-9/02, p.709.

[734] Cass. soc., 11 juillet 1975, *Cahiers prud'homaux*, 1976, n°2, p.15.

Ce n'est qu'en 1990, par un arrêt en date du 29 novembre [735], que la Cour de cassation modifie sa jurisprudence et adopte des solutions unifiées en matière d'imputabilité de la rupture que l'inaptitude soit ou non d'origine professionnelle. À partir de cette date, l'inaptitude physique du salarié, même d'origine non professionnelle, laisse la rupture imputable à l'employeur.

En conséquence, il ne faut pas déduire de l'absence de dispositions spécifiques à l'inaptitude d'origine non professionnelle en cas de CDD *« une quelconque volonté du législateur d'exclure la possibilité d'une résiliation judiciaire au bénéfice de l'employeur »* [736].

S. BOURGEOT, conseiller référendaire et rapporteur de l'avis, va même plus loin en écrivant que *« la ratio legis de l'article L. 122-32-9 alinéa 2 commanderait d'étendre la résolution judiciaire du contrat à durée déterminée en présence d'une inaptitude d'origine non professionnelle »* [737].

Un autre argument textuel, mis en avant par S. BOURGEOT, milite en faveur de l'extension de l'article L. 122-32-9 à l'inaptitude d'origine non professionnelle. Il s'agit de l'admission par la Chambre sociale de la Cour de cassation de la rupture anticipée du contrat à durée déterminée dans d'autres hypothèses que celles expressément prévues à l'article L. 122-3-8 du Code du travail, et particulièrement lorsque celui-ci n'a plus de cause ou d'objet [738]. Or, en cas d'inaptitude physique, et dans l'hypothèse où le reclassement s'avère impossible, le salarié n'est plus en mesure d'accomplir sa prestation de travail, le contrat de travail n'a plus d'objet. L'employeur devrait alors pouvoir en obtenir la résiliation judiciaire.

---

[735] Cass. soc., 29 novembre 1990, n°87-43.243, *Bull. civ.*, V, n°600 ; *D.* 1991, jurisprudence, p.339, note N. DECOOPMAN ; *RJS* 1/91, n°11 : *« La résiliation par l'employeur du contrat de travail du salarié atteint d'une invalidité le rendant inapte à exercer toute activité dans l'entreprise s'analyse en un licenciement »*. Solution confirmée par le législateur en 1992 : Loi n°92-1446 du 31 décembre 1992, *J.O.* du 1er janvier 1993.

[736] 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. 1070.

[737] S. BOURGEOT, « Contrat de travail à durée déterminée – Résiliation judiciaire en cas d'inaptitude physique du salarié », *RJS* 8-9/02, p.709.

[738] Ainsi, a t-il été jugé dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée que *« dès l'obtention du diplôme sanctionnant l'acquisition de la formation professionnelle objet du contrat, le salarié est fondé à refuser de poursuivre l'exécution du contrat »* : Cass. soc., 20 octobre 1998, *Bull. civ.*, V, n°430 ; *RJS* 1/99, n°87.

À ceci s'ajoute que, d'un point de vue pratique, cette position de la Cour de cassation aboutit à une impasse juridique puisqu'elle interdit tout simplement à l'employeur de rompre le contrat. En effet, faute d'extension par analogie du champ d'application de l'article L. 122-32-9, il faut se référer au droit commun. Le principe posé par l'article L. 122-3-8 du Code du travail est que *« Sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure »*.
Or, l'inaptitude du salarié, d'origine non professionnelle, l'empêche d'exécuter ses obligations contractuelles mais ne peut constituer une faute grave.
J. SAVATIER [739] s'interroge alors pour savoir si une faute ne peut être reprochée au salarié qui refuse le reclassement proposé par l'employeur, en application de l'article L. 122-24-4 du Code du travail, à la suite de son inaptitude à reprendre son emploi constatée par le médecin du travail. Très vite, l'auteur constate que le refus du poste de reclassement ainsi proposé au salarié n'est pas en soi constitutif d'une faute grave ou même simplement d'une faute constituant une cause réelle et sérieuse de licenciement [740]. Il n'est donc pas possible de considérer le refus du poste de reclassement comme une faute grave qui autoriserait l'employeur à mettre fin de manière anticipée au CDD.

Il n'est pas davantage envisageable, d'après la jurisprudence, de considérer la survenance de l'inaptitude physique, qu'elle ait une origine professionnelle ou non, comme un cas de force majeure autorisant l'employeur à rompre avant l'échéance du terme le CDD [741].

---

[739] J. SAVATIER, observations sous Avis Cass. soc., 29 avril 2002, *Dr. soc.* 2002, p.772.

[740] Cass. soc., 9 avril 2002, n°99-44.192, *Dr. soc.* 2002, p.661, obs. J. SAVATIER ; *RJS* 7/02, n°807.

[741] Voir : ◆ Cass. soc., 12 décembre 1995, n°92-41.722.

◆ Cass. soc., 23 mars 1999, n°96-40.181, *Bull. civ.*, V, n°136 ; *CSBP* 1999, n°111, S 270, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 1999, jurisprudence, p.470, note F. LAGARDE ; *Dr. soc.* 1999, p.623, obs. J.-P. KARAQUILLO ; *RJS* 5/99, n°703 : *« **l'inaptitude du salarié** […] **ne constitue pas un cas de force majeure** justifiant la rupture immédiate du contrat à durée déterminée »*.

◆ Cass. soc., 12 juillet 1999, n°97-41.131, *Bull. civ.*, V, n°344; *CSBP* 1999, n°114, S 486, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 1999, p.952, obs. J. SAVATIER ; *JCP*, G, 2000, II, 10 273, note G. LACHAISE, p.485-488 ; *RJS* 11/99, n°1353 : ***« la déclaration d'inaptitude par le médecin du travail ne présente pas le caractère d'imprévisibilité de la force majeure** autorisant la rupture du contrat à durée déterminée avant son terme »*.

◆ Cass. soc., 12 février 2003, n°00-46.660, *CSBP* 2003, n°150, S 223, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 5/03, n°597 ; *Semaine Sociale Lamy* du 24 février 2003, n°1111, p.12-14, obs. F. CHAMPEAUX ; *TPS*, avril 2003, n°136, p.10 : *« la force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer de*

C'est ce refus de voir un cas de force majeure dans l'inaptitude physique survenue au cours du contrat que J. SAVATIER veut reconsidérer. Selon lui, *« il suffirait d'admettre que la modification de l'aptitude au travail, constatée par le médecin du travail, peut être qualifiée d'événement de force majeure faisant obstacle à la poursuite du contrat, pour permettre à l'employeur de rompre unilatéralement un contrat à durée déterminée, sans avoir besoin de recourir à la technique de la résolution judiciaire du contrat »* [742].

Cette proposition est loin de faire l'unanimité. Ainsi, J. MOULY la juge inadmissible et dévastatrice dans la mesure où elle remet totalement en cause l'œuvre jurisprudentielle alignant progressivement le régime juridique de l'inaptitude physique d'origine non professionnelle sur celui de l'inaptitude résultant de la réalisation d'un risque d'entreprise. Il la condamne, en outre, car étant *« parfaitement contraire aux dispositions du Code du travail, le législateur ayant confirmé, notamment en 1992, l'œuvre susmentionnée de la jurisprudence »* [743]. L'assimilation de l'inaptitude physique d'origine non professionnelle à la force majeure est, en conséquence, pour lui, irrecevable.

L'employeur se trouve donc devant une impasse juridique : le salarié déclaré inapte physiquement suite à un accident ou une maladie ordinaires n'est pas en état de travailler. Or, l'employeur ne peut saisir le juge afin qu'il prononce la résiliation judiciaire et ne peut davantage rompre de manière anticipée le CDD.

Si l'employeur s'engage tout de même dans la voie de la rupture anticipée, il est tenu de verser au salarié inapte *« des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat »* [744].

---

tout ou partie des obligations nées de la rupture d'un contrat de travail s'entend de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite dudit contrat ; que ***ne présente pas ce caractère l'inaptitude à son emploi d'un salarié*** *».*

◆ Cass. soc., 18 novembre 2003, n°01-44.280, *Dr. soc.* 2004, p.302, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 1/04, n°12 : *« **l'inaptitude physique d'un salarié ne constitue pas un cas de force majeure** autorisant la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée ».*

[742] J. SAVATIER, observations sous Avis Cass. soc., 29 avril 2002, *Dr. soc.* 2002, p.773.

[743] J. MOULY, note sous Avis Cass. soc., 29 avril 2002, *JCP*, G, 2002, II, 10 142, p.1640.

[744] Article L. 122-3-8 du Code du travail.

273 Soucieuse de ne pas faire supporter aux employeurs le résultat de la conjugaison de la non application de l'article L. 122-32-9 et de l'application, cette fois, des dispositions de l'article L. 122-3-8, la Cour de cassation intervient dans un arrêt en date du 18 novembre 2003 [745].

En l'espèce, une caissière est engagée le 26 septembre 1995 pour deux ans. En octobre 1996, elle est déclarée inapte à son emploi. Quelques jours plus tard, sa société rompt le contrat en invoquant l'inaptitude et l'impossibilité de la reclasser.

La Chambre sociale de la Cour de cassation règle la situation de blocage jusqu'alors en vigueur en posant un nouveau principe : *« lorsqu'un salarié n'est pas en mesure de fournir la prestation inhérente à son contrat de travail, son employeur ne peut être tenu de lui verser un salaire sauf disposition légale, conventionnelle ou contractuelle particulière ; que si l'inaptitude physique du salarié ne constitue pas un cas de force majeure autorisant la rupture anticipée du contrat à durée déterminée**, une telle inaptitude et l'impossibilité du reclassement de l'intéressé n'ouvrent pas droit au paiement des salaires restant à courir jusqu'au terme du contrat ni à l'attribution de dommages et intérêts compensant la perte de ceux-ci** ».

La Cour de cassation dédouane donc l'employeur de son obligation de payer au salarié, qui n'est pas en mesure de travailler, sa rémunération. Elle permet, de ce fait, de maintenir le contrat de travail à durée déterminée jusqu'à l'échéance de son terme.

L'argumentation de la Cour de cassation repose sur la théorie des obligations et, spécifiquement, sur le principe de l'exception d'inexécution [746] qui s'applique en raison du caractère synallagmatique du contrat de travail : puisque le contrat de travail n'est plus suspendu mais n'est plus exécuté par le salarié, l'employeur ne peut être tenu de lui verser un salaire. En d'autres termes, c'est parce que le contrat de travail est un contrat dans lequel l'obligation de l'employeur de payer un salaire trouve sa contrepartie dans le travail fourni par

---

[745] Cass. soc., 18 novembre 2003, n°01-44.280, *CSBP* 2004, n°157, A 14, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2004, n°17, p.1194, note J.-P. KARAQUILLO ; *Dr. ouvrier*, août 2004, p.376, note M.-F. BIED-CHARRETON ; *Dr. soc.* 2004, p.302, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *Jur. soc.*, mai 2004, p.140 et p.144 ; *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 1er décembre 2003, n°841 ; *RJS* 1/04, n°12.

[746] Traduction du principe *« Exceptio non adimpleti contractus »*.

Dans un contrat synallagmatique, il s'agit d'un moyen de défense de l'une des parties qui consiste à ne pas exécuter son obligation tant que l'autre contractant n'a pas effectué sa prestation.

le salarié que l'impossibilité pour le second de fournir sa prestation entraîne le non versement du prix.

274 Le mécanisme civiliste de l'exception d'inexécution conduit à une suspension du contrat qui est purement provisoire. C'est une solution d'attente. Elle permet à son auteur de faire pression sur son cocontractant pour obtenir satisfaction mais ne résout pas la question définitivement. En effet, le contrat simplement suspendu reste valable et n'est pas anéanti [747], de sorte que, sitôt que l'autre partie s'exécutera, le créancier devra lui aussi reprendre l'exécution.
Ainsi, en pratique, l'exception d'inexécution n'a de sens que durant la période où le créancier espère encore pouvoir obtenir l'exécution du contrat : il peut d'ailleurs, parallèlement, mettre en œuvre les procédures de contrainte prévues à cet effet. Mais sitôt cet espoir évanoui, le contractant déçu ne doit pas se borner à cette attitude purement passive et défensive : il doit demander la résiliation judiciaire du contrat.

Au regard de ces éclaircissements de droit des obligations, nous comprenons que la solution dégagée par la Cour de cassation dans son arrêt susmentionné du 18 novembre 2003 est incohérente. En effet, il est inconcevable d'autoriser l'employeur à suspendre le paiement des salaires afin de faire pression sur le salarié titulaire d'un CDD déclaré inapte afin qu'il reprenne son emploi. Une telle action entre directement en opposition avec l'avis médical délivré par le médecin du travail déclarant le salarié inapte à occuper son emploi. Certes, il s'agit ici d'une inaptitude dont l'origine ne se trouve pas dans un risque engendré par l'entreprise. Il n'en demeure pas moins qu'une telle action de l'employeur s'avère condamnable.
Par ailleurs, le mécanisme de l'exception d'inexécution se caractérise par son caractère temporaire. Or, nous l'avons vu dans de précédents développements, la durée d'un contrat de travail à durée déterminée peut parfois être longue. Il en va notamment de la sorte pour les contrats à durée déterminée « d'usage » ou encore pour les contrats ayant pour objet une formation professionnelle. Dès lors, il paraît inévitable que, parfois, la durée restant à courir entre la constatation de l'inaptitude et l'échéance du terme soit longue. En conséquence, la solution livrée par la Cour de cassation entre en contradiction avec la logique même de la

[747] En sens contraire : J. ROCHE-DAHAN, « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1994, chronique, p.255-258.

technique civiliste de l'exception d'inexécution. Il ne pourrait en être différemment que si les juges admettaient qu'il ne s'agit que d'une mesure provisoire, dans l'attente d'une action positive de l'employeur.

275 Or, l'employeur n'est pas en droit de rompre le contrat de travail à durée déterminée de manière anticipée. La rupture est injustifiée. Cependant, poursuit la Cour de cassation, dans ce même arrêt du 18 novembre 2003 : *« si c'est à tort que l'employeur a rompu le contrat de travail à durée déterminée le liant à sa salariée, celle-ci n'ayant pas droit à une rémunération dès lors qu'elle ne pouvait exercer effectivement ses* ***fonctions ne peut prétendre qu'à l'attribution de dommages et intérêts résultant du préjudice subi*** *»*.

La rupture prématurée du contrat de travail à durée déterminée demeure donc interdite mais mérite une sanction consistant en des dommages et intérêts calculés selon le droit commun des obligations, c'est à dire à hauteur du préjudice subi.

Le problème, dans le domaine ici étudié, est le calcul de ce préjudice. Comment les juges du fond, qui ne sont plus liés par l'indemnisation de l'article L. 122-3-8 alinéa 3 du Code du travail, doivent-ils calculer ce préjudice ? En effet, l'inaptitude (d'origine non professionnelle) n'est pas ici un risque de l'entreprise. Concrètement, un auteur se demande donc si le préjudice peut être plus que de portée symbolique dans la mesure où, précisément, le salarié se trouve dans l'incapacité d'occuper l'emploi [748].

Par ailleurs, J. MOULY dénonce cette indemnisation fondée sur le droit commun des obligations car, selon lui, elle *« porte atteinte à la forfaitisation de la réparation et méconnaît ainsi ouvertement la loi »* [749]. En effet, en cas de rupture anticipée par l'employeur, le préjudice réellement subi par le salarié est bien égal à la rémunération qu'il aurait touchée jusqu'au terme du contrat, c'est à dire au montant de l'indemnité prévue par l'article L. 122-3-8 que la Cour de cassation entend pourtant éviter.

---

[748] Auteur anonyme de la chronique « Contrat à durée déterminée et inaptitude », *Cahiers prud'homaux*, février 2004, p.5.

[749] J. MOULY note sous Cass. soc., 8 juin 2005, *JCP*, G, n°39 du 28 septembre 2005, II, 10 129, p.1766.

La solution de compromis [750] ainsi dégagée par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 novembre 2003, bien que permettant de sortir de l'impasse juridique dans laquelle se trouvaient les entreprises confrontées à une inaptitude d'origine non professionnelle dans le cadre d'un CDD, n'est pas à l'abri de critiques.

En effet, la décision de la Cour de cassation, si elle offre à l'employeur la faculté d'attendre en toute tranquillité l'expiration du contrat de travail à durée déterminée du salarié inapte, place ledit salarié dans une situation de précarité. Ce dernier reste prisonnier d'un contrat de travail qui ne lui procure plus de ressources et qui le prive en outre des allocations de chômage [751]. Il lui faut donc, en fait, trouver un nouvel emploi sous contrat à durée indéterminée s'il veut rompre de manière anticipée, mais légitime, le contrat de travail dont il est titulaire.

276 L'étape suivante de cette construction prétorienne est franchie par un arrêt en date du 8 juin 2005 [752].

En l'espèce, une salariée est titulaire d'un CDD (contrat emploi solidarité, puis contrat emploi consolidé). Cinq mois avant l'arrivée du terme du contrat, le médecin du travail la déclare inapte. L'employeur cesse les paiements des salaires. La salariée (et non l'employeur) saisit alors la juridiction prud'homale de demandes tendant au prononcé de la résiliation judiciaire de son contrat de travail et au paiement de dommages et intérêts au titre de la rupture.

La Cour d'appel constate que l'employeur a cessé de verser les salaires suite à la constatation de l'inaptitude de la salariée. Aussi, le délai d'un mois étant écoulé, elle retient que *« le manquement de l'employeur à son obligation de reprendre le versement des salaires à l'issue du délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise en application de l'article L. 122-24-4 du Code du travail doit s'analyser en une rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée »*. Or, *« l'inaptitude d'un salarié ne constituant pas un cas de*

---

[750] C. ROY-LOUSTAUNAU parle même de *« construction prétorienne purement artificielle »* : C. ROY-LOUSTAUNAU, *Dr. soc.* 2004, p.303.

[751] Puisque son contrat de travail n'est pas rompu.

[752] Cass. soc., 8 juin 2005, n°03-44.913 ; *Cahiers prud'homaux*, octobre 2005, p.90 ; *CSBP* 2005, n°174, A 73, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* 2005, p.918, note C. ROY-LOUSTAUNAU ; *JCP*, G, n°39 du 28 septembre 2005, II, 10 129, p.1765, note J. MOULY ; *RJS* 8-9/05, n°830.

Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 31 octobre 2005, n°04-40.537, *JCP*, S, n°6 du 7 février 2006, jurisprudence, 1117, note F. BOUSEZ.

force majeure, la méconnaissance par l'employeur des dispositions de l'article L. 122-3-8 du Code du travail ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat » [753].

Fidèle à sa jurisprudence du 18 novembre 2003, la Cour de cassation censure la Cour d'appel en ce qu'elle a accordé des dommages et intérêts au salarié en vertu de l'article L. 122-3-8 du Code du travail. Dans cette logique, elle rappelle que *« lorsqu'un salarié n'est pas en mesure de fournir la prestation inhérente à son contrat de travail, son employeur ne peut être tenu de lui verser un salaire, sauf disposition légale, conventionnelle ou contractuelle particulière »*. Puis, la Chambre sociale ajoute : *« Si* ***les dispositions*** *de l'article L. 122-24-4, alinéa 1er du Code du travail* ***relatives à l'obligation de reclassement sont applicables au contrat à durée déterminée****, celles de l'alinéa 2 du même article instituant* ***l'obligation pour l'employeur de reprendre le paiement du salaire du salarié déclaré inapte consécutivement à une maladie ou un accident et ni reclassé, ni licencié, à l'expiration du délai d'un mois à compter de l'examen médical de reprise du travail, ne sont pas applicables, le contrat à durée déterminée ne pouvant pas être rompu par l'employeur en raison de l'inaptitude physique et de l'impossibilité du reclassement*** *»*.

L'information délivrée par cet arrêt est double :

En premier lieu, l'arrêt affirme, de manière inédite, que l'obligation de reclassement est applicable au CDD en présence d'une inaptitude d'origine non professionnelle. De la sorte, si l'employeur ne peut rompre de manière anticipée le CDD et s'il n'est pas tenu de verser les salaires afférents, il doit néanmoins chercher à reclasser le salarié. De ce point de vue, il n'y a, par conséquent, pas de différence selon l'origine professionnelle ou non de l'inaptitude physique des titulaires de CDD.

L'application pratique de cet arrêt risque de s'avérer délicate. En effet, le contrat de travail à durée déterminée est conclu pour occuper un emploi précis. Aussi, pour C. ROY-LOUSTAUNAU, *« l'obligation de reclassement semble totalement étrangère à la logique du CDD. De fait, le respect de l'obligation de reclassement du salarié sur un autre emploi, approprié à ses capacités, s'avère, à notre avis, incompatible avec un contrat à durée déterminée qui, réservé à une tâche précise et non durable, doit comporter, ab initio, un motif précis et intangible de recours […] Le mécanisme de droit commun du CDD s'oppose à toute obligation de reclassement du salarié dans l'entreprise. Plus, la mise en œuvre d'une telle*

[753] CA Dijon, 28 novembre 2002.

mesure de reclassement est techniquement absurde dans le cas d'un salarié sous contrat de formation en alternance à durée déterminée » [754]. En effet, dans cette dernière hypothèse, l'employeur est lié par un cahier des charges précis et complexe destiné à la réinsertion du chômeur dans le monde du travail.
J. MOULY juge, quant à lui, cette position trop radicale. Selon cet auteur, l'obligation de reclassement a tout à fait sa place en la matière, il suffit tout au plus, dans ce cas, *« d'apprécier cette obligation de manière plus compréhensive à l'égard de l'employeur »* [755].

Le deuxième enseignement tiré de l'arrêt du 8 juin 2005 concerne l'obligation de reprendre le paiement des salaires du salarié inapte ni reclassé ni licencié après un mois. Cette solution repose sur le fait que, dans les contrats à durée déterminée, l'employeur ne possède pas le droit de licencier.
Le travailleur se trouve donc, une fois encore, confronté à une imperfection de la loi. En effet, en matière de contrat à temps, l'article L. 122-24-4 du Code du travail [756] ne prévoit rien lorsque le reclassement s'avère impossible, autorisant ainsi l'employeur à laisser les choses en l'état. Comme le souligne J. MOULY, *« le salarié se heurte alors à cette force d'inertie provenant de l'inapplicabilité de l'alinéa 2 de l'article L. 122-24-4, sans pouvoir rien faire*

[754] C. ROY-LOUSTAUNAU, observations sous Cass. soc., 18 novembre 2003, *Dr. soc.* 2004, p.303. Observations également reprises sous Cass. soc., 8 juin 2005, *Dr. soc.* 2005, p.919.
Dans le même sens, voir S. BOURGEOT, « Contrat de travail à durée déterminée – Résiliation judiciaire en cas d'inaptitude physique du salarié », *RJS* 8-9/02, p.708 : *« L'employeur tenu d'une obligation de reclassement doit proposer un autre emploi approprié aux nouvelles capacités physiques du salarié, ce qui risquera parfois de se heurter au principe que le contrat à durée déterminée ne peut être conclu que pour occuper certains emplois* ».

[755] J. MOULY, note sous Cass. soc., 8 juin 2005, *JCP*, G, n°39 du 28 septembre 2005, II, 10 129, p.1768.

[756] Article L. 122-24-4 du Code du travail : *« À l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident, si le salarié est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités […]*
Si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de verser à l'intéressé, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail.
Les dispositions prévues à l'alinéa précédent s'appliquent également en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise constatée par le médecin du travail ».

pour la vaincre, mais toujours bien sûr sans pouvoir non plus toucher son salaire » [757].
En outre, remarque ce même auteur, cette solution s'applique également aux cas d'inaptitude physique d'origine professionnelle puisque l'arrêt rapporté du 8 juin 2005, en matière de CDD, exclut l'alinéa 2 de l'article L. 122-24-4 pour l'ensemble des inaptitudes physiques, qu'elles soient ou non d'origine professionnelle.

277 Pour récapituler la situation actuelle, nous pouvons dire que lorsqu'un salarié titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée est déclaré inapte par le médecin du travail suite à un accident ou une maladie non professionnels, le contrat de travail ne peut être rompu ni par la technique de la résiliation judiciaire ni par celle de la rupture anticipée du CDD. L'employeur n'est pas tenu de verser les salaires mais il doit rechercher un reclassement. De son côté, le salarié peut demander au juge de prendre en compte le préjudice subi du fait de la rupture anticipée, si elle a lieu, sans le plancher légal des salaires qu'il aurait perçus jusqu'au terme du contrat de travail.

Nous le comprenons, la situation n'est satisfaisante pour aucun des contractants liés par un CDD et confrontés à une inaptitude d'origine non professionnelle. D'autant qu'il reste de délicates questions à trancher. Tout d'abord, concernant le salarié, la question est dorénavant de savoir s'il peut prétendre à une éventuelle indemnisation pour insuffisance des propositions de reclassement. Puis, l'employeur, de son côté, peut-il conserver les aides administratives lorsque est en cause un CDD « aidé » ? Enfin, que deviennent juridiquement les conventions avec l'administration qui sous-tendent les contrats d'insertion à durée déterminée ?
Toutes ces questions mettent en exergue la complexité de la position actuelle de la jurisprudence. C'est la raison pour laquelle nous formulons désormais plusieurs propositions qui permettraient, nous l'espérons, d'apporter un remède.

(ii) Propositions d'évolution

Nous ne voyons guère, à ce jour, comment la question de la rupture du contrat de travail à durée déterminée d'un salarié victime d'une inaptitude non professionnelle pourrait

[757] J. MOULY, note sous Cass. soc., 8 juin 2005, *JCP*, G, n°39 du 28 septembre 2005, II, 10 129, p.1767.

être clarifiée autrement que par l'intervention du législateur, maintes fois sollicité par la Cour de cassation en ce domaine [758].

Plusieurs options s'offrent alors à lui. Etudions-les successivement.

278 Tout d'abord, et il s'agit de la formule la plus simple, le législateur peut étendre l'application de l'article L. 122-32-9 du Code du travail à toutes les inaptitudes, quelle qu'en soit l'origine. Ceci, conformément aux réclamations de nombreux théoriciens que nous avons mentionnés auparavant. En effet, les mêmes causes doivent produire les mêmes solutions. Comme l'écrit J. MOULY, *« l'identité de situation commande une identité de solution »* [759]. La transposition de l'article L. 122-32-9 du Code du travail aux cas d'inaptitude physique d'origine non professionnelle constituerait ainsi *« une solution juste (pour l'employeur) et cohérente (pour le droit) »* [760].
Dans cette optique, l'employeur, confronté à un salarié déclaré inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment à son accident ou sa maladie ordinaires doit, en premier lieu, et conformément à l'article L. 122-32-5 du Code du travail, tenter de le reclasser sur un emploi approprié à ses capacités. Puis, en vertu de l'article L. 122-32-9 étendu : *« Si l'employeur justifie qu'il se trouve dans l'impossibilité de proposer un emploi, dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 122-32-5, au salarié titulaire d'un tel contrat, ou si le salarié refuse un emploi offert dans ces conditions, l'employeur est en droit de demander la résolution judiciaire du contrat. La juridiction saisie prononce la résolution après vérification des motifs invoqués et fixe le montant de la compensation financière due au salarié. En cas de rupture du contrat par l'employeur en méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-32-4, du premier alinéa de l'article L. 122-32-5 ou du second alinéa du présent article, le salarié a droit à une indemnité correspondant au préjudice subi. Cette indemnité ne peut être inférieure au montant des salaires et avantages qu'il aurait reçus jusqu'au terme de la période en cours de validité de son contrat »*.

---

[758] Voir notamment la huitième suggestion du rapport annuel de la Cour de cassation 2002, « La responsabilité », *La Documentation française*, p.26-27.

[759] J. MOULY, note sous Avis Cass. soc., 29 avril 2002, *JCP*, G, 2002, II, 10 142, p.1640.

[760] J. MOULY, note sous Avis Cass. soc., 29 avril 2002, *JCP*, G, 2002, II, 10 142, p.1640.

Une telle suggestion, si elle permet d'éviter les différents obstacles auxquels sont confrontées les entreprises face à un salarié victime d'une inaptitude non professionnelle titulaire d'un CDD, n'est pas exempte d'inconvénients.

En premier lieu, d'un point de vue pratique, la technique de la résiliation judiciaire ne nous semble guère adaptée au contrat de travail à durée déterminée. En effet, le juge des référés n'est pas compétent pour prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail [761]. Par conséquent, il peut arriver que les parties se trouvent libérées du contrat de travail, par arrivée du terme, avant même le jugement prud'homal. La résiliation judiciaire n'est donc pas appropriée pour les contrats de courte durée ou pour ceux dont le terme est relativement proche après le constat d'inaptitude.
Par ailleurs, la résiliation judiciaire n'apparaît pas davantage adéquate au regard de la situation financière dans laquelle est placé le salarié inapte. Effectivement, durant tout le temps de l'instance prud'homale, le salarié est prisonnier d'un contrat de travail qui ne lui apporte plus de revenus.

Ensuite, des considérations davantage juridiques doivent être invoquées.
Tout d'abord, il nous semble incohérent de procéder à une extension de la résiliation de l'article L. 122-32-9 du Code du travail alors que, selon nous, il ne s'agit pas d'une véritable résiliation judiciaire, telle qu'elle opère en droit commun. En effet, pour se libérer du contrat de travail, l'employeur doit verser une compensation financière. La résiliation judiciaire n'a donc pas son effet libératoire traditionnel. Il s'agit davantage d'une rupture unilatérale anticipée sous contrôle du juge.
Enfin, comme le souligne S. BOURGEOT, la résiliation judiciaire connaît un *« déclin irrémédiable »* [762]. Exclue d'abord pour les salariés protégés [763], elle est aujourd'hui rejetée pour les salariés ordinaires. Et ce, nous l'avons vu, qu'ils soient titulaires d'un CDD [764] ou,

[761] Cass. soc, 13 mai 2003, n° 01-17.452, *RJS* 7/03, n°878.

[762] S. BOURGEOT, « Contrat de travail à durée déterminée – Résiliation judiciaire en cas d'inaptitude physique du salarié », *RJS* 8-9/02, p.710.

[763] Cass. Chambre mixte, 21 juin 1974, *Bull. ch. mixte*, n°3 ; *Dr. soc.* 1974, p.454 ; *D.* 1974, p.593, conclusions A. TOUFFAIT ; *JCP*, 1974, II, 17 801, conclusions A. TOUFFAIT.

[764] Cass. soc., 4 décembre 2001, n°99-46.364, *D.* 2002, n°30, jurisprudence, p.2361, note J. MOULY ; *RJS* 2/02, n°149.

nous le développerons ci-après, d'un CDI [765]. Il s'ensuit que la proposition tenant en la création d'une nouvelle hypothèse de résiliation judiciaire s'inscrit, selon nous, en complète contradiction avec la dynamique jurisprudentielle impulsée depuis plus de trente ans.

279 Ce sont ces multiples inconvénients qui nous encouragent à suggérer au législateur une autre solution pour améliorer la situation dans laquelle se trouvent les cocontractants lorsque le salarié, titulaire d'un CDD, est déclaré inapte par le médecin du travail.
Cette proposition consiste en la **création d'un nouveau motif de rupture anticipée** du contrat de travail à durée déterminée, par dérogation au premier alinéa de l'article L. 122-3-8 du Code du travail. Ce motif tient à l'inaptitude physique du salarié, qu'elle soit d'origine professionnelle ou non [766]. En effet, l'inaptitude physique connaît, malheureusement, à l'heure actuelle, un grand essor dans les relations de travail.

Le processus serait alors le suivant : En premier lieu, à l'issue des périodes de suspension, le médecin du travail déclare le salarié inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment.
Ensuite, il convient d'appliquer dans son ensemble la méthode issue de l'article L. 122-32-5 du Code du travail, à savoir que l'employeur est tenu de proposer au salarié *« compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existant dans l'entreprise et après avis des délégués du personnel, un autre emploi approprié à ses capacités et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail »*.
Si l'employeur justifie de l'impossibilité où il se trouve de proposer un emploi dans les conditions prévues ci-dessus ou, si le salarié refuse l'emploi proposé dans ces conditions, l'employeur est autorisé à rompre de manière anticipée le contrat de travail à durée déterminée. Il doit, dans cette hypothèse, respecter la procédure prévue en cas de licenciement personnel non disciplinaire.
Puis, afin de contraindre l'employeur à remplir efficacement son obligation de reclassement et ne pas laisser la situation se dégrader, il faut appliquer la suite de l'article L. 122-32-5 du

---

[765] Cass. soc., 13 mars 2001, n°98-46.411, *Bull. civ.*, V, n°89 ; *JCP*, G, 2001, II, 10 562, note J. MOULY ; *RJS* 5/01, n°596.

[766] L'alinéa 2 de l'article L. 122-32-9 du Code du travail devant corrélativement disparaître.

Code du travail, à savoir : *« Si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen de reprise du travail ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de verser à l'intéressé, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail »*. Il est vrai que le verbe « licencier » n'est pas juridiquement correct en matière de CDD, il n'en demeure pas moins qu'un raisonnement par analogie est tout à fait envisageable. Aussi, l'employeur dispose d'un mois pour reclasser le salarié ou rompre le CDD au motif de l'inaptitude physique. Une telle alternative permet tant à l'employeur qu'au salarié d'être libérés d'un contrat de travail qui ne peut plus être exécuté. En outre, en cas d'inertie de l'employeur, et à défaut de rupture anticipée du contrat, le salarié n'est pas privé de ressources.

280 Une dernière innovation mérite d'être mise en place pour parfaire le dispositif. Elle concerne l'indemnisation du salarié dont le CDD est ainsi rompu. Une distinction de régime nous semble nécessaire selon l'origine professionnelle ou non de l'inaptitude.

De la sorte, nous proposons, par exemple, que le salarié dont l'inaptitude n'est pas d'origine professionnelle obtienne une indemnité de fin de contrat calculée sur la base des salaires effectivement perçus ainsi qu'une indemnité compensatrice de congés payés, dénombrée par référence à la durée du travail effectivement accomplie.

Quant au salarié inapte suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle, nous proposons, dans la logique de l'alinéa 1er de l'article L. 122-32-6 du Code du travail [767] qu'il perçoive une indemnité de congés payés mais également une indemnité de préavis [768] ainsi et

---

[767] Article L. 122-32-6 du Code du travail : *« La rupture du contrat de travail dans les cas prévus au quatrième alinéa de l'article L. 122-32-5 ouvre droit, pour le salarié, à une indemnité compensatrice d'un montant égal à celui de l'indemnité prévue à l'article L. 122-8, ainsi qu'à une indemnité spéciale de licenciement qui, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, est égale au double de l'indemnité prévue par l'article L. 122-9 « ou par l'article 5 de l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 annexé à la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle, s'il remplit les conditions fixées pour bénéficier de cet accord » ».*

[768] La durée du préavis (certes non effectué dans le cas présent) peut éventuellement être copiée sur celle de l'article L. 122-3-8 du Code du travail : *« une période de préavis dont la durée est calculée à raison d'un jour par semaine compte tenu de la durée totale du contrat, renouvellement inclus, si celui-ci comporte un terme précis, ou de la durée effectuée lorsque le contrat ne comporte pas un terme précis et, dans les deux cas, dans une limite maximale de deux semaines ».*

surtout qu'une indemnité spéciale de fin de contrat égale au double de l'indemnité légale (c'est à dire 20% de la rémunération brute due au salarié pendant la durée du contrat) [769].

En cas de rupture du contrat de travail à durée déterminée par l'employeur en méconnaissance des obligations ci-dessus exposées, *« le salarié a droit à une indemnité correspondant au préjudice subi. Cette indemnité ne peut être inférieure au montant des salaires et avantages qu'il aurait reçus jusqu'au terme de la période en cours de validité de son contrat »* [770].

Cette suggestion, certes dérogatoire à l'article L. 122-3-8 du Code du travail, nous semble permettre d'éviter les écueils rencontrés jusqu'à présent.
D'une part, d'un point de vue pragmatique, elle présente l'avantage de ne pas avoir à attendre la décision du juge prud'homal. Une fois la procédure respectée dans son ensemble, le contrat de travail est rompu. Rien n'empêche par la suite le salarié de contester cette rupture, et notamment, l'éventuelle insuffisance des propositions de reclassement.
D'autre part, la suppression de la « résiliation judiciaire » de l'article L. 122-32-9 du Code du travail semble aller dans le sens de la tendance jurisprudentielle contemporaine consistant à proscrire ce mode de rupture issu du droit des obligations en matière de contrat de travail.

Nous comprenons, néanmoins, qu'une telle innovation puisse heurter. Pourtant, il est nécessaire que la situation juridique évolue afin de ne pas laisser les cocontractants face à l'obstacle insurmontable que forme aujourd'hui l'inaptitude physique non professionnelle d'un salarié titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée. C'est pourquoi, une dernière proposition peut être formulée. Elle n'a pas notre faveur et s'inscrit, nous semble-t-il, à contre-courant de la tendance jurisprudentielle travailliste actuelle. Elle doit tout de même être exposée.
Cette proposition consiste à autoriser la résiliation judiciaire en se fondant sur son aspect originel, c'est à dire l'inexécution par l'une des parties de son engagement. En effet, dans la dialectique civiliste, le contractant peut se délier de son obligation si la contrepartie qui en est la cause n'est pas fournie. En matière d'inaptitude, il est évident que le salarié ne fournit plus

[769] Il est également possible d'envisager une indemnité de fin de contrat calculée en fonction de la rémunération brute que le salarié aurait dû percevoir si le contrat avait été mené à son terme.

[770] Article L. 122-32-9 alinéa 3 du Code du travail.

sa prestation contractuelle. Il serait donc loisible à l'employeur de demander la résiliation judiciaire du contrat de travail.
Cette suggestion [771], bien qu'offrant indubitablement une porte de sortie aux parties à un CDD confrontées à une inaptitude non professionnelle du salarié, remet totalement en cause l'édifice jurisprudentiel bâti depuis de nombreuses années maintenant.

En effet, le cantonnement de la résiliation judiciaire en matière de contrat de travail à durée déterminée se retrouve de façon identique en présence du contrat de travail à durée indéterminée.

2 °- La résiliation judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée

Une distinction prétorienne est opérée selon la qualité de l'initiateur de la demande de résiliation judiciaire. Lorsque c'est le salarié qui agit en justice afin de voir son contrat de travail rompu aux torts de l'employeur, les juges valident ce mode de rupture (b). Inversement, dans l'hypothèse où l'auteur de la demande de résiliation judiciaire est l'employeur, l'action est cantonnée voire, à présent, prohibée (a).

a - La résiliation judiciaire à la demande de l'employeur

Suite à la mise en place d'un véritable « droit du licenciement » par les lois de 1973 et de 1975, la question se pose de savoir si l'application de l'article 1184 du Code civil ne se trouve pas de ce chef implicitement mais nécessairement exclue comme permettant d'y échapper.

---

[771] Dans ce sens, voir les auteurs suivants (déjà mentionnés auparavant) qui défendent l'idée selon laquelle le juge se doit d'apprécier l'importance du manquement contractuel, sans qu'il soit nécessaire qu'il constitue une faute grave : ◆ D. CORRIGNAN-CARSIN, « La loi du 3 janvier 1979 relative au contrat à durée déterminée », *D.* 1979, chronique, p.37.

◆ V. COTTEREAU, « Une issue de secours : l'action en résolution judiciaire du contrat de travail à durée déterminée des salariés ordinaires », *Dr. soc.* 1985, p.29.

◆ G. POULAIN, *Les contrats à durée déterminée*, Litec, 1988, n°280 et 281.

◆ P. MAZIÈRE, « La résolution judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée entre droit civil et droit du travail », *Petites Affiches* du 2 avril 1999, n°66, p.8.

α – Acte un : un mode de rupture autorisé

281 Par deux arrêts des 31 janvier et 3 avril 1979, la Cour de cassation répond négativement à cette interrogation. La Chambre sociale affirme ainsi par une formule de principe que : *« Si l'employeur qui rompt lui-même le contrat d'un salarié est tenu de respecter la procédure prévue par les articles L. 122-4 et suivants du Code du travail, il a également la faculté, que ces textes n'excluent pas, de demander la résiliation judiciaire du contrat »* [772].

La Cour de cassation justifie son option en faveur de la résiliation judiciaire par une interprétation exégétique de l'article L. 122-4 du Code du travail. Celui-ci précise que *« le contrat de travail conclu sans détermination de durée **peut** cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserve de l'application des règles ci après définies »*.
Selon l'exposé retenu par la Chambre sociale, la résiliation unilatérale n'est qu'une simple faculté et les règles du licenciement sont, en conséquence, limitées au cas où l'employeur aurait usé de ce mode de rupture. Le recours à d'autres modes de rupture en application du droit commun des contrats n'est donc pas exclu.

Certains auteurs ne manquent pas de rappeler à cet égard que, en vertu de l'article L. 121-1 du Code du travail, *« le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun »*, ce qui signifie qu'en l'absence de règles spéciales du droit du travail, les règles générales ont vocation à s'appliquer [773].
Cette analyse est approfondie par A. JEAMMAUD [774]. D'après lui, le principe *« Specialia*

---

[772] ◆ Cass. soc., 31 janvier 1979, *Bull. civ.*, V, n°93 ; *D.* 1979, I. R., p.328, obs. P. LANGLOIS ; *Dr. soc.* 1979, p.417, note J. SAVATIER.

◆ Cass. soc., 3 avril 1979, *Bull. civ.*, V, n°309 ; *D.* 1979, I. R., p.436 ; *Dr. soc.* 1979, p.418, note J. SAVATIER ; *JCP*, G, 1980, II, 19 292, note J. MOULY.

[773] ◆ I. DAUGAREILH, « La résiliation judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992, p. 809.

◆ J. SAVATIER, « La résiliation judiciaire des contrats de travail des salariés non protégés », *Dr. soc.* 1979, p.415.

[774] A. JEAMMAUD, « La résiliation du contrat de travail face au licenciement », *D.* 1980, chronique, p.47-56.

derogant generalibus » [775] ne permet d'exclure le recours à l'article 1184 du Code civil qu'à la condition que les articles L. 122-4 et suivants du Code du travail constituent, par rapport à celui-ci, un régime spécial de résiliation. Or, selon le Professeur JEAMMAUD, une telle condition ne se vérifie pas puisque la règle prétendument spéciale ne régit pas une fraction de l'objet de la règle prétendument générale [776].

Par ailleurs, J. SAVATIER, souhaite dépasser les arguments de pure exégèse pour s'interroger sur la signification respective de la résiliation unilatérale et de la résiliation judiciaire du contrat de travail. Il constate alors que la seconde est plus protectrice des intérêts des salariés que la première.
En conséquence, selon cet auteur, il est difficilement plausible que le législateur, en cherchant à organiser la protection du travailleur contre le licenciement ait eu l'intention d'exclure la résiliation judiciaire du paysage des modes de rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Et ce, contrairement à ce que pensait M. le Procureur Général TOUFFAIT dans ses conclusions à propos des arrêts *Perrier* précités [777]. En effet, selon J. SAVATIER, *« ce qui caractérise la résiliation unilatérale, c'est qu'elle permet à son auteur d'imposer à l'autre partie la rupture du contrat sans aucun contrôle préalable du juge. Celui-ci n'aura à*

---

[775] La règle spéciale déroge à la règle générale.

[776] Ainsi affirme t-il : *« les articles L. 122-4 et suivants traitent de la résiliation d'un contrat synallagmatique, spécial certes, mais ne régissent que la résiliation par volonté unilatérale. Leurs dispositions n'ont donc pas la qualité de règles spéciales par rapport à un texte dont on peut dire, soit qu'il fixe les conditions de la seule résiliation judiciaire des contrats synallagmatiques, soit qu'il détermine les conséquences de la seule inexécution fautive des obligations de l'une des parties. Quelle que soit l'analyse de l'objet de l'article 1184 du Code civil, il est donc vain d'invoquer le principe « Specialia » pour prétendre l'écarter de la matière du contrat de travail à durée indéterminée »* : A. JEAMMAUD, « La résiliation du contrat de travail face au licenciement », *D.* 1980, chronique, p.49.

[777] M. Le Procureur Général TOUFFAIT, *Dr. soc.* 1974, p.463 se demande si, en ouvrant le droit de résiliation unilatérale, la loi ne ferme pas ainsi le droit d'obtenir en justice la rupture du contrat de travail.
En outre, il observe que l'article 1184 du Code civil parle de condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques, condition qui, *« lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et […] remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé »* (article 1183 du Code civil). L'article 1184 du Code civil ne serait donc pas adapté à la résiliation d'un contrat à exécution successive, qui ne produit d'effet que pour l'avenir. Aussi, son utilisation pour justifier la résiliation judiciaire du contrat de travail est-elle présentée, même lorsqu'il ne s'agit pas de travailleurs protégés, comme une déformation du droit.

connaître des motifs du licenciement, dans le cas où la rupture est le fait de l'employeur, que si le salarié prend l'initiative d'une action en justice, et il ne statuera que des semaines ou des mois après que le travailleur aura effectivement perdu son emploi. […] Toute autre est la situation en cas de résiliation judiciaire. […] Lorsque [la résiliation judiciaire] *est demandée par l'employeur, cela signifie qu'il invoque, devant le juge, des motifs de rupture du contrat dont il doit prouver la réalité et le bien-fondé, et dont le tribunal appréciera la valeur avant que le contrat n'ait pris fin. On se trouve devant un contrôle préalable à la rupture exercé par une autorité judiciaire au terme d'une procédure contradictoire. La protection apportée ainsi au salarié paraît donc plus grande que dans la technique d'un contrôle judiciaire a posteriori exercé après une résiliation unilatérale »* [778].

De cette manière, s'il est apparu à la Cour de cassation, dans les arrêts *Perrier* que l'application du statut des travailleurs protégés paraissait offrir des moyens de protection que ne comportait pas le droit commun des contrats dans le cadre de la résiliation judiciaire, cette raison ne se retrouve pas pour les salariés ordinaires : *« Ceux ci ne bénéficient pas d'un statut qui pourrait prendre le pas sur le contrat pour constituer une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun »* [779].

Pour autant, si l'application de l'article 1184 du Code civil au contrat de travail à durée indéterminée paraît, au vu de ces arguments, peu contestable, elle peut inquiéter. En effet, la voie de la résiliation judiciaire permet d'éluder le droit du licenciement, qu'il s'agisse du licenciement de droit commun, du licenciement disciplinaire ou du régime du licenciement pour motif économique. Et ce, comme elle a permis pendant plus de vingt années de tenir en échec le régime spécial du licenciement des représentants du personnel et assimilés. C'est la raison pour laquelle les juges encadrent progressivement ce mode de rupture de conditions de validité.

282 Dès 1979, certains glossateurs [780] interprètent les arrêts précités des 31 janvier et 3 avril comme subordonnant la résiliation judiciaire demandée par l'employeur à la preuve

[778] J. SAVATIER, « La résiliation judiciaire des contrats de travail des salariés non protégés », *Dr. soc.* 1979, p.415.

[779] J. SAVATIER, « La résiliation judiciaire des contrats de travail des salariés non protégés », *Dr. soc.* 1979, p.415.

[780] Voir particulièrement J. SAVATIER, note sous Cass. soc., 31 janvier 1979, *Dr. soc.* 1979, p.417.

d'une faute grave. En effet, dans ces arrêts les juges constatent que le salarié avait commis une faute grave ou, tout au moins, qu'il avait manqué à l'exécution *« d'une grande partie de ses obligations »* [781].
Or, tel n'est pas le sens donné par la Chambre sociale à ses arrêts. En réalité, elle se contente d'admettre que, prononcée en l'absence de faute grave, la résiliation judiciaire du contrat de travail demandée par l'employeur ne prive pas le salarié des indemnités que le droit du licenciement prévoit dans cette hypothèse.

Cette dernière interprétation est d'ailleurs confirmée avec éclat par un arrêt de la Cour de cassation en date du 9 avril 1987 [782]. La Chambre sociale affirme en effet que *« **l'action en résiliation d'un contrat de travail est recevable** dès lors qu'elle est fondée sur l'inexécution par l'une des parties de ses obligations, **même si celle-ci ne présente pas le caractère d'une faute grave**, l'existence d'une telle faute ayant seulement pour effet de faire perdre au salarié, privé de son emploi, le droit aux indemnités légales ou conventionnelles dues, lors du licenciement »*.

Cette solution est confirmée une fois encore par un arrêt du 22 octobre 1997 [783].
Selon M. F. GÉA, elle est justifiée par deux raisons : *« Tout d'abord, l'article 1184 du Code civil n'exclut pas le principe de la résiliation judiciaire prononcée en l'absence de faute commise par l'une ou l'autre des parties, dans la mesure où le texte ne distingue pas l'inexécution fautive de l'inexécution non fautive* [784]*. D'autre part, et à la différence du droit de la rupture des contrats à durée déterminée, l'exigence d'une faute, et en particulier d'une faute grave, ne conditionne aucunement la légitimité du licenciement. […] Dès lors, rien n'interdit que la résolution judiciaire soit prononcée en l'absence d'une cause réelle et*

---

[781] ◆ Cass. soc., 31 janvier 1979, *Bull. civ.*, V, n°93 ; *D.* 1979, I. R., p.328, obs. P. LANGLOIS.
◆ Cass. soc., 3 avril 1979, *Bull. civ.*, V, n°309 ; *JCP*, G, 1980, II, 19 292, note J. MOULY.

[782] Cass. soc., 9 avril 1987, *D.* 1987, jurisprudence, p.437, note J. MOULY.

[783] Cass. soc., 22 octobre 1997, *Bull. civ.*, V, n°326 ; *TPS* 1997, p.312 : *« l'action en résiliation d'un contrat de travail est recevable dès lors qu'elle est fondée sur l'inexécution par l'une des parties de ses obligations, même si celle-ci ne présente pas le caractère d'une faute grave »*.

[784] À ce propos, voir les développements relatifs à la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée déterminée.

sérieuse, c'est à dire lorsqu'il s'agit d'une inexécution fautive, en présence d'une ***faute non sérieuse*** *»* [785].

283 Ce point de vue aboutit subséquemment à un paradoxe : alors que la jurisprudence entend soumettre la recevabilité de l'action en résiliation judiciaire du contrat de travail à durée déterminée aux conditions de fond posées par l'article L. 122-3-8 du Code du travail, la recevabilité d'une telle action demandée par l'employeur en matière de contrat de travail à durée indéterminée ne semble pas soumise à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, condition posée par l'article L. 122-14-3 du Code du travail [786].
Selon F. GÉA, ce paradoxe est justifié dans la mesure où l'article L. 122-14-3 du Code du travail, à la différence de l'article L. 122-3-8 du même Code, ne vise pas **la rupture** du contrat de travail, entendue largement, mais un mode de rupture spécifique : **le licenciement**. *« Il serait, par conséquent, délicat, de considérer que l'exigence d'une cause réelle et sérieuse puisse conditionner la recevabilité de l'action en résiliation judiciaire demandée par l'employeur »* [787].

Cette justification ne résiste pas à la critique. En effet, admettre l'autonomie de la résiliation judiciaire par rapport au licenciement conduit à faire de ce mode de rupture un moyen de contourner les solutions dégagées en matière de rupture du contrat de travail à durée indéterminée.

Ainsi, l'argument tiré du risque de contournement du droit du licenciement est invoqué afin de requérir le conditionnement de l'action en résiliation judiciaire, sollicitée par l'employeur, à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse [788].

---

[785] F. GÉA, « Heurs et malheurs de la résiliation judiciaire en droit du travail » in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p.527.

[786] Article L. 122-14-3 du Code du travail : *« En cas de litige, le juge à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

[787] F. GÉA, « Heurs et malheurs de la résiliation judiciaire en droit du travail » in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p.528.

[788] J. MOULY, note sous Cass. soc., 9 avril 1987, *D.* 1987, jurisprudence, p.437.

En revanche, peu d'auteurs vont jusqu'à réclamer purement et simplement la suppression de ce mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Il s'agit, en quelque sorte, d'éviter qu'une telle solution ne se retourne contre le salarié.

Cette position subit la critique de F. GÉA, essentiellement pour deux raisons.
Tout d'abord, il est possible de mettre en doute l'affirmation selon laquelle la résiliation judiciaire demandée par l'employeur présente quelque avantage pour le salarié. En effet, l'employeur, lorsqu'il saisit d'une demande en résiliation judiciaire révèle clairement sa volonté de rompre le contrat de travail du salarié. *« Il semble dès lors quelque peu irréaliste de penser que l'employeur dont la demande n'aboutirait pas […] accepterait, sans mot dire, de conserver le salarié dans son emploi. Ceci semble d'ailleurs d'autant plus inconcevable que, le motif de la rupture étant par définition soit personnel, soit disciplinaire mais en aucun cas économique, la relation de confiance entre l'employeur et le salarié sera, le plus souvent en cause »* [789].
D'autre part, quand bien même la résiliation judiciaire s'avèrerait plus protectrice des intérêts des salariés que le licenciement, cette circonstance ne justifierait pas le maintien de l'article 1184 du Code civil. En fait, F. GÉA doute que le caractère plus favorable d'une règle générale autorise son maintien en présence d'une règle spéciale contraire : *« Ce serait étendre le périmètre du principe de faveur* [790] *et lui donner une teneur qu'il n'a probablement pas »* [791].

C. RADÉ, quant à lui, rejette également les avantages que présenterait pour le salarié, selon certains, la résiliation judiciaire. La possibilité offerte à l'employeur de demander au juge la résiliation judiciaire du contrat de travail risque, non seulement de favoriser les stratégies d'évitement des employeurs, mais également de nuire à la cohérence du système normatif relatif à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée. C'est pourquoi, il

---

[789] F. GÉA, « Heurs et malheurs de la résiliation judiciaire en droit du travail » in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p.529.

[790] Sur le principe de faveur, voir notamment : ◆ A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p.115.

◆ F.-J. PANSIER, « Principe de faveur sans valeur constitutionnelle », *CSBP* 2003, n°153, D 16.

[791] F. GÉA, « Heurs et malheurs de la résiliation judiciaire en droit du travail » in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p.529.

conviendrait *« de tourner définitivement la page en excluant purement et simplement la résiliation judiciaire du débat lorsque est en cause la rupture du contrat de travail »* [792].

Cette dernière opinion est celle que retient la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 9 mars 1999 lorsque la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée d'un salarié non protégé émane de l'employeur.

β – Acte deux : un mode de rupture prohibé

284 L'exclusion, pour l'employeur, de la possibilité de demander la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée d'un salarié non protégé intervient avec netteté dans un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 9 mars 1999. Celui-ci est rendu spécifiquement à propos d'un manquement disciplinaire du salarié.
Précisément, en l'espèce, un employeur demande au juge de prononcer la résiliation du contrat de travail aux torts du salarié, aux motifs que ce dernier, en arrêt de travail pour maladie, n'avait ni repris son travail, ni avisé l'employeur de son état de santé.
Dans cet arrêt, la Cour de cassation exclut, au visa des articles L. 122-14-3 et L. 122-41 du Code du travail, la possibilité pour l'employeur de recourir à ce mode de rupture. Elle estime qu'*« il appartenait à l'employeur, s'il estimait que le salarié ne respectait pas ses obligations, d'user de son pouvoir disciplinaire et de prononcer le licenciement de l'intéressé »* [793].
La Chambre sociale indique donc la voie que doit suivre l'employeur désireux de se séparer d'un salarié qui ne respecte pas ses engagements. Et cette voie impérative est celle du licenciement, à l'exclusion de tout autre.

---

[792] C. RADÉ, note sous Cass. soc., 20 janvier 1998, *D.* 1998, jurisprudence, p. 353.
Dans le même sens, voir A. JEAMMAUD, « La résiliation du contrat de travail face au licenciement », *D.* 1980, chronique, p.54 où il affirme qu' *« il serait plus simple d'opter pour l'exclusion de la résiliation judiciaire du CDI »*.

[793] Cass. soc., 9 mars 1999, *D.* 1999, p.365, obs. C. RADÉ ; *Dr. soc.* 1999, p.526, obs. A. MAZEAUD ; *JCP*, G, 1999, II, 10 174, note J. MOULY ; *JCP*, E, 1999, jurisprudence, p.1200, note J. MOULY ; *RJS* 4/99, n°505.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 15 janvier 2002, n°99-41.460, *CSBP* 2002, n°138, S 121 ; *TPS*, mai 2002, n°143, p.15 : *« Il appartient à l'employeur, s'il estime que la salarié ne respecte pas ses obligations, d'user de son pouvoir disciplinaire et de prononcer le licenciement de l'intéressé »*.

Selon F. GÉA, cette solution mérite une pleine approbation. En effet, les règles du droit disciplinaire instituent un certain nombre de garanties au profit du salarié. Or, permettre à l'employeur de priver le salarié de telles garanties revient en réalité à remettre en cause le caractère d'ordre public qui s'attache au statut du travailleur.

285 L'étape suivante franchie par la Cour de cassation est celle d'une condamnation générale de la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée d'un salarié non protégé. Condamnation qui concerne tant les causes disciplinaires que non disciplinaires. Celle-ci résulte de l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 13 mars 2001 [794].
En l'espèce, un salarié est embauché en 1975 en qualité de VRP multicartes. Le 5 mai 1993, il cesse son activité pour cause de maladie, puis d'invalidité. L'employeur demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail. La Cour d'appel de Besançon prononce la résiliation judiciaire aux torts du salarié à la date du 1er juillet 1996, date à laquelle il a été placé en invalidité.
La Cour de cassation censure les juges du fond d'avoir admis la demande de l'employeur par un attendu de principe : *« Attendu que* ***l'employeur*** *qui dispose du droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée par la voie du licenciement, en respectant les garanties légales,* ***n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement à demander la résiliation judiciaire du contrat*** *»*.

Cet arrêt du 13 mars 2001 établit une véritable interdiction, pour l'employeur de recourir à la résiliation judiciaire. Il s'agit d'une position radicale, de principe, car la Cour de cassation veut éviter que, par ce biais, les employeurs évincent les règles et la procédure spécifiques au licenciement.
Ce faisant, l'avocat général J. DUPLAT [795] reconnaît que la Chambre sociale s'affranchit des

---

[794] Cass. soc., 13 mars 2001, n°98-46.411, *Bull. civ.*, V, n°89 ; *Dr. ouvrier*, août 2002, p.389 ; *JCP*, G, 2001, II, 10 562, note J. MOULY ; *Jur. soc.*, septembre 2001, p.239 ; *RJS* 5/01, n°596 ; *Semaine Sociale Lamy* du 23 avril 2005, n°1025, note M.-C. HALLER ; C. RADÉ, « Feu la résolution judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 2001, p.624-629.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 5 juillet 2005, n°03-45.058, *CSBP* 2005, n°175, S 410, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, G, n°44-45 du 2 novembre 2005, 10 155, p.2070-2073, note J. MOULY ; *RJS* 10/05, n°971.

[795] J. DUPLAT, « Résiliation judiciaire du contrat de travail – Demande reconventionnelle de l'employeur », conclusions de l'avocat général à propos de l'arrêt Cass. soc., 29 juin 2005, *RJS* 10/05, p.674.

règles relatives à la résiliation des autres contrats synallagmatiques, appliquées par les autres Chambres civiles ou commerciale, qui permettent au juge d'apprécier l'imputabilité de la rupture en recherchant la gravité de la faute respective des parties [796]. Mais si la logique civiliste du droit des obligations peut théoriquement autoriser une résiliation judiciaire du contrat synallagmatique qu'est le contrat de travail, dans le cadre de la recherche par le juge prud'homal de la gravité des fautes respectives de l'employeur et du salarié, le risque de contournement de la règle de droit existe lorsque c'est l'employeur qui forme une demande de résiliation judiciaire. En conséquence, la demande de résiliation judiciaire exercée par l'employeur doit être rejetée.

286 Cette prohibition s'applique d'ailleurs de la même façon que la demande de résiliation judiciaire soit formée *ab initio* par l'employeur ou dans le cadre d'une demande reconventionnelle. Tel est le principe dégagé par un arrêt de la Chambre sociale en date du 29 juin 2005 [797]. Si l'employeur n'est pas recevable à titre principal à poursuivre la résiliation judiciaire du contrat de travail, il paraît logique qu'il ne puisse avoir plus de droit lorsqu'il agit à titre reconventionnel. Comme le souligne l'avocat général J. DUPLAT, *« le risque d'évitement des dispositions impératives du licenciement est tout aussi présent dans le cadre d'une procédure prud'homale engagée par le salarié qui soutient que la rupture est imputable à l'employeur en raison de son comportement fautif et dans le cadre de laquelle l'employeur*

---

[796] Voir par exemple :
- Cass. civ. 3ème, 8 février 1977, *Bull. civ.*, III, n°64.
- Cass. civ. 1ère, 18 juillet 1995, *Bull. civ.*, I, n°322.
- Cass. com., 11 mars 1986, *Bull. civ.*, IV, n°44.

[797] Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-41.966, *CSBP* 2005, n°174, A 75, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, S, n°25 du 13 décembre 2005, jurisprudence, 1421, note F. BOUSEZ ; *RJS* 10/05, n°961 ; J. DUPLAT, « Résiliation judiciaire du contrat de travail – Demande reconventionnelle de l'employeur », conclusions de l'avocat général, *RJS* 10/05, p.673-675 : *« Il appartient à l'employeur, s'il estime que le salarié ne respecte pas ses obligations, d'user de son pouvoir disciplinaire et de licencier l'intéressé ; il est dès lors irrecevable, fût-ce* ***par voie reconventionnelle****, à demander la résiliation du contrat de travail ».*
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 3 novembre 2005, n° 03-43.345, *CSBP* 2005, n°177, S 104, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, S, n°3 du 17 janvier 2006, jurisprudence, 1045, note P.-Y. VERKINDT ; *RJS* 1/06, n°39.

serait autorisé à demander reconventionnellement la résiliation judiciaire du contrat de travail » [798].

287 Certains se demandent, toutefois, si cette interdiction prétorienne, qui ne s'appuie sur aucun texte légal, faite à une partie déterminée de soumettre au juge une demande (même lorsque cette partie est en position de défense) est conforme aux critères du procès équitable, notamment au droit d'accès effectif au tribunal et au principe de l'égalité des armes [799].

Pour notre part, nous saluons l'exclusion de la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée lorsqu'elle est requise par l'employeur.

En premier lieu, il semble nécessaire de souligner que, selon nous, la résiliation judiciaire apparaît inadaptée aux relations professionnelles car obligeant les parties à attendre une décision du juge, tout en demeurant contractuellement liées le temps de la procédure [800].

Ensuite, malgré les apparences, la résiliation judiciaire constitue une rupture directement rattachable à la volonté unilatérale de l'employeur de se séparer de son salarié. En soumettant le cas du salarié à la juridiction prud'homale pour lui demander de mettre fin à son contrat de travail, l'employeur met en marche un processus dont l'issue apparaît bien comme étant la rupture du contrat de travail.

Enfin, une telle exclusion s'inscrit, en outre, dans la logique impulsée par la loi du 13 juillet

---

[798] J. DUPLAT, « Résiliation judiciaire du contrat de travail – Demande reconventionnelle de l'employeur », conclusions de l'avocat général, *RJS* 10/05, p.675.

[799] Auteur anonyme sous Cass. soc., 29 juin 2005, *RJS* 10/05, n°961.

[800] C'est ce même caractère inadapté qui a poussé le législateur et les juges à écarter la résiliation judiciaire dans certains contrats synallagmatiques.

Il en va ainsi, notamment, pour le contrat de rente viagère. Dans ce contrat, sur le fondement de l'article 1978 du Code civil, il n'y a de place pour la résiliation judiciaire, mais seulement pour l'exécution forcée en nature, s'agissant de l'obligation de payer une somme d'argent.

L'article 1184 du Code civil est également écarté en matière de contrat de partage. Une jurisprudence ancienne (29 décembre 1829, *D.* 1830, I, 107) refuse d'appliquer la résolution à ce contrat parce qu'elle ferait revivre l'indivision.

Enfin, la cession d'un office ministériel ne peut être résolue en cas d'inexécution de ses obligations par l'une des parties à la cession et, en particulier, en cas de non-paiement du prix par le cessionnaire. La solution serait dictée par l'impossibilité de revenir sur la nomination du cessionnaire par l'autorité publique à la place du cédant comme titulaire de l'office.

1973. En effet, au cours des travaux préparatoires, M. PONCELET, représentant du gouvernement, déclarait que la loi de 1973 avait *« pour conséquence de détacher délibérément le contrat de travail du droit civil »* [801]. Le statut du licenciement doit donc, dans cette dialectique, absorber le droit contractuel de demander la résiliation judiciaire.

288 C'est d'ailleurs cette même logique qui conduit les juges à **requalifier automatiquement en « licenciement » la demande de résiliation judiciaire formulée par un employeur** [802]. Cette **requalification** intervient à titre de **sanction** pour l'employeur qui a violé une règle d'ordre public social, à savoir demander en justice la résiliation du contrat de travail alors que cette voie ne lui est pas ouverte. L'employeur est réputé avoir manifesté sa décision de rompre le contrat de travail et ainsi licencié le salarié, peu important qu'il s'agisse ou non de sa volonté réelle. La requalification en licenciement joue le rôle d'une sanction. Le but étant alors formellement de dissuader les employeurs d'utiliser ce mode de rupture et par voie de conséquence d'empêcher la transformation de la résiliation judiciaire en technique d'évitement du droit du travail.

Cet écueil ne se retrouve pas lorsque la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail est formulée par le salarié lui-même. Voyons donc, dorénavant, comment cette technique civiliste est adoptée en cette hypothèse.

b - La résiliation judiciaire à la demande du salarié

289 Lorsqu'elle est demandée par le salarié, la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée ne soulève pas les mêmes risques pour celui-ci que lorsque l'action est intentée par l'employeur. La question de savoir si le salarié doit se prévaloir d'une cause réelle et sérieuse à l'encontre de son employeur semble hors de propos puisqu'une telle

---

[801] C. PONCELET, Sénat séance du 20 juin 1973, *J.O.*, débats Sénat, p.837.

[802] Cass. soc., 5 juillet 2005, n°03-45.058, *CSBP* 2005, n°175, S 410, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, G, n°44-45 du 2 novembre 2005, 10 155, p.2070-2073, note J. MOULY ; *RJS* 10/05, n°971 : *« L'employeur qui dispose du droit de résilier unilatéralement un CDI par la voie du licenciement, en en respectant les garanties légales, n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire dudit contrat.* ***L'exercice de l'action s'analyse en une manifestation de sa volonté de rompre le contrat de travail, valant licenciement****, en sorte que le licenciement qu'il prononce postérieurement est dépourvu d'effet sur la rupture précédemment acquise ».*

exigence n'est pas requise en cas de démission du salarié. L'action en résiliation judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée apparaît recevable dès lors qu'elle est fondée sur l'inexécution par l'employeur de ses obligations.

290 Mais, dans la mesure où la Cour de cassation condamne fermement la résiliation judiciaire à la demande de l'employeur depuis l'arrêt du 13 mars 2001 [803], il est nécessaire de se demander si cette solution ne vaut pas également en matière de résiliation judiciaire à la requête du salarié.

Pour F. GÉA, cette décision de la Cour de cassation, rendue à propos de l'action de l'employeur, s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence issue des arrêts Perrier de 1974 relative à la résiliation judiciaire du contrat de travail des salariés protégés. En 1974, le principe de la condamnation de la résiliation judiciaire du contrat de travail des salariés protégés revêt un caractère absolu : ni le salarié ni l'employeur ne peuvent demander la résiliation judiciaire du contrat de travail. En conséquence, F. GÉA *« ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même concernant les salariés ordinaires »* [804].

En outre, cet auteur estime qu'une telle exclusion n'est pas défavorable aux intérêts des salariés dans la mesure où, de manière générale, en cas de manquement de l'employeur à ses obligations envers le salarié, la Cour de cassation décide de manière constante que la rupture initiée par le salarié est en réalité provoquée par l'employeur et doit s'analyser en un licenciement [805].

Cette démonstration a perdu une partie de son caractère convaincant dans la mesure où, nous l'avons vu, la Cour de cassation autorise, depuis un arrêt du 16 mars 2005 [806], les

---

[803] Cass. soc., 13 mars 2001, n°98-46.411, *Bull. civ.*, V, n°89 ; *JCP*, G, 2001, II, 10 562, note J. MOULY ; *RJS* 5/01, n°596 ; C. RADÉ, « Feu la résolution judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 2001, p.624-629.

[804] F. GÉA, « Heurs et malheurs de la résiliation judiciaire en droit du travail » in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p.532.

[805] Cass. soc., 20 janvier 1998, *CSBP* 1998, n°98, A 22, p.85, obs. A. PHILBERT; *JCP*, G, 1998, II, 10081, note J. MOULY, p.885-886; *JCP*, E, 1998, p.662, note J. MOULY; *RJS* 3/98, n°286, p.179.

[806] Cass. soc., 16 mars 2005, n° 03-40.251, *D.* 2005, n°24, jurisprudence, p.1613, note J. MOULY ; *JCP*, E, n°24 du 16 juin 2005, 942, p.1035, note D. BOULMIER ; *JCP*, G, n°38 du 21 septembre 2005, II, 10 125, p.1701, note M. MINÉ ; *RJS* 5/05, n°534.

salariés protégés à demander la résiliation judiciaire de leur contrat de travail aux torts de l'employeur en cas de manquement, par ce dernier, à ses obligations.

291 En sus, nous considérons comme J. MOULY que *« les dispositions du droit du travail qui justifient l'exclusion de la résiliation judiciaire au bénéfice de l'employeur sont des dispositions d'ordre public social qui tiennent seulement en échec les stratégies d'évitement du licenciement mises en œuvre par les employeurs »* [807]. Elles ne peuvent donc permettre d'exclure la recevabilité de la résiliation judiciaire à la demande du salarié. En d'autres termes, c'est parce que l'employeur dispose du droit de rompre le contrat de travail selon des modalités particulières que la voie du droit commun lui est fermée. Or, pour le salarié, la situation est différente puisque la démission est libre, la résiliation judiciaire peut donc lui être laissée ouverte.

292 Enfin, l'acceptation de la résiliation judiciaire au bénéfice du salarié est particulièrement opportune. Ceci dans la mesure où, depuis les arrêts du 25 juin 2003, si le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de l'inexécution par l'employeur de ses obligations, il le fait à ses risques et périls. En effet, pour le cas où cette inexécution ne s'avérerait pas suffisante pour justifier un tel départ sont appliqués les effets de la démission [808].
Il est donc impérieux que soit conservée la possibilité, plutôt que de courir ce risque, de s'adresser par précaution au juge pour lui demander de prononcer la résiliation du contrat de travail. Comme le souligne D. BOULMIER [809], en poursuivant l'exécution du contrat de travail au cours de l'instance en résiliation, le salarié peut plus sereinement attendre l'issue du litige. Si le salarié est débouté de sa demande, il poursuivra l'exécution de son contrat de travail (et s'il est protégé, l'exercice de son mandat). Ce mode de rupture est donc sans conteste adapté à la préservation des intérêts du salarié par la mise à l'écart d'un audacieux départ immédiat de l'entreprise.

293 Certes, certains objectent que *« l'article 1184 du Code civil n'a pas été modifié : il s'applique donc sans limitation au contrat de travail, que la demande de résiliation judiciaire*

---

[807] J. MOULY, note sous Cass. soc., 14 janvier 2004, *D.* 2004, n°21, p.1474.

[808] Il faut ajouter à cela le risque qui en découle relatif à la prise en charge par l'assurance chômage.

[809] D BOULMIER, note sous Cass. soc., 16 mars 2005, *JCP*, E, n°24 du 16 juin 2005, 942, p.1038.

émane du salarié ou de l'employeur ». Ils invoquent, en sus, l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui dispose que *« toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement […] par un tribunal […] impartial »* pour démontrer qu'il est inadmissible *« lorsque les deux parties à un contrat sont en litige sur l'exécution de celui-ci, que l'une d'elles soit arbitrairement privée d'une voie de droit (celle que constitue le droit fondamental de saisir le juge) au seul motif que cette partie a la qualité d'employeur »* [810].

À cette argumentation, nous nous permettons de répondre qu'il n'existe pas de symétrie parfaite entre les deux demandes de résiliation judiciaire parce que, de façon générale, il n'existe pas de symétrie entre la rupture du contrat de travail opérée par le salarié et celle mue par l'employeur.

294 Aussi, la Chambre sociale de la Cour de cassation continue-t-elle de juger recevable la demande du salarié tendant à la résiliation de son contrat de travail à durée indéterminée. Tout au plus, exige t-elle que la résiliation judiciaire ne soit prononcée qu'en présence de manquements de l'employeur à ses obligations d'une « gravité suffisante » [811].

295 Quand l'action est déclarée admissible, ce n'est alors pas la sanction du droit commun des obligations qui s'applique mais bien le droit du licenciement [812]. En effet, de manière constante, les juges procèdent à une « **requalification** – sanction » de la rupture en « **licenciement** » [813].

---

[810] Auteur anonyme sous Cass. soc., 19 juin 2001 et Cass. soc., 4 décembre 2001, *Jur. soc*., juillet 2002, p.229.

[811] Cass. soc., 15 mars 2005 (2 arrêts), n° 03-41.555 et 03-42.070, *CSBP* 2005, n°171, S 236, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* 2005, p.824, note C. RADÉ ; *RJS* 6/05, n°625 ; *TPS* mai 2005, n°141 : *« Il relève du pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier si l'inexécution de certaines obligations résultant d'un contrat synallagmatique présente une gravité suffisante pour en justifier la résiliation »*.

[812] À l'inverse, si le juge estime que les manquements de l'employeur invoqués par le salarié à l'appui de sa demande de résiliation de son contrat de travail ne sont pas établis ou n'apparaissent pas suffisamment graves pour conclure à la rupture aux torts de l'employeur, la relation de travail sera maintenue.

[813] Voir par exemple : ◆ Cass. soc., 6 mars 1996, n°93-40.785 : *« La Cour d'appel, après avoir exactement décidé que* ***la rupture du contrat de travail s'analysait en un licenciement*** *»*.

◆ Cass. soc., 10 avril 1996, n°94-42.834 : *« La Cour d'appel […] a ainsi […] constaté […] que* ***la rupture du contrat de travail, exactement analysée en un licenciement*** *qui ouvre droit au*

L'action en résiliation judiciaire permet donc au salarié d'obtenir la même indemnisation que si l'employeur l'avait licencié. Cette application du droit du licenciement a évidemment pour but de sanctionner l'employeur qui n'a pas exécuté correctement le contrat de travail quand bien même celui-ci n'avait pas la volonté de le rompre. Le parallèle peut, ici, être fait avec la solution jurisprudentielle applicable en cas de démission provoquée puisque la rupture mise en œuvre par le salarié ne résulte pas davantage d'une volonté libre, sérieuse et non équivoque.

296 Nous parvenons, à présent, au terme de nos développements relatifs à la résiliation judiciaire. En guise de conclusion nous voulons souligner la transformation dont a été l'objet la résiliation judiciaire. **La physionomie civiliste originelle de ce mode de rupture d'un contrat synallagmatique sort, en effet, transformée de sa rencontre avec le contrat de travail**. Rencontre, qui nous l'avons développé, ne s'est pas réalisée linéairement.
À l'avenir, de nouveaux heurts risquent d'ailleurs encore d'intervenir dans la mesure où, derrière l'évolution propre à ce mode de rupture, c'est une interrogation plus vaste qui est abordée : celle, que nous pourrions croire dépassée, de l'autonomie du droit du travail par rapport au droit civil.

Question qui se retrouve pareillement avec le dernier mode de rupture du contrat issu du droit commun des obligations que nous devons étudier, à savoir la force majeure. Mode de rupture qui, contrairement aux précédents, ne nécessite aucune initiative de rupture des parties. Il s'agit davantage, en effet, d'une impossibilité d'exécuter le contrat de travail à laquelle sont confrontés les cocontractants.

---

profit du salarié, à l'indemnité légale de licenciement […] ».

◆ Cass. soc., 4 janvier 2000, *TPS*, mars 2000, n°86 : *« 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****, à défaut de lettre de licenciement motivée,* ***en un licenciement*** *sans cause réelle et sérieuse ».*

◆ Cass. soc., 22 février 2006, n°03-47.639, *CSBP* mai 2006, n°180, A 32, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, S, n°15 du 11 avril 2006, 1294, note P.-Y. VERKINDT ; *RJS* 5/06, n°560 : *« Constitue une faute de l'employeur lui rendant imputable la rupture du contrat de travail, le fait de modifier unilatéralement la part variable de la rémunération du salarié, comportement s'analysant en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ».*

Section 2 - La rupture du contrat de travail dont l'exécution est devenue impossible : la force majeure

297 Sous *« l'ombre portée du droit civil »* [814], le droit du travail hérite de la discipline mère un capital génétique de concepts dont fait partie la force majeure issue de l'article 1148 du Code civil [815]. Etymologiquement, la force majeure est une force supérieure à la volonté individuelle. Mais quels phénomènes peuvent être constitutifs de force majeure ? *« Deux méthodes sont concevables : soit une liste d'évènements, soit des critères de qualification qui peuvent dès lors s'appliquer par principe à tout événement. La première méthode est à exclure, car la liste serait nécessairement lacunaire et ne tiendrait pas compte des spécificités de l'espèce. Aussi le droit français privilégie, à juste titre, des critères de qualification »* [816].

Ainsi, une longue tradition, qui s'inspirerait du droit romain [817], veut que l'événement de force majeure réponde à trois conditions cumulatives : l'imprévisibilité, l'extériorité et l'irrésistibilité [818]. Il se caractérise de plus par son résultat : l'impossibilité absolue d'exécuter

---

[814] J.-J. DUPEYROUX, « Avant-propos, droit civil et droit du travail : l'impasse », *Dr. soc.* 1988, p.373.

[815]
- Cass. soc., 28 février 1973, *JCP*, G, 1973, II, 17 560, note Y. SAINT-JOURS.
- Cass. soc., 7 mai 1975, *Bull. civ.*, V, n°243.

[816] P.-H. ANTONMATTEI, « Ouragan sur la force majeure », *JCP*, G, 1996, I, 3907, p.84.
Dans le même sens : M.-A. GUÉRICOLAS : *« On ne peut dresser la liste des cas de force majeure. Il faut partir d'une définition abstraite et rechercher, dans chaque espèce, si ces éléments sont biens réunis »* : *La force majeure en droit du travail* in Etudes de droit du travail offertes à A. BRUN, 1974, p.258.

[817] A. TUNC, note sous TGI Laval, 29 avril 1963, *D.* 1963, 675.
Dans le même sens : L. MARRE, *Essai sur les notions de cas fortuit et de cas de force majeure, Etude de quelques opinions nouvelles*, Thèse, Paris, 1910, p.65.

[818] F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil - Les obligations*, Précis Dalloz, 7ème édition, 1999, n°557.
Définition que l'article 1349 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations souhaite modifier. La force majeure consisterait alors en *« un événement irrésistible que l'agent ne pouvait prévoir ou dont on ne pouvait éviter les effets par des mesures appropriées »*. L'aspect central est ici donné à l'irrésistibilité. Les conditions

le contrat. Telle est la conception civiliste de la force majeure qui mérite d'être détaillée (§1). Puis, nous verrons que, dans un souci de protection du salarié, la jurisprudence travailliste a toujours eu une approche restrictive de cette notion de force majeure (§2).

§ 1 - Définition de la notion civiliste de force majeure

298 Dire qu'un événement est **imprévisible** signifie qu'il n'y *« avait aucune raison particulière de penser qu'il se produirait »* [819] et c'est *« l'imprévisibilité normale »* [820] qui est prise en compte.
Ce critère est très attaqué dans la mesure où, aujourd'hui, aucun événement n'est entièrement imprévisible. Les progrès scientifiques permettent une certaine approche des faits les plus exceptionnels [821].

299 Le critère suivant est celui de **l'extériorité**. Il signifie que l'événement doit se produire *« hors de la sphère dont le débiteur doit répondre »* [822] pour pouvoir l'exonérer [823].
Pour M.-A. GUÉRICOLAS, ce critère est le plus solide puisqu'il trouve son fondement dans

---

d'imprévisibilité et d'inévitabilité ne présentant plus qu'un caractère alternatif.
Sur une étude complète des incidences de cet avant-projet de réforme du droit des obligations sur le droit du travail, voir : S. BRISSY, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations : une source d'évolution pour le droit du travail ? », *Dr. soc.* janvier 2007, p.8-15.

[819] Cass. civ. 2ème, 25 novembre 1981, *Bull. civ.*, II, n°206.

[820] Cass. civ. 1ère, 26 janvier 1971, *Bull. civ.*, I, n°27.

[821] Voir pourtant, pour illustration du critère de l'imprévisibilité, l'arrêt Cass. civ. 3ème, 19 mars 1985, *Bull. civ.*, III, n°57 : Exonération d'architectes et d'entrepreneurs en cas de désordres affectant une installation de distribution d'eau, les troubles constatés provenant de la composition chimique anormale de l'eau distribuée qui n'était pas décelable en raison de la variation suivant les heures de cette composition.

[822] J. CARBONNIER, *Les obligations*, Thémis collection droit privé, 21ème édition, PUF, 1998, tome 4, n°162, p.297.

[823] Dans le même sens, P. HORION définit la force majeure comme *« un événement non fautif, absolument étranger à la volonté de celui qui l'invoque et qui l'empêche complètement d'exécuter ses obligations »* : P. HORION, *La suspension du contrat de travail*, p.15.

le Code civil [824]. À l'inverse, P.-H. ANTONMATTÉI considère qu'il s'agit de l'élément de qualification de la force majeure le plus controversé et n'est cantonné qu'à certains régimes de responsabilité afin de limiter objectivement les causes d'exonération [825]. Cet élément n'est d'ailleurs pas toujours exigé par les juges [826].

300 Enfin, le critère de **l'irrésistibilité** traduit au plan juridique l'adage selon lequel *« À l'impossible, nul n'est tenu »*, c'est à dire que l'homme est confronté à un événement qu'il ne maîtrise pas et qu'il n'a pas les moyens de maîtriser.
Aujourd'hui, en droit civil, cette condition prend de l'importance au détriment des autres éléments et semble, selon certains auteurs [827], pouvoir caractériser la force majeure à elle seule. Les magistrats des Chambres civiles et commerciale de la Cour de cassation ont, en effet, affirmé que *« l'irrésistibilité de l'événement est, à elle seule, constitutive de force majeure, lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets »* [828].

---

[824] M.-A. GUERICOLAS, « La force majeure en droit du travail » in Etudes de droit du travail offertes à A. BRUN, 1974, p.259.
Dans le même sens : J. RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Thèse, Paris, 1920, p.223.

[825] P.-H. ANTONMATTÉI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, thèse, LGDJ, 1992, n°33, p.25.
Dans le même sens : A. TUNC, « Force majeure et absence de faute en matière délictuelle », *RTDciv.* 1945, n°19.

[826] Voir par exemple : Cass. civ. 1ère, 10 février 1998, *Bull. civ.*, I, n°53 ; *D.* 1998, 539, note D. MAZEAUD ; *JCP*, G, 1998, I, 155, obs. C. JAMIN : *« Une maladie irrésistible constitue un événement de force majeure, bien que n'étant pas extérieure »* à l'intéressé.
De même, sur le terrain des catastrophes naturelles, la 2ème Chambre civile se désintéresse de l'extériorité et s'attache à caractériser l'inévitabilité et l'irrésistibilité. Voir, par exemple, Cass. civ. 2ème, 5 janvier 1994, *Bull. civ.*, II, n°13.

[827] Dans ce sens : ◆ A. BOUSIGES, L'évolution de la force majeure en droit du travail, écrit en l'honneur de J. SAVATIER, PUF, 1992, p.93.
◆ N. HAUSER-COSTA, *La qualification de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée en droit comparé franco-italien*, Thèse, Université de Nancy 2, 2000, p.252.

[828] ◆ Cass. civ. 1ère, 9 mars 1994, *Bull. civ.*, I, n°91.
◆ Cass. com., 1er octobre 1997, *Bull. civ.*, IV, n°240 ; *D.* 1998, sommaires commentés, 199, obs. P. DELEBECQUE.
Confirmation de jurisprudence : Cass. civ. 1ère, 6 novembre 2002, *Bull. civ.*, I, n°258 ; *Gaz. Pal.* des 7 et 8 mars 2003, sommaires, obs. F. CHABAS : À propos d'un voyage culturel annulé en raison de l'indisponibilité de

301 Après avoir fait un point approfondi sur ces nouvelles données et examiné les solutions fournies sur les mêmes questions dans les grands systèmes de droit, la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, a pourtant réaffirmé la conception classique de la force majeure. Elle a ainsi jugé, par deux arrêts du 14 avril 2006, que les critères cumulés de l'extériorité, de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité conservaient toute leur pertinence pour caractériser la force majeure [829].

302 Lorsque ces critères cumulatifs sont réunis, la force majeure produit tous ses effets. En droit des obligations, trois analyses des effets de la force majeure ont été chronologiquement proposées. D'abord, elle a été considérée comme la cause exclusive du dommage [830]. Ensuite, elle a été assimilée à une absence de faute [831]. Aujourd'hui, la force majeure est une cause exonératoire de responsabilité en matière contractuelle comme en matière délictuelle [832], c'est à dire que le débiteur de l'obligation ne peut être tenu de verser des dommages et intérêts à son créancier du fait de l'absence d'exécution de son obligation.

---

l'égyptologue devant l'animer , en raison d'une intervention chirurgicale, la 1ère Chambre civile décide que *« la seule irrésistibilité de l'événement caractérise la force majeure »*.

[829] Cass. ass. plen., 14 avril 2006, n°02-11.168 et 04-48.902.
Dans la première affaire, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir retenu la force majeure en présence d'une personne qui s'était jeté sous un train dans une gare. La RATP est exonérée de sa responsabilité dans la mesure où le comportement de la victime était tout à la fois imprévisible et irrésistible.
Dans la seconde affaire, était discutée la responsabilité contractuelle d'un fabriquant de matériel industriel auquel avait été commandé une machine qu'il n'avait pas livrée. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir exonéré ce fabriquant de son obligation de livrer la machine en retenant que présentait les caractères de la force majeure, la grave maladie qui avait frappé cette personne, imprévisible au moment de la conclusion du contrat et irrésistible lors de son exécution puisqu'elle en était décédée.

[830] ◆ J. RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Thèse, Paris, 1920, p.3.
◆ F. CHABAS, *L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation*, Thèse, LGDJ, 1967, n°161 et n°173.

[831] ◆ A. TUNC, « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », *RTDciv.* 1945, p.235.
◆ P. WIGNY, « Responsabilité contractuelle et force majeure », *RTDciv.* 1935, p.19.
◆ A. SÉRIAUX, *La faute du transporteur*, Thèse, Aix-en-Provence, Economica, 1984.

[832] ◆ R. SAVATIER, *Traité de responsabilité*, LGDJ, 1951, 2ème édition, tome 1, n°185, p.229.
◆ P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, Thèse, Université de Paris II, 1982, tome III, n°583, p.616.

Le droit du travail va plus loin et attribue à la force majeure un effet beaucoup plus important dans la mesure où c'est le contrat tout entier qui prend fin dès lors que l'événement en empêche totalement et définitivement la poursuite.

§ 2 - La force majeure, cause de rupture du contrat de travail

303 La force majeure, en elle-même, autorise tout en la justifiant la rupture du contrat de travail. Cette faculté de rupture est d'ailleurs expressément prévue par le législateur en matière de contrat de travail à durée déterminée [833].
La solution se justifie par le caractère successif du contrat de travail. En raison de l'événement survenu en cours d'exécution de la prestation, cette dernière ne peut être poursuivie. Dès lors, le contrat de travail n'a plus de raison d'être. Il n'existe que parce que l'un travaille pour l'autre qui, en échange, lui verse un salaire. Si l'un des contractants ne peut exécuter son obligation sans qu'il en soit la cause, le contrat de travail disparaît de lui-même.

Ainsi, lorsque la force majeure est reconnue, elle entraîne la rupture immédiate des relations contractuelles, qu'elles soient à durée déterminée ou indéterminée. Il s'agit d'un **mode autonome de rupture du contrat de travail**, différent de celui du licenciement.
Aussi, afin d'éviter que la force majeure ne devienne un moyen de contournement du droit du licenciement, la jurisprudence sociale a, au fur et à mesure de ses arrêts, fermé la voie de la force majeure comme mode de rupture du contrat de travail en retenant une conception très stricte de cette notion civiliste [834]. Et ce, parce que l'employeur est une espèce particulière de débiteur. Les magistrats souhaitent donc préserver les droits et garanties des salariés lors de la rupture. De la sorte, peu d'événements obtiennent de la part de la Chambre sociale la qualification de force majeure.

---

[833] Article L. 122-3-8 du Code du travail : *« Sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure »*.

[834] Aussi, en pratique, la portée de la loi du 17 janvier 2002 est faible, voire inexistante dans la mesure où toute force majeure n'est pas un sinistre.

Théoriquement, l'événement se doit de présenter tout à la fois un caractère imprévisible (A), extérieur (B) irrésistible et insurmontable (C). Or, la Chambre sociale n'attache plus, actuellement, la même valeur à ces caractéristiques. En pratique, le critère de l'irrésistibilité est devenu primordial.

A - Un événement imprévisible

304 Tout d'abord, concernant la condition de l'imprévisibilité, les juges prud'homaux semblent ne s'y attacher guère. Cette dernière n'est prise en considération que si elle tend à démontrer que l'employeur, face à un événement prévisible ou envisageable, ne se donne pas les moyens d'en parer les conséquences. En ne le faisant pas, il participe à la réalisation de la rupture du contrat de travail, ce qui interdit alors de reconnaître la force majeure.

De la sorte, la Chambre sociale de la Cour de cassation a refusé de voir un cas de force majeure en présence de gelées tardives, pourtant reconnues « calamité agricole » car il ne s'agit pas d'un « événement imprévisible » [835].
En l'espèce, suite à ces gelées ayant détruit une grande partie du vignoble et après une période de chômage partiel, l'employeur adresse à ses salariés une lettre dans laquelle il déclare qu'en raison de ces gelées l'intégralité du raisin serait utilisée et la société n'aurait donc pas de matière première à la suite de la vendange. Parce que l'employeur pouvait envisager une gelée de son vignoble, les magistrats nient l'existence d'un cas de force majeure.

De même, n'a pas été considérée comme un événement imprévisible une inondation provoquée par la crue de la rivière jouxtant une usine. En effet, les juges soulignent la fréquence des crues à cet endroit [836]. Ou encore, l'absence de neige dans une station de sports d'hiver ne présente pas le caractère d'imprévisibilité de la force majeure [837].

Dans tous ces exemples, l'employeur ne participe pas à l'événement à l'origine de la rupture des relations mais il doit prévoir que ce genre de catastrophe est susceptible de se

---

[835] Cass. soc., 25 octobre 1995, n°93-40.866 à 93-40.870, *Bull. civ.*, V, n°285 ; *CSBP* 1996, n°76, A2, p.7 ; *D.* 1995, I. R., p.258.

[836] Cass. soc., 19 mai 1988, n°86-41.948, *Bull. civ.*, V, n°297.

[837] Cass. soc., 11 avril 1995, SARL Hôtel-Club Carlina-Beaulieu c/ Clément.

produire. Il n'est alors pas autorisé, s'il survient, à rompre purement et simplement le contrat de travail de ses salariés.

De même, l'interdiction par un arrêté de poursuivre une publicité relative à un traitement d'hydrothérapie à domicile, présentée comme favorisant l'amaigrissement, n'autorise pas l'employeur à rompre le contrat de travail de ses représentants, sans paiement d'indemnités. La Cour de cassation retient ici que l'employeur, compte tenu de la nature des termes de la publicité litigieuse, pouvait prévoir un tel événement [838].

Enfin, les magistrats de la Chambre sociale de la Cour de cassation refusent de voir la force majeure en présence du retrait ou de l'expiration d'autorisations administratives temporaires.
Il en va de la sorte concernant une interdiction édictée par une autorité administrative de continuer l'exploitation d'une sablière qui avait été autorisée à titre précaire et révocable. Selon la Chambre sociale, cet événement était prévisible [839].
C'est également l'aspect prévisible de l'événement qui amène les juges à refuser la qualification de force majeure au retrait par l'autorité administrative d'une autorisation provisoire d'exploiter une résidence pour personnes âgées [840].
Ou encore, est prévisible la décision de non renouvellement de l'autorisation de jeux [841].
Enfin, le Conseil d'Etat a récemment refusé de voir dans le retrait d'agrément d'un(e) assistant(e) maternel(le) un cas de force majeure systématique en raison de son caractère prévisible [842]. Seules les spécificités de la situation peuvent, éventuellement, permettre au particulier employeur de faire reconnaître au juge l'existence d'un cas de force majeure [843].

---

[838] Cass. crim., 13 mai 1986.

[839] Cass. soc., 21 janvier 1987, *Bull. civ.*, V, n°28. En outre, en l'espèce, l'événement était surmontable dans la mesure où les contrats auraient pu se poursuivre sur un autre chantier

[840] Cass. soc., 11 décembre 1997, *CSBP* 1998, n°98, S 42, p.89.

[841] Cass. soc., 27 mars 2001, n°99-42.850, *CSBP* 2001, n°131, S 313, obs. C. CHARBONNEAU.

[842] CE, 26 février 2007, FNPE, *Dr. soc.* septembre - octobre 2007, p.977 avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement C. DEVYS, p.974-976 : *« Alors même qu'en vertu de l'article L. 421-12 du Code de l'action sociale et des familles* ***le retrait ou la suspension de l'agrément*** *contraint l'employeur à cesser d'employer l'assistant maternel concerné, cet événement* ***n'est pas nécessairement assimilable à un cas de force***

Ainsi, lorsque l'employeur peut prévoir la réalisation d'un événement susceptible de rompre le contrat de travail, il ne peut invoquer ensuite un cas de force majeure pour y mettre fin.
De façon analogue, les juges refusent de reconnaître la force majeure lorsqu'ils relèvent la participation du débiteur à la rupture du contrat de travail.

B - Un événement extérieur aux parties

Chaque fois que les parties au contrat participent de quelque manière que ce soit à l'événement, la qualification de force majeure est écartée par les juges. Ainsi, ne relèvent pas de la force majeure les événements qui tiennent à la personne de l'employeur (1°), à la personne du salarié (2°) ou à l'activité de l'entreprise (3°).

1° - Les événements tenant à la personne de l'employeur

305 Concernant les événements liés à l'employeur, la Cour de cassation a jugé que la cessation d'activité décidée par l'employeur ne constitue pas un cas de force majeure [844], quand bien même elle serait due à des divergences entre les associés sur l'opportunité de dissoudre la société à la suite d'un incendie [845].

306 De la même façon, la Cour de cassation a approuvé les juges d'appel d'avoir rejeté la force majeure en présence d'un incendie ayant partiellement détruit les installations, en raison

---

majeure *exonérant l'employeur de l'obligation de verser l'indemnité de licenciement prévue par l'article 5 de l'accord annexé à la loi du 19 janvier 1978 ; C'est au juge du contrat de travail qu'il appartient, le cas échéant, d'apprécier si les éléments de la force majeure sont constitués, en fonction des données propres à chaque affaire ».*

[843] Exemple : CA Versailles, 12 octobre 2001, *Bulletin d'information de la Cour de cassation* (diffusé sur Internet), du 1er mars 2002, n°223 : *« Présente les caractères de la force majeure imputable à l'administration, constitutif d'un fait du prince et justifiant la rupture du contrat de travail sans préavis ni indemnité, le retrait d'agrément survenu alors que l'employeur était dans l'ignorance des faits reprochés à son salarié et n'avait pu intervenir auprès de l'autorité administrative pour les dénoncer ».*

[844] Cass. soc., 10 mai 2000, Mlle Dubard c/ Sté St Hugues et autres.

[845] Cass. soc., 27 juin 2000, *RJS* 9-10/00, n°940.

du rôle de l'employeur [846].

En l'espèce, les magistrats ont constaté, d'une part, un défaut de cloisonnement des locaux anciens, un manque de protection des canalisations et des bouteilles de gaz, la présence de déchets inflammables dans l'atelier de polissage (ayant déjà donné lieu à plusieurs débuts d'incendie) ; d'autre part, les juges ont relevé qu'un grand retard avait été pris dans l'exécution des mesures de protection, malgré les observations et les mises en garde formulées à plusieurs reprises par le comité d'hygiène et de sécurité. Ici, c'est à cause de l'imprévoyance, de l'imprudence de l'employeur que les locaux ont été détruits. Les magistrats retiennent alors sa participation active dans la réalisation du risque pour lui déclarer la rupture imputable.

Une solution identique est retenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation en présence d'une *« faute caractérisée [de l'employeur] qui ne respecte pas les règlements de sécurité »*, ce qui *« avait aggravé les conséquences de l'incendie »* [847].

307 En revanche, le fait du prince, lorsqu'il est totalement extérieur à l'employeur, constitue un événement de force majeure. Le fait du prince *« correspond à une situation où l'exécution du contrat est empêchée ou substantiellement altérée par une mesure émanant des autorités publiques »* [848]. La décision administrative doit être prise dans le cadre de prérogatives de puissance publique réservées aux organes de l'Etat et être à la fois imprévisible et insurmontable.

---

[846] Cass. soc., 7 mars 1985, n°83-45.688, *Bull. civ.*, V, n°157.

[847] Cass. soc., 23 avril 1997.

Dans le même sens : Cass. soc., 1er février 2005, n°02-18.357, *CSBP* 2005, n°170, S 179, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 4/05, n°377 : *« Pour être constitutif de la force majeure, un événement n'est irrésistible que sous réserve que le débiteur ait pris toutes les mesures requises pour éviter la réalisation de l'événement. Tel n'est pas le cas lorsqu'une décision administrative de fermeture résulte de ce que l'employeur n'a pas déféré aux exigences de la commission de sécurité »*.

[848] G. VEDEL, P. DÉVOLVÉ, *Droit administratif*, Thémis, 11ème édition, 1990, tome 1, p.423.

Pour la Cour d'appel de Versailles, le fait du prince, en matière de rupture du contrat de travail se définit comme *« une intervention ou un acte de l'administration imprévisible ayant pour effet de rendre impossible pour l'un ou l'autre contractant l'exécution du contrat de travail puisque réunissant les conditions de la force majeure »* : CA Versailles, 12 octobre 2001, *Bulletin d'information de la Cour de cassation* (diffusé sur Internet), du 1er mars 2002, n°223.

Ainsi, les magistrats considèrent que la décision ministérielle de retrait d'agrément d'un casino comportant, en application de la réglementation applicable, obligation pour l'employeur de se séparer de son salarié, vaut fait du prince [849]. L'employeur ne dispose effectivement d'aucune autre option que de fermer son établissement dont l'exploitation ne peut reprendre faute d'agrément.
À l'inverse, lorsque la cessation de l'exploitation d'un casino résulte de l'arrivée du terme de la concession que lui avait accordée la municipalité, le fait du prince ne saurait être reconnu. Il y a purement et simplement arrivée de l'échéance et l'employeur ne peut faire valoir son ignorance quant à cette information [850].

A encore été jugé comme fait du prince justifiant la rupture du contrat de travail par l'employeur, le retrait par l'autorité administrative de la carte qui donnait accès à un salarié dans une enceinte portuaire [851].
Libèrent également l'employeur de toutes obligations le retrait d'agrément de l'administration pénitentiaire à l'égard d'une assistante sociale salariée de la Croix Rouge, qui avait été attachée à une prison [852] ou, la promulgation par un Etat étranger d'un décret-loi interdisant

---

[849] Cass. soc., 5 mai 1993, n°90-41.639, *Bull. civ.*, V, n°126 ; *CSBP* 1993, n°51, p.171 ; *D.* 1994, sommaires commentés, p.306, obs. I. VACARIE ; *JCP*, E, 1994, II, 527.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 7 mai 2002, n°00-42.370, *Bull. civ.*, V, n°143 ; *CSBP* 2002, n°142, S 319, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 7/02, n°808 ; *TPS*, juillet 2002, n°224, p.16 : *« Aux termes de l'article 8 du décret n°59-1489 du 22 décembre 1959, portant réglementation des jeux dans les casinos des stations balnéaires, thermales et climatiques, le directeur responsable du casino est tenu de congédier, sans délai, toute personne employée à titre quelconque dans les salles de jeux à qui le ministre de l'Intérieur aurait retiré l'agrément ; Ayant constaté que la décision ministérielle du 4 janvier 1994 précisait que l'exclusion des salles de jeux prononcée à l'encontre de l'intéressé valait retrait d'agrément, la Cour d'appel […] a décidé à juste titre que cette mesure* ***constituait un cas de force majeure*** *privatif des indemnités de rupture ».*

[850] Cass. soc., 7 avril 1993.

[851] Cass. soc., 9 novembre 1959, *Bull. civ.*, IV, n°970.

[852] Cass. soc., 23 octobre 1974, *Bull. civ.*, V, n°494.

l'exercice, dans son pays, de la profession de représentant aux étrangers [853] ou, le retrait d'agrément d'une bibliothécaire d'un hôpital [854].

Mais ces décisions sont anciennes et semblent ne plus avoir lieu d'être aujourd'hui. En effet, l'importance du fait du prince, comme cause de rupture du contrat de travail a connu ces dernières années un déclin. Celui-ci semble directement lié au développement de la réglementation sur le licenciement. La Cour de cassation a, en effet, tendance, sans remonter jusqu'à la décision administrative qui est à la racine d'un licenciement, à s'arrêter à la suppression d'emploi que cette décision a amenée. Cela lui permet de qualifier l'événement de licenciement.

Tel a été le cas, par exemple, à propos du refus de renouvellement, par l'autorité administrative, d'un titre autorisant un étranger à exercer en France qui, selon la Cour de cassation, *« ne constitue pas un cas de force majeure, de sorte que la rupture du contrat de travail, consécutive à ce refus, ne peut qu'être un licenciement »* [855]. Similairement, en matière de contrat de travail à durée déterminée, la Cour de cassation a jugé que *« la fermeture administrative d'un établissement ne constitue pas un cas de force majeure autorisant la rupture anticipée »* dans la mesure où l'établissement en question, un magasin d'alimentation, avait en l'espèce été le théâtre d'une rixe, ce qui avait conduit le préfet à décider de sa fermeture [856].

308 Enfin, il faut envisager la survenance du décès de l'employeur. Selon les juges, la mort de l'employeur ne constitue pas un cas de force majeure [857]. Il convient, plus précisément, de distinguer deux hypothèses.

Soit l'entreprise ferme, la Cour de cassation juge, dans ce cas, que, conformément à l'article 724 du Code civil, les licenciements incombent alors aux héritiers qui sont, en outre, tenus au

---

[853] Cass. soc., 22 février 1967, n°65-40.538, *Bull. civ.*, V, n°175.

[854] Cass. soc., 11 mai 1988, *Bull. civ.*, V, n°284.

[855] Cass. soc., 6 novembre 2001, n°99-42.054, *CSBP* 2002, n°136, S 23, obs. C. CHARBONNEAU.

[856] Cass. soc., 28 juin 2005, n°03-43.192, *JCP*, S, n°18-19 du 25 octobre 2005, 1296, p.23, note F. BOUSEZ.

[857] Cass. soc., 5 décembre 1989, *Bull. civ.*, V, n°695 s'agissant d'un garde-malade.

paiement des indemnités de rupture du contrat de travail [858] (à moins bien sûr, qu'ils n'aient renoncé à la succession). *« Cette règle a pour objet évident d'assurer, au bénéfice du salarié, la poursuite du contrat de travail »* [859]. Il est d'ailleurs toujours possible pour l'employeur de souscrire un contrat d'assurance destiné à assurer, en cas de décès, le paiement des indemnités de licenciement dues aux salariés qu'il employait.

Soit, deuxième alternative, l'entreprise survit. Les contrats de travail se poursuivent donc avec les héritiers. En effet, le législateur a réglé les conséquences attachées à la disparition de l'employeur dans l'article L. 122-12 du Code du travail. Ce texte prévoit la continuation des contrats en cours *« s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession »* [860].

Ne relèvent pas davantage de la qualification de force majeure les événements dus au salarié.

2 °- Les événements tenant à la personne du salarié

Les événements liés à la personne du salarié ne remplissent pas le critère de l'extériorité et ne peuvent, subséquemment, recevoir la qualification de force majeure Or, pendant longtemps, la force majeure a tenu une place essentielle en matière de rupture du contrat de travail en raison de l'état de santé du salarié. Tel n'est plus le cas à ce jour (a). De la même façon, la qualification de force majeure a perdu son rang en présence d'une incarcération du salarié (b). En revanche, la jurisprudence admet une telle qualification à propos de la survenance du décès du salarié (c).

---

[858] Cass. soc., 16 novembre 1977, *Bull. civ.*, V, n°617.

Confirmations de jurisprudence : ◆ Cass. soc., 10 février 1982, n°80-40.044, *Bull. civ.*, V, n°78.
◆ Cass. soc., 24 février 1983, n°80-41.779, *Bull. civ.*, V, n°117.

[859] J. BEAUCHARD, *Les héritiers de l'employeur*, Ecrits en l'honneur du Professeur J. SAVATIER, p.56.

[860] Interprétation confirmée par la réponse ministérielle n°73 699, *JOAN*, 9 décembre 1985, p.5663.

a - L'état de santé du salarié

D'essentielle en ce domaine, la force majeure est devenue inexistante. En effet, le licenciement l'a chassée définitivement.
Cette disparition de la force majeure s'est d'abord produite en matière de maladie prolongée (α). Puis, elle s'est accomplie parallèlement en cas d'inaptitude physique (β).

α – La maladie prolongée du salarié

309 Le 14 décembre 1960, la section sociale de la Cour de cassation rend son célèbre arrêt *Gagnon c/ Figaro*. Dans cette décision, elle pose le principe selon lequel *« la maladie d'un salarié peut, par sa prolongation, devenir un cas de force majeure entraînant la rupture du contrat de travail »* [861].

310 Mais l'instauration, par la loi du 13 juillet 1973, d'une procédure particulière dans le domaine du licenciement modifie les données du problème.
Aussi, la Chambre sociale de la Cour de cassation infléchit sa jurisprudence en considérant, dans un arrêt du 29 juin 1977 [862] que, si la prolongation de l'absence pour maladie rend la rupture imputable au salarié, l'employeur qui prend acte de la constater doit, en la forme respecter la procédure de licenciement. La Cour de cassation abandonne donc la qualification de « force majeure » en ce domaine.
De la sorte, nous aboutissons à une situation originale puisque, d'un point de vue formel, l'employeur est tenu d'appliquer les règles procédurales relatives au licenciement alors qu'au fond, l'imputabilité de la rupture ne lui est pas attribuée. En effet, selon la Chambre sociale, l'imputabilité de la rupture est due à la maladie elle-même ou plus exactement à sa répétition ou sa prolongation, l'employeur n'a donc pas à en supporter les conséquences pécuniaires (à condition, toutefois, que dans la lettre de licenciement l'employeur précise prendre acte de la rupture et non procéder au licenciement du salarié).

---

[861] Cass. soc., 14 décembre 1960, *Bull. civ.*, V, n°1181 ; *JCP* 1961, II, 11 985 ; *JCP* 1961, I, 1609, note G.-H. CAMERLYNCK.

[862] Cass. soc., 29 juin 1977, *Bull. civ.*, V, n°241.

Cette *« combinaison, dans un même processus, de rupture des règles de fond de la force majeure et des règles de forme du licenciement prêtait à la critique »* [863].
De plus, force est de constater l'iniquité d'une jurisprudence qui traite moins bien le salarié malade que le salarié fautif.

311 C'est pourquoi en 1988 la Cour de cassation opère un véritable revirement de jurisprudence. Dans deux arrêts de cassation rendus le 21 avril 1988 la Chambre sociale décide que l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail en endosse en même temps la responsabilité [864]. Subséquemment, l'employeur se voit obligatoirement débiteur de l'indemnité légale de licenciement. En revanche, selon cette même jurisprudence, l'employeur n'est pas contraint de verser l'éventuelle indemnité conventionnelle de licenciement.
Comme le souligne H. BLAISE [865], nous nous trouvons confrontés à une situation paradoxale où la rupture du contrat de travail est considérée comme un licenciement au regard de la loi mais non vis-à-vis de la convention collective.

312 Ce sont des arrêts des 13 et 14 juin 1990 qui viennent mettre fin à cette incohérence. La Cour de cassation, abandonnant la distinction entre initiative et imputabilité de la rupture, qualifie celle-ci en de **licenciement** et accorde au salarié concerné les indemnités de licenciement, en particulier l'indemnité conventionnelle [866].
Désormais, toute cessation des relations de travail due à la prolongation de la maladie ou à la répétition des absences pour ce même motif s'analyse en un licenciement.

L'évanouissement de la force majeure et le recours au licenciement constituent un vrai progrès social. La même évolution a bénéficié aux salariés inaptes physiquement.

---

[863] J.-M. BÉRAUD, « Maladie et perte d'emploi », *Dr. soc.* 1991, p.579.

[864] Cass. soc., 21 avril 1988, *Bull. civ.*, V, n°250 ; *D.* 1988, sommaires commentés, 323, obs. A. LYON-CAEN ; *Dr. soc.* 1989, p.133.

[865] H. BLAISE, « Maladie et inaptitude physique, causes de rupture du contrat de travail », *RJS* 6/90, p.315.

[866] J. SAVATIER, « Le droit aux indemnités de licenciement en cas de rupture du contrat provoquée par l'état de santé du travailleur », *Dr. soc.* 1991, p.109.

β – L'inaptitude physique du salarié

313 La jurisprudence emprunte en ce domaine le même chemin que celui qu'elle a tracé en cas d'absence prolongée pour maladie. En présence d'une « prise d'acte de l'avis d'inaptitude » par l'employeur, la rupture est, dans un premier temps, qualifiée de force majeure [867].

314 Puis, usant de la distinction entre initiative et imputabilité, la jurisprudence considère que la rupture pour inaptitude physique n'est pas imputable à l'employeur mais au salarié qui ne peut en conséquence bénéficier de la procédure de licenciement [868] ni prétendre au paiement des indemnités de préavis et de licenciement [869].

315 La jurisprudence évolue ensuite en admettant que l'employeur doit respecter la procédure d'entretien préalable [870]. En revanche, le salarié continue à être privé des indemnités de licenciement.

316 Il faut attendre 1990 pour que l'inaptitude physique du salarié trouve une nouvelle assise juridique.
Tout d'abord, le 29 mai 1990, la Cour de cassation déclare que la rupture pour inaptitude s'analyse en un licenciement [871].
Puis, le 29 novembre 1990, la Cour de cassation parfait sa jurisprudence en retenant que la rupture du contrat de travail en raison d'une inaptitude physique *« s'analyse en un licenciement qui ouvre droit à l'indemnité légale de licenciement ou, si elle est plus favorable*

---

[867] Cass. soc., 21 mars 1979, *Bull. civ.*, V, n°253.

[868] Cass. soc., 14 avril 1983, *Bull. civ.*, V, n°191.

[869]
- Cass. soc., 6 novembre 1980, *D.* 1982, 279, note J.-F. ABEILLE.
- Cass. soc., 15 juin 1983, *Bull. civ.*, V, n°327.
- Cass. soc., 4 décembre 1985, *Dr. soc.* 1986, p.788.
- Cass. soc., 9 avril 1987, *Bull. civ.*, V, n°211.

[870]
- Cass. soc., 6 novembre 1980, *Cahiers prud'homaux* 1981, n°4, p.52.
- Cass. soc., 16 mars 1983, *Cahiers prud'homaux* 1983, p.139.

[871] Cass. soc., 29 mai 1990, *Bull. civ.*, V, n°246 ; *D.* 1991, 339, note N. DECOOPMAN ; *Dr. soc.* 1991, p.115, obs. J. SAVATIER ; *RJS* 1/91, n°11.

au salarié, et si les clauses de la convention collective ne l'excluent pas, à l'indemnité conventionnelle » [872].

La fameuse distinction entre l'initiative et l'imputabilité disparaît de nouveau au profit d'une **qualification unique de licenciement**.

À l'évidence, cette évolution avait pour finalité de justifier le versement de l'indemnité de licenciement au profit du salarié qui n'est plus en mesure d'exercer sa prestation de travail. Aujourd'hui, s'y ajoute l'obligation à charge de l'employeur de tenter un reclassement compatible avec le nouvel état de santé du salarié, en tenant compte de l'avis du médecin du travail. Le changement de qualification est donc positif en plusieurs aspects.

317 En matière de contrat de travail à durée déterminée, il faut attendre un arrêt du 12 juillet 1999 pour voir la qualification de force majeure exclue à propos de l'inaptitude d'origine professionnelle. La Cour de cassation énonce alors que *« la déclaration d'inaptitude par le médecin du travail ne présente pas le caractère d'imprévisibilité de la force majeure autorisant la rupture du contrat de travail à durée déterminée avant son terme »* [873].

La Cour de cassation se prononce dans le même sens à propos du salarié titulaire d'un CDD mais dont l'inaptitude est d'origine non professionnelle [874].

---

[872] Cass. soc., 29 novembre 1990, *Dr. soc.* 1991, p.115.

[873] Cass. soc., 12 juillet 1999, n°97-41.131, *Bull. civ.*, V, n°344; *CSBP* 1999, n°114, S 486, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 1999, p.952, obs. J. SAVATIER ; *JCP*, G, 2000, II, 10 273, note G. LACHAISE, p.485-488 ; *RJS* 11/99, n°1353 : ***« la déclaration d'inaptitude par le médecin du travail ne présente pas le caractère d'imprévisibilité de la force majeure*** *autorisant la rupture du contrat à durée déterminée avant son terme »*.

[874] Voir : ◆ Cass. soc., 23 mars 1999, n°96-40.181, *Bull. civ.*, V, n°136 ; *CSBP* 1999, n°111, S 270, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 1999, jurisprudence, p.470, note F. LAGARDE ; *Dr. soc.* 1999, p.623, obs. J.-P. KARAQUILLO ; *RJS* 5/99, n°703 : *« **l'inaptitude du salarié** […] **ne constitue pas un cas de force majeure** justifiant la rupture immédiate du contrat à durée déterminée »*.

◆ Cass. soc., 12 février 2003, n°00-46.660, *CSBP* 2003, n°150, S 223, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 5/03, n°597 ; *Semaine Sociale Lamy* du 24 février 2003, n°1111, p.12-14, obs. F. CHAMPEAUX ; *TPS*, avril 2003, n°136, p.10 : *« la force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer de tout ou partie des obligations nées de la rupture d'un contrat de travail s'entend de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite dudit contrat ; que **ne présente pas ce caractère l'inaptitude à son emploi d'un salarié** »*.

◆ Cass. soc., 18 novembre 2003, n°01-44.280, *Dr. soc.* 2004, p.302, obs. C. ROY-

La jurisprudence est donc désormais cohérente en matière de rupture du contrat de travail résultant de l'état de santé du salarié. Le licenciement a entièrement supplanté la force majeure. La même évolution s'est produite à propos de l'incarcération du salarié.

b - L'incarcération du salarié

Une question s'est posée concernant l'incarcération du salarié. Celle-ci peut parfois se révéler très longue. Est-elle alors constitutive d'un cas de force majeure ?

318 Dans un premier temps, les magistrats de la Chambre sociale de la Cour de cassation ont étudié le caractère insurmontable de l'événement pour décider s'il constituait ou non un cas de force majeure. Ainsi, selon sa durée, l'emprisonnement pouvait mettre fin au contrat de travail automatiquement sans que l'employeur ne soit tenu de verser les indemnités de fin de contrat [875].

De cette manière, la Cour de cassation approuve une Cour d'appel d'avoir *« relevé que la détention du salarié s'annonçait nécessairement longue [...] et d'avoir déduit qu'il existait un cas de force majeure »* [876].

Ultérieurement, encore, nous pouvions lire que l'incarcération du salarié est *« un événement de force majeure légitimant la rupture du contrat de travail » dans la mesure où « la défection prolongée pour une durée indéterminée [...] ne pouvait qu'entraîner la désorganisation du service »* [877]. Parfois, les juges précisaient expressément que la *« rupture était sans conteste imputable au salarié qui n'était plus en mesure de fournir la prestation de son travail »* en raison d'une incarcération de plus de deux années.

LOUSTAUNAU ; *RJS* 1/04, n°12 : *« **l'inaptitude physique d'un salarié ne constitue pas un cas de force majeure** autorisant la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée ».*

[875] Cass. soc., 17 juillet 1958, *Bull. civ.*,V, n°935.

[876] Cass. soc., 24 avril 1986, *Bull. civ.*, V, n°171.

[877] CA Metz, 17 janvier 1996, Association des parents et amis d'enfants inadaptés de l'Orne c/ Beck. Dans le même sens : CA Pau, 31 août 1995, Lartigue c/ SA Crédit Lyonnais.

319 Aujourd'hui, la Chambre sociale de la Cour de cassation décide que *« l'incarcération du salarié ne constitue pas en soi un cas de force majeure »* [878].

Par cet arrêt de 1996, la Haute juridiction française a durci la position qu'elle adoptait jusqu'alors et revient à une appréciation stricte des conditions d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité de la force majeure. Pour que le contrat de travail prenne fin, si le salarié incarcéré n'en prend pas l'initiative, l'employeur est donc contraint de licencier son salarié en prenant l'initiative de la fin des relations. Il y a alors un déplacement des débats. La question était auparavant de savoir si l'incarcération du subordonné constituait ou non un cas de force majeure. Aujourd'hui, la problématique est de déterminer si son emprisonnement constitue ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement. À cette interrogation, la Cour de cassation est venue répondre que l'employeur conserve la faculté de licencier en invoquant, notamment, l'impossibilité dans laquelle se trouve le salarié de remplir les obligations découlant de son contrat de travail [879]. L'employeur est alors redevable de l'ensemble des indemnités de rupture.

La qualification de rupture pour force majeure a donc cédé sa place à celle de licenciement. Tel n'est pas le cas en cas de survenance du décès du salarié.

c - Le décès du salarié

320 Le décès du salarié est qualifié de cas de force majeure. La jurisprudence considère qu'il s'agit bien d'un événement imprévisible (au moins quant à sa date), insurmontable et

---

[878] Cass. soc., 15 octobre 1996, n°93-43.668, *Bull. civ.*, V, n°326 ; *RJS* 12/96, n°1262 ; P.-H. ANTONMATTEI, « La rupture du contrat de travail consécutive à l'incarcération du salarié », *Dr. soc.* 1997, p.246.

Confirmation de jurisprudence : ◆ Cass. soc. 14 mai 1997, *CSBP* 1998, n°92, S 130, p.218 : *« La mise en détention provisoire du salarié ne constitue pas en soi un cas de force majeure »*.

◆ Cass. soc., 25 mars 1998, *JCP*, G, 1998, II, 10 178, note F. PETIT.

Parallèlement, il semble que l'incarcération de l'employeur ne constitue pas davantage un cas de force majeure. À ce propos, voir CA Agen, 4 décembre 2001, *RJS* 6/02, n°771 : *« La mise en détention provisoire de l'employeur qui n'entraîne pas de façon insurmontable la cessation de l'activité de l'entreprise ne constitue pas en soi un cas de force majeure, de sorte que l'employeur, malgré cette situation, reste tenu vis-à-vis du salarié des diverses obligations nées du contrat de travail »*.

[879] Cass. soc., 28 mai 1997, SA Régie nationale des usines Renault c/ Fontaine.

totalement extérieur à sa personne. Le décès du salarié est donc regardé comme un cas de force majeure [880] qui dispense l'employeur du versement des indemnités de rupture [881].

Selon N. HAUSER-COSTA, cette divergence de solutions entre le décès de l'employeur et celui du salarié est pleinement justifiée dans la mesure où *« la mort de l'employeur est sans doute moins irrésistible que lorsqu'il s'agit du décès du salarié dans la mesure où l'intuitu personae qui anime le contrat de travail est plus ténu dans la relation de l'employé vers son employeur qu'à l'inverse »* [882]. Plus l'entreprise est grande, plus elle est hiérarchisée et moins l'impact du décès de l'employeur est fort dans la relation de travail. Souvent, le salarié ne connaît que son supérieur direct si bien que la disparition de l'employeur n'affecte en rien la perception que le subordonné a de son emploi, au sein de l'entreprise.

Pour recevoir la qualification de force majeure, l'événement doit donc être extérieur aux parties au contrat, il doit également ne pas être lié à l'activité de l'entreprise.

3°- Les événements tenant à l'activité de l'entreprise

321 Les évènements liés à l'activité de l'entreprise ne peuvent servir à rompre les contrats de travail par force majeure. Et ce, qu'il s'agisse de la cessation pure et simple d'activité [883],

---

[880] La jurisprudence a, cependant, adopté la position inverse dans une affaire où était en cause le décès d'un acteur. Pour la Cour de cassation, en effet, il n'y a pas de force majeure lorsque le décès d'un acteur principal d'un téléfilm ne fait pas obstacle à la poursuite de la production de la série télévisée avec un autre acteur, et n'empêche donc pas la poursuite des contrats de travail conclu pour cette série : Cass. soc., 12 février 2003, n°99-42.985, *Bull. civ.*, V, n°50 ; *D.* 2003, n°25, sommaires commentés, obs. N. DAIMEZ ; *JCP*, G, 30 juillet 2003, I, p.1458, note P. MORVAN ; *TPS*, avril 2003, n°136, p.10.

[881] Néanmoins, l'employeur reste redevable des salaires et indemnités acquis par le salarié à la date de son décès. D'autre part, si le décès du salarié intervient après la rupture du contrat de travail, toutes les indemnités de rupture sont dues à la succession du défunt (l'indemnisation trouvant alors sa source dans la rupture du contrat de travail).

[882] N. HAUSER-COSTA, *La qualification de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée en droit comparé franco-italien*, Thèse, Université de Nancy 2, 2000, p.269.

[883] Cass. soc., 2 décembre 1970, n°69-40.596, *Bull. civ.*, V, n°679.
Dans cette hypothèse, c'est l'article L. 122-12 du Code du travail qui trouve application.

du redressement et de la liquidation judiciaire [884] ou encore de la destruction partielle de l'entreprise, dès lors qu'elle ne rend pas impossible la poursuite de l'exploitation après remise en état [885].

Ainsi, nous percevons que chaque fois que l'employeur ou le salarié ne sont pas étrangers à la réalisation de la rupture du contrat de travail (par une décision propre ou par une participation à l'événement à l'origine de la fin du contrat), la qualification de force majeure est écartée.
Enfin, la qualification de force majeure ne peut être reconnue quand la rupture n'est pas insurmontable.

C - Un événement irrésistible et insurmontable

322 Les juges s'attachent à établir si la poursuite du travail est seulement rendue plus difficile (ou onéreuse) ou, au contraire, empêchée définitivement.
Chaque fois que la poursuite des relations de travail est envisageable, la force majeure n'est pas reconnue.

L'existence d'un caractère insurmontable joue un rôle décisif dans la qualification de le force majeure. Ainsi, une circonstance imprévisible mais non insurmontable ne constitue jamais un cas de force majeure.

323 L'irrésistibilité doit correspondre à un empêchement définitif ou, à tout le moins, durable de l'employeur de fournir du travail.
Si cet empêchement est définitif, alors la force majeure est reconnue [886]. La Chambre sociale de la Cour de cassation l'a reconnu à propos d'un incendie d'origine criminelle qui mettait

---

[884] L'article L. 321-9 du Code du travail prévoit dans ce cas une procédure particulière de licenciement.

[885] Cass. soc., 12 février 2003, n°01-40.916, *Bull. civ.*, V, n°50 ; *D.* 2003, n°25, sommaires commentés, obs. N. DAIMEZ ; *JCP*, G, 30 juillet 2003, I, p.1458, note P. MORVAN ; *TPS*, avril 2003, n°136, p.10 ; J.-Y. FROUIN, « Force majeure, cause de rupture du contrat de travail », rapport du conseiller référendaire rapporteur à propos de l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 12 février 2003, *RJS* 4/03, p.285-286.

[886] Cass. soc., 5 février 1992, *Semaine Sociale Lamy* 1992, n°593, p.15.

l'employeur *« dans l'impossibilité absolue et durable »* [887] de poursuivre l'exécution du contrat de travail. De la même façon, la force majeure est caractérisée lorsque le seul centre de production de l'entreprise a été fermé à la suite d'un incendie et que la poursuite de l'activité de la société, laquelle s'était bornée à liquider le stock résiduel et à payer les factures correspondant aux livraisons en cours, était devenue impossible [888]. Plus récemment, la Chambre sociale a caractérisé un cas de force majeure à propos du mouvement social de contestation d'intermittents du spectacle lors du festival 2003 de La Rochelle dans la mesure où l'employeur, la société Francofolies, était matériellement extérieure au conflit (elle n'avait aucune possibilité de satisfaire leurs revendications) et que la poursuite du festival était irréalisable (impossibilité pour les artistes de décaler leurs prestations) [889].

324 Mais le plus souvent, la force majeure est écartée car l'événement ne provoque que des *« difficultés momentanées »* [890]. Les contrats de travail ne sont alors pas rompus mais seulement suspendus jusqu'à la reprise de l'activité [891].

Ainsi, par exemple, dans une espèce datée du 15 février 1995, les contrats de travail de 136 salariés sont rompus pour force majeure à la suite d'une inondation survenue dans les locaux de leur société. La Cour d'appel reconnaît l'existence de la force majeure pour les motifs suivants : la remise en état et en activité de l'ensemble du matériel n'étant pas financièrement possible, la production de l'usine avait complètement cessé en dehors de la volonté personnelle du chef d'entreprise pour ne reprendre ultérieurement que très partiellement,

---

[887] Cass. soc., 30 avril 1997, n°94-42.194, *RJS* 8-9/97, n°970.

[888] Cass. soc., 5 avril 2006, n° 04-46.439, *Semaine Sociale Lamy* du 2 mai 2006, n°1259, p.15.

[889] Cass. soc., 31 octobre 2006, n°04-47.014 et 04-47.015, *JCP*, S, n°3 du 16 janvier 2007, jurisprudence, 1019, note L. DRAI ; *RJS* 1/07, n°49 : En l'espèce, le mouvement des intermittents avait pour objet la contestation d'un projet gouvernemental de réforme du régime d'assurance-chômage. Les juges du fond ont relevé que les manifestants, extérieurs au festival, bloquaient l'accès des salariés à leur lieu de travail. Par conséquent, il s'agit selon eux, d'un événement constitutif de force majeure pour l'employeur contraint d'annuler le festival. Cette analyse est confortée par la Cour de cassation qui admet *« l'existence d'un **fait extérieur** à la société susceptible de caractériser la force majeure **qui rendait impossible la poursuite** du festival et, par-là même, celle **des contrats de travail** »*.

[890] Cass. soc., 11 juillet 1989, *CSBP* 1989, n°13, B 92, p.185.

[891] Les salariés peuvent alors être indemnisés au titre du chômage partiel total.

après la réinstallation pendant plusieurs mois et la remise en route par des salariés réembauchés d'une ligne de production, de sorte que l'employeur s'était vu contraint de façon insurmontable de mettre fin aux contrats de travail. La Cour de cassation invalide cette décision : si la cessation d'activité consécutive à l'inondation peut être invoquée comme cause économique de licenciement, elle ne pouvait, en raison de son caractère temporaire et partiel, caractériser un cas de force majeure [892].

La même conclusion se retrouve dans un arrêt du 29 novembre 2000. En l'espèce, un violent orage provoque l'inondation des locaux d'une société. Après avoir vainement tenté d'obtenir l'indemnisation des salariés au titre du chômage partiel, l'employeur les informe de la rupture de leur contrat de travail pour force majeure. À tort pour la Cour de cassation : l'employeur n'établissait pas que, en raison du sinistre, aucune activité ne pouvait plus être exercée. Selon les juges, des travaux auraient pu être envisagés pour remettre en état les locaux et permettre la reprise de l'activité de l'entreprise. Si la cessation d'activité consécutive à l'inondation pouvait être invoquée comme cause économique de licenciement, elle ne constituait pas un cas de force majeure [893].

325 Dans la même logique, chaque fois que l'employeur reprend son activité dans un autre site de production, la qualification de force majeure est niée [894].

A fortiori, la force majeure est écartée lorsque l'employeur poursuit son activité.

Ainsi, une compagnie aérienne yougoslave qui entendait mettre un terme au contrat de l'un de ses agents de réservation en faisant état de la résolution 757 du Conseil de sécurité de l'ONU prescrivant, entres autres, aux Etats membres d'interdire le décollage et l'atterrissage d'avions en provenance de la Serbie ou du Monténégro, ne peut s'en prévaloir comme fait du prince

---

[892] Cass. soc., 15 février 1995, n°91-43.905.

[893] Cass. soc., 29 novembre 2000, SARL Le Lotus c/ Mme Duplan.

[894] Cass. soc., 3 mars 1993, *D.* 1994, sommaires commentés, p.306, obs. I. VACARIE : *« Ne donne pas de base légale à sa décision la Cour d'appel qui dit que la rupture du contrat de travail d'un salarié suite à l'incendie de l'usine où il travaillait était la conséquence de la force majeure […] sans rechercher […] si la production de l'usine détruite n'avait pas été reportée dans d'autres usines du groupe dans l'attente de la reconstruction de l'usine incendiée, ce qui était de nature à établir que l'incendie litigieux n'avait pas entraîné de façon insurmontable la cessation de l'activité de l'entreprise après la destruction de l'un de ses établissements ».*

dans la mesure où elle n'a pas cessé toute son activité malgré cette résolution [895].

Ici encore, ce n'est pas le rôle de l'employeur dans l'exécution de la prestation qui est pris en compte mais les conséquences de l'événement sur la relation de travail. Dès lors que l'incident n'interdit pas la poursuite du contrat de travail, l'employeur ne peut alléguer le fait du prince pour mettre un terme aux rapports avec son salarié.

326 Dans plusieurs arrêts du 12 février 2003, la Chambre sociale de la Cour de cassation donne une nouvelle dimension au critère de l'irrésistibilité en apportant une nouvelle définition de la force majeure. Selon, la Chambre sociale, il s'agit d'un *« évènement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite dudit contrat »* [896]. Il résulte de ces arrêts que l'examen de la possibilité ou de l'impossibilité de la poursuite de l'exploitation de l'entreprise, et par suite des contrats de travail, devient primordiale. Et, la Chambre sociale se montre très exigeante en ce domaine.

Ainsi, dans l'affaire « La Belle Créole » soumise le 12 février 2003 à la Cour de cassation, c'était le cyclone « Luis » [897] qui était à l'origine de la destruction importante (70%) d'un village hôtel situé sur l'Isle Saint-Martin. Les ravages ainsi provoqués étaient tels que l'entreprise avait dû cesser toute activité et ne pouvait alors savoir si une reprise de l'exploitation serait possible un jour. Situation, qui l'a conduit à rompre les contrats de travail quinze jours après la survenance du cyclone en invoquant la force majeure.

Dans la présente affaire, l'activité avait été totalement interrompue. Mais les juges du fond

---

[895] Cass. soc., 4 juin 1996, n°94-43.176, *CSBP* 1996, n°83, p.241 ; *RJS* 12/96, n°1262.

[896] Cass. soc., 12 février 2003 (3 arrêts), n°01-40.916, n°99-42.985 et n°00-46.660, *Bull. civ.*, V, n°50 ; *CSBP* 2003, n°150, A 28, obs. C. CHARBONNEAU ; *CSBP* 2003, n°150, S 223, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 2003, n°25, sommaires commentés, obs. N. DAIMEZ ; *JCP*, G, 30 juillet 2003, I, p.1458, note P. MORVAN ; *RJS* 4/03, n°423 et n°445 ; *RJS* 5/03, n°597 ; F. CHAMPEAUX, *Semaine Sociale Lamy* du 24 février 2003, n°1111, p.12-14 ; *TPS*, avril 2003, n°136, p.10 ; J.-Y. FROUIN, rapport du conseiller référendaire rapporteur, *RJS* 4/03, p.285-286.

[897] Ce cyclone, avec des pointes de vent enregistrées à 270Km/heure, était de force 4 sur l'échelle de Saffir - Simpson qui compte 5 niveaux. Le niveau 4 correspond à la catégorie « Extrême ». En règle générale, les dégâts provoqués par un cyclone de force 4 sont considérables. La végétation et les cloisons mobiles sont totalement détruites, la plupart des toits sont emportés ainsi que les portes et fenêtres. Des dégâts majeurs sont constatés sur toutes les structures battues par les flots (plages, digues, etc.) et les terres situées à trois mètres au-dessus du niveau de la mer sont inondées. En pareil cas, toutes les populations situées à moins de 3500 mètres du rivage doivent être évacuées.

ont relevé que la destruction de l'hôtel n'avait été que partielle et que la société avait perçu un dédommagement des assurances ainsi qu'une aide financière importante de sa maison mère qui lui permettaient de faire face au coût prévisionnel de la remise en état de l'hôtel, et que d'ailleurs une réouverture de l'hôtel (15 mois plus tard) a été envisagée. Eléments qui se sont avérés déterminants puisque les juges du fond en ont déduit qu'une reprise d'exploitation n'était pas impossible.
La Cour de cassation approuve ce raisonnement : la poursuite de l'exploitation, et donc des contrats de travail, n'ont pas été compromis de manière insurmontable par le passage du cyclone, ce qui est de nature à écarter la force majeure.

Les juges se montrent donc particulièrement exigeants quant à l'appréciation du caractère insurmontable de l'événement. Désormais, il n'est plus nécessaire d'entrer dans la casuistique du caractère durable ou non de l'interruption, ce qui compte est la question de la possibilité ou de l'impossibilité de la poursuite de l'exploitation. Plusieurs espèces nous le démontrent.
Ainsi, en présence d'un restaurateur qui est tenu de fermer son établissement en exécution d'un arrêté d'interdiction pris à la suite d'une explosion survenue dans un établissement voisin puis est autorisé à rouvrir son fonds de commerce un an plus tard, la Chambre sociale de la Cour de cassation réaffirme que *« la force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer des obligations nées de la rupture d'un contrat de travail s'entend de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat »*. Or, en l'espèce, elle constate que les dommages subis par l'immeuble ne rendaient pas impossible, après remise en état, la reprise de l'exploitation du restaurant et, partant, la poursuite du contrat de travail des salariés [898].
De façon analogue, *« l'employeur qui invoque la destruction de l'unité de production doit démontrer en quoi cette destruction a rendu impossible la poursuite de l'exploitation de l'entreprise et, par là, celle des contrats de travail »* [899].
Ou encore, ne peut invoquer la force majeure *« l'employeur qui, alors qu'il appartient à un groupe, n'a pas établi que la destruction par un incendie des bâtiments de production rendait*

[898] Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-43.065, *Semaine Sociale Lamy* du 15 juillet 2003, n°1131, p.15.

[899] Cass. soc., 31 mai 2005, n°03-42.056, *CSBP* 2005, n°173, S 299, obs. C. CHARBONNEAU

impossible la reprise d'exploitation, après reconstruction, et, par là même, celle des contrats de travail » [900].

327 La sévérité dont fait preuve la jurisprudence de la Chambre sociale dans l'admission de la force majeure est telle que certains, dont J.-Y. FROUIN conseiller référendaire rapporteur de l'arrêt du 12 février 2003 [901], se demandent s'il reste encore une place pour la force majeure en matière de relations de travail [902]. A. MAZEAUD parle même au sujet de ce mode de rupture de *« pieuse formule »* voire de *« formule incantatoire tant elle relève de l'anecdote, ou de l'histoire ancienne »* [903].

Selon A. CRISTAU, *« cette évolution n'entraîne pas l'adhésion. La caractérisation de la force majeure ne saurait être dictée par des considérations d'opportunité qui remettent en cause le principe essentiel selon lequel « À l'impossible, nul n'est tenu » »* [904]. Il faut, en

---

[900] Cass. soc. 7 décembre 2005, n°04-42.907, *CSBP* 2006, n°178, A 17, obs. H. GILLIER et F.-J. PANSIER.

[901] J.-Y. FROUIN, « Force majeure, cause de rupture du contrat de travail », rapport du conseiller référendaire rapporteur à propos de l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 12 février 2003, *RJS* 4/03, p.286 : *« retenir ce raisonnement […] revient pratiquement à éliminer la force majeure comme cause de rupture du contrat de travail car rarissimes sont les cas dans lesquels un sinistre irrésistible et extérieur aux parties entraîne une destruction totale de l'entreprise sans aucune réexploitation possible ou envisageable »*.

[902] Voir, notamment :
- F. CHAMPEAUX, *Semaine Sociale Lamy* du 24 février 2003, n°1111, p.12 : *« Que reste t-il de la force majeure ? Pas grand chose »*.
- P.-Y. VERKINDT, *TPS* avril 2003, n°136, p.10 : *« Que reste t-il de la force majeure en droit du travail ? À l'évidence, pas grand chose »*.
- A. CRISTAU, « Force majeure : à l'impossible l'employeur serait-il tenu ? », *Dr. soc.* 2003, p.391 : *« En droit du travail, sous l'influence de la Chambre sociale, l'effet libératoire de la force majeure se réduit comme une peau de chagrin »*.
- C. PIZZIO-DELAPORTE, « La force majeure en cas de rupture du contrat de travail : un nécessaire abandon », *TPS* août – septembre 2003, p.4 : *« la force majeure ne peut plus être un motif valable de rupture du contrat de travail. Il ne faut pas laisser croire aux parties que leurs obligations vont s'éteindre grâce à cette vieille institution du droit civil »*.

[903] A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Domat, Montchrestien, 4ème édition, 2004, n°589, p.417.

[904] A. CRISTAU, « Force majeure : à l'impossible l'employeur serait-il tenu ? », *Dr. soc.* 2003, p.391.

conséquence, selon cet auteur revenir à une conception plus rigoureuse de la force majeure afin que celle-ci retrouve un caractère efficient [905].

C. PIZZIO-DELAPORTE n'approuve pas davantage la solution de la Cour de cassation mais plaide, quant à elle, pour *« une disparition claire et honnête de la force majeure en tant que mode de rupture du contrat de travail »* [906].

328 Il est vrai que **la force majeure, mode de rupture autonome, occupe une place de plus en plus marginale en droit du travail**. Mais c'est l'inégalité des relations contractuelles qui conduit à protéger le salarié en rejetant une rupture du contrat de travail fondée sur la force majeure pour lui préférer le licenciement, plus protecteur. L'idée sous-jacente est bien évidemment de préserver l'emploi, quitte à faire subir quelque distorsion à la notion civile originelle. Distorsion qui, somme toute, est relative puisque les juges du travail se sont seulement affranchis des conditions d'imprévisibilité et d'extériorité qui, elles-mêmes, sont écartées par les Chambres civiles et commerciale au profit du critère de l'irrésistibilité.

En tout état de cause, cette jurisprudence s'inscrit dans la tendance plus large consistant à privilégier le droit du licenciement. D'ailleurs, pour parachever notre étude de la force majeure, nous devons souligner que **chaque fois que les magistrats repoussent la qualification de « force majeure », la rupture intervenue est requalifiée. Afin de sanctionner l'employeur, la requalification s'oriente automatiquement vers le « licenciement »** [907]. Et ce, afin d'appliquer à la rupture du contrat de travail, le statut protecteur que constitue le droit du licenciement.

---

[905] Opinion partagée par F. CHAMPEAUX qui écrit que *« force est de constater que la Cour de cassation s'éloigne des critères originels de la force majeure »* : *Semaine Sociale Lamy* du 24 février 2003, n°1111, p.13.

[906] C. PIZZIO-DELAPORTE, « La force majeure en cas de rupture du contrat de travail : un nécessaire abandon », *TPS* août – septembre 2003, p.5.

[907] Voir par exemple : ◆ Cass. soc., 14 octobre 1997, *CSBP* 1998, n°95, A 57, p.309 ; *D.* 1998, jurisprudence, p.338, note F. PETIT ; *Dr. soc.* 1997, p.1101, obs. J. SAVATIER ; *RJS* 11/97, p.794, n°1293 : *« La rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, qui n'est pas due à un cas de force majeure, **constitue un licenciement** »*.

◆ Cass. soc., 27 juin 2000, *RJS* 9-10/00, n°940 : En l'espèce, les magistrats décident que la rupture du contrat de travail n'étant pas la conséquence d'un cas de force majeure, elle constitue un licenciement. La Cour de cassation indique que l'employeur aurait dû, étant donné les circonstances, procéder à un licenciement économique. N'ayant pas respecté ses obligations en matière de licenciement, il est redevable

Conclusion du chapitre

Ce chapitre nous a permis de mettre en relief l'évolution de la place accordée en droit du travail aux modes de ruptures issus du droit commun lorsque le contrat n'est pas exécuté correctement, que cette inexécution soit volontaire ou subie.

329 Ainsi, nous avons tout d'abord vu que l'évolution de la qualification de résiliation judiciaire a évolué différemment selon qu'elle est intentée par l'un ou l'autre des contractants.

D'une part, l'action de l'employeur en résiliation judiciaire a été, dès 1974, déclarée irrecevable lorsqu'elle était sollicitée à propos du contrat de travail d'un salarié protégé. Puis, progressivement, la résiliation judiciaire s'est vue refusée à l'employeur concernant le contrat de travail de salariés ordinaires. Aujourd'hui, **l'employeur ne peut donc en aucun cas requérir la résiliation judiciaire d'un contrat de travail**. La **sanction** qu'il encourt est unique et automatique. Elle consiste en une **requalification de la rupture en un licenciement**, avec pour résultat, l'application de l'ensemble du droit du licenciement.

D'autre part, la qualification de résiliation judiciaire a subi une évolution fluctuante lorsqu'elle est intentée par le salarié. En effet, l'action a été écartée à l'égard des salariés protégés pendant une décennie au motif essentiellement qu'ils ne pouvaient disposer du statut protecteur dont ils bénéficient. Et ce dans la mesure où celui-ci a été institué non dans leur seul intérêt mais dans celui de l'ensemble de la collectivité des salariés. En sus, un tel rejet de l'action en résiliation judiciaire permettait d'éviter le concours d'un contentieux administratif et d'un contentieux judiciaire. Aujourd'hui, cette interdiction est levée. **Tous les salariés, quelle que soit leur situation dans l'entreprise, peuvent demander au juge de prononcer la résiliation de leur contrat de travail (à durée déterminée ou indéterminée) quand il fait l'objet d'une exécution défectueuse de la part de l'employeur**. Si l'action est jugée recevable, non seulement, conformément au droit commun, le contrat sera rompu mais, en outre, la **rupture** ainsi survenue sera **requalifiée**. Requalification qui, une fois encore,

---

envers le salarié de l'indemnité de rupture et de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

◆ Cass. soc., 31 mai 2005, n°03-43.288, *Semaine Sociale Lamy* du 13 juin 2005, n°1219, p.15 : « La lettre de licenciement ne faisant état que de la force majeure, la rupture était dépourvue de cause réelle et sérieuse ».

s'orientera automatiquement vers le **licenciement** afin de faire bénéficier le salarié de l'ensemble de la protection attachée à cette qualification.

La résiliation judiciaire, mode de rupture issu du droit commun, se retrouve donc quelque peu dénaturée.

330 De façon identique, la force majeure, qui est le mode de rupture pouvant survenir en cas d'exécution impossible du contrat de travail, ressort transfigurée de sa rencontre avec le contrat de travail. Les juges du travail sont effectivement très réticents face à cette notion de droit civil qui prive le salarié, contractant faible, de toute protection, et en particulier de celle du droit du licenciement. C'est la raison pour laquelle, **la qualification de « force majeure » disparaît progressivement du paysage des modes de rupture du contrat de travail au profit d'une interprétation compréhensive de la qualification de « licenciement »**.

Conclusion du Titre II

Ce titre nous a permis de mettre en relief l'évolution de la qualification des modes de résiliation du contrat de travail issus du droit des obligations mais ne résultant pas d'une initiative unilatérale.

331 Par principe, dans la mesure où le contrat de travail est soumis au droit commun [908], il doit pouvoir s'éteindre par toutes les techniques civilistes relatives à un contrat synallagmatique : rupture d'un commun accord, arrivée du terme du contrat à durée déterminée, résiliation judiciaire ou encore force majeure.
Reste, toutefois, que ces modes de rupture distincts du licenciement sont souvent accueillis avec circonspection dès lors qu'ils ne comportent pas de garanties comparables à celles du licenciement.

Ainsi, **chaque fois que la protection spéciale dont bénéficie le salarié est mise en péril, la résiliation civiliste est purement et simplement prohibée**.
Tel est le cas de la rupture d'un commun accord conclue avec un représentant du personnel, un salarié inapte ou encore avec un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle pendant la période de suspension de son contrat de travail. De façon semblable, il est interdit à l'employeur de demander au juge la résiliation du contrat de travail d'un salarié protégé.

Plus généralement, les techniques civilistes sont censurées chaque fois qu'elles présentent le risque d'un contournement du droit du licenciement.
De ce fait, la résiliation judiciaire est purement et simplement fermée à l'employeur quelle que soit la nature du contrat de travail. Et ce, à l'égard de tous les salariés.
Le même résultat est atteint indirectement à propos de la force majeure. Dans la mesure où cette qualification autorise l'employeur de ne pas mettre en œuvre le droit du licenciement, elle est de moins en moins souvent reconnue par les juges. La définition travailliste est, en effet, particulièrement restrictive afin de ne faire entrer dans cette qualification que de très exceptionnelles hypothèses contractuelles.
Enfin, la rupture d'un commun accord, lorsqu'elle résulte d'un motif économique, est

[908] Article L. 121-1 du Code du travail.

autorisée mais est soumise à l'ensemble des règles posées par les articles L. 321-1 et suivants du Code du travail.

À l'inverse, lorsque législateur et magistrats estiment que les modes de rupture civilistes n'entraînent aucune atrophie dans la protection de la partie faible au contrat de travail, à savoir le salarié, ceux-ci sont parfaitement agréés.
Il en va de la sorte pour la rupture d'un commun accord pour motif personnel mais aussi et surtout pour la résiliation judiciaire qui peut dans tous les cas (c'est à dire que le salarié soit protégé ou non, qu'il soit titulaire d'un contrat de travail à durée limitée ou non) être sollicitée par le salarié en cas d'inexécution de l'employeur.

332 Le droit du licenciement exerce donc une véritable influence sur l'évolution de la qualification des modes de rupture issus du droit civil.
Influence qui s'étend d'ailleurs au-delà de la simple qualification puisque, à titre de condamnation de l'employeur, la rupture est requalifiée automatiquement en « licenciement ». Et ce, quelle que soit la réalité concrète de la rupture.
Ainsi, la rupture d'un commun accord qui ne respecte pas les conditions de validité posées par le Code civil n'est pas déclarée nulle mais est requalifiée en licenciement. Pareillement, si l'employeur requiert la résiliation judiciaire, la rupture prononcée par le juge est systématiquement requalifiée en licenciement, peu important l'existence ou non d'une cause réelle et sérieuse. Corrélativement, chaque fois que le salarié saisit le juge suite à l'inexécution par l'employeur de ses obligations, la rupture qui est décidée, est requalifiée en licenciement. Enfin, lorsque l'employeur rompt un contrat de travail en invoquant la force majeure mais que cette dernière n'est pas établie devant le juge, la cessation des relations contractuelles est requalifiée en licenciement.
Dans tous les cas, la requalification intervient pour sanctionner l'employeur qui a méconnu une règle, sans que sa volonté réelle ou celle du salarié ne soit recherchée. Le but consiste exclusivement à agir sur les conséquences de la rupture, à savoir appliquer le droit du licenciement dans son ensemble. Enfin, il faut souligner que la simplification à laquelle aboutit l'automaticité de la requalification vers le licenciement joue un rôle préventif et en conséquence dissuasif à l'égard de l'employeur. L'employeur connaît, au préalable, la sanction qu'il encourt. Ceci contribue sans nul doute à une plus grande sécurité juridique pour le salarié, partie faible au contrat de travail.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Au terme de cette première partie, il apparaît que **la typologie des qualifications de rupture du contrat de travail a profondément évolué**.

333 De façon originelle, la qualification de la rupture d'un contrat est issue du droit des obligations.

Ainsi, un contrat synallagmatique doit pouvoir être rompu d'un commun accord, mais également par le juge en cas de non-respect ou encore cesser de plein droit en présence d'un événement présentant les caractéristiques de la force majeure. En outre, lorsque le contrat est conclu sans limitation de durée, une faculté de résiliation unilatérale est offerte à tout moment à chacun des contractants.

Il existe donc, naturellement, dans le droit des obligations une multiplicité des modes de rupture.

Mais le contrat de travail n'est pas identique au contrat de vente, contrat qui a servi d'étalon aux rédacteurs du Code civil. En effet, le contrat de travail n'est pas un simple contrat interindividuel mais au contraire, un véritable contrat social. En concluant un tel contrat, le candidat à un emploi pénètre dans un statut salarial qui lui offre une protection qui va bien au-delà de celle d'un contrat classique. Notamment, le contrat de travail lui ouvre le bénéfice de la Sécurité sociale. Le contrat de travail fonde donc la citoyenneté sociale du travailleur.

334 C'est la raison pour laquelle, **législateurs successifs et magistrats ont progressivement écarté des relations de travail les techniques contractuelles de droit commun permettant de rompre un contrat en échappant aux règles mises en place à l'égard du licenciement à partir de 1973**. D'une multiplicité de qualifications, nous sommes graduellement arrivés à un diptyque, à un binôme obligatoire. Ainsi, à la fin du 20ème Siècle, toute rupture du contrat de travail ne répondant pas à la définition de « démission » reçoit la qualification de « licenciement ». En d'autres termes, le licenciement constitue la règle et la démission l'exception confirmative. Ou bien le salarié a une volonté libre, sérieuse et non équivoque de rompre, ou bien à défaut, la rupture s'analyse toujours en un licenciement.

Ce faisant, **la qualification de « licenciement » a été métamorphosée**. En effet, si le licenciement constitue toujours l'acte de volonté de l'employeur qui se dégage d'un contrat sans terme qui ne lui convient plus, il est évident que celui-ci s'étend bien au-delà de cette définition. Le licenciement est devenu un idéal type, un pôle d'aimantation, voire une notion cadre. Chaque fois que la rupture ne s'analyse pas clairement en une démission, elle doit nécessairement être requalifiée en licenciement. En conséquence, la notion de licenciement est devenue une grande armoire conceptuelle dans laquelle sont rangées des choses bien dissemblables. Et ce, dans un but unique : appliquer son régime.

335 D'une logique contractuelle, native du droit des obligations, nous sommes donc passés en matière de qualification de la rupture du contrat de travail, à une logique statutaire. Il s'agit, dans cette optique, de protéger le contractant faible qu'est le salarié, non seulement contre son employeur mais également parfois contre lui-même.

Mais, comme en témoignent les nombreux arrêts de la Cour de cassation relatifs à la rupture d'un commun accord, à la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié ou encore ceux qui ont rouverts la résiliation judiciaire aux salariés protégés, **la logique contractuelle connaît aujourd'hui un renouveau en matière de qualification de la rupture du contrat de travail.** La tendance n'est plus au recentrage des modes de rupture sur l'unique alternative « démission ou licenciement ». Au contraire, il apparaît que le droit de la rupture du contrat de travail éprouve actuellement une évolution dans le sens d'une atomisation des qualifications. Nouvel univers, nouvelle configuration, l'alternative licenciement démission laisse de nouveau place à une réalité plus complexe.

Il n'en demeure pas moins que ces ruptures du contrat de travail, parfois qualifiées d'« alternatives », voire du « troisième type » n'obéissent pas à un régime juridique qui leur est propre. La logique statutaire du droit du licenciement s'impose, en effet, de manière omnipotente.

DEUXIÈME PARTIE L'ÉVOLUTION DU RÉGIME DES RUPTURES DU CONTRAT DE TRAVAIL : L'EMPREINTE DU DROIT DU LICENCIEMENT

La loi du 13 juillet 1973, loi fondatrice en matière de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, ne supprime pas la faculté de résiliation unilatérale de l'employeur mais apporte pour la première fois des restrictions importantes au droit de rompre, ce que le Code du travail dénomme, désormais, « contrat de travail » [909]. Ces restrictions sont doubles.

336 Tout d'abord, les restrictions au droit de licencier se traduisent par des exigences de fond : le droit de licencier est désormais subordonné à l'existence d'une cause réelle et sérieuse. L'employeur ne peut plus rompre pour n'importe quel motif de son choix. Il ne peut mettre fin au contrat que pour un motif dont les juges contrôleront, en cas de litige, le caractère réel et sérieux. Une telle exigence ne se retrouve pas pour les autres modes de rupture du contrat de travail. Certains demeurent, néanmoins, soumis à une obligation de motivation examinée au regard de la théorie civiliste de l'abus de droit.
C'est à cette évolution de la cause justificative que nous consacrerons nos développements liminaires en exposant la difficulté de trouver un équilibre entre, d'une part, le respect des droits fondamentaux du salarié (en luttant contre les ruptures arbitraires) et, d'autre part, l'intérêt de l'entreprise (TITRE I).

337 La loi du 13 juillet 1973 apporte également des restrictions au droit de licencier sur le plan formel. En effet, dorénavant, le licenciement doit être précédé d'une procédure se déroulant dans le cadre de l'entreprise [910]. Cette procédure de droit commun s'applique à l'ensemble des licenciements, quelle que soit la taille de l'entreprise et quelle que soit l'ancienneté du salarié. Par la suite, ce droit procédural du licenciement ne cessera de se renforcer, que ce soit au profit des salariés protégés ou, plus globalement, au profit des

---

[909] Article 1er de la loi du 13 juillet 1973 : *« Dans le Code du travail, l'expression « contrat de travail » est substituée à l'expression « louage de services » ».*

[910] L'article L 122-14 du Code du travail (issu de l'article 24 l de la loi) prévoit que « *l'employeur ou son représentant, qui envisage de licencier un salarié doit, avant toute décision, convoquer l'intéressé par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge, en lui indiquant l'objet de la convocation. Au cours de l'entretien, l'employeur est tenu d'indiquer le ou les motifs de la décision envisagée et de recueillir les explications du salarié. En l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié a la faculté de se faire assister par un conseiller de son choix et l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation au salarié de la lettre recommandée de convocation ou sa remise en main propre. Lors de cette audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ».*

salariés licenciés pour un motif disciplinaire ou économique.

Conçue comme une véritable protection du salarié, cette procédure est progressivement étendue à des modes de rupture ne recevant pas la qualification de licenciement. C'est cette évolution des garanties procédurales qui retiendra toute notre attention dans la deuxième partie de notre étude. Elle permettra, une fois encore, de démontrer **la difficulté de trouver un équilibre entre, d'une part, des procédures statutaires contraignantes** ayant pour objectif de protéger les droits des salariés **et, d'autre part, des procédés contractuels classiques souples** assortis d'une protection moindre contre le licenciement mais rendant le marché du travail plus flexible (TITRE II).

TITRE I

L'ÉVOLUTION DE LA CAUSE JUSTIFICATIVE DE LA RUPTURE ET DE SON CONTRÔLE PAR LE JUGE

338 Le droit des obligations constitue la source première du droit du travail. Originellement, la relation individuelle de travail est considérée comme une relation contractuelle ordinaire organisant l'échange de deux prestations : le travail et le salaire. Aussi, l'employeur et le salarié déterminent librement le contenu du contrat, assimilé à un simple contrat de louage de service. De la même façon, en vertu de l'article 1780 du Code civil, ils peuvent, lorsque le contrat est sans détermination de durée, décider unilatéralement de le rompre à tout moment.

Dans cette acception civiliste du contrat de travail, l'employeur est considéré comme le « seul juge » dans son entreprise. Il y édicte librement les règles de fonctionnement et détient un pouvoir absolu quant aux sanctions à prendre en cas de non-respect de ses prescriptions qui peuvent aller jusqu'au licenciement. Il dispose également d'une liberté totale d'appréciation des difficultés économiques de l'entreprise. Par conséquent, dès que la production se met à fléchir, et que la demande se raréfie, il a la possibilité de débaucher des salariés qu'il considère comme « excédentaires ».

339 Pendant longtemps, la Cour de cassation se montre donc très déférente à l'égard de la souveraineté patronale. Elle ne conteste pas l'autorité de l'employeur et considère qu'il n'est pas de la compétence des tribunaux de porter une appréciation sur les motifs même du licenciement.
La seule limite tient en l'alinéa 2 de l'article 1780 du Code civil, inséré par la loi du 27 décembre 1890 : *« la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages et intérêts »*. Désormais, le principe d'un droit de résiliation unilatérale est soumis au **contrôle judiciaire de l'abus**. Ni l'employeur, ni le travailleur ne doivent abuser de leur droit de résiliation unilatérale sous peine d'une condamnation à des dommages et intérêts.

Progressivement les juges retiennent une conception extensive de la notion d'abus de droit. Ainsi, à partir de 1938, à la primitive « intention de nuire » est substituée la « légèreté blâmable » [911]. Puis, la faute non intentionnelle dans l'exercice du droit de résiliation peut également constituer un abus. Enfin, la jurisprudence estime qu'il y a abus du droit de résilier chaque fois que la décision de mettre un terme à la relation de travail relève de l'arbitraire.

---

[911] H. SINAY, « Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel », *D.* 1972, p.241.

Cependant, en dépit de l'acception jurisprudentielle extensive de la notion d'abus de droit commis par l'employeur, les juges refusent encore de voir dans l'inexactitude manifeste du motif invoqué par l'employeur une hypothèse d'abus de droit, une faute présumée. D'autres circonstances doivent être prouvées par le salarié.

La tâche du salarié pour convaincre le juge que l'employeur est animé par un motif non fondé se révèle d'autant plus malaisée qu'il ne lui suffit pas d'établir une inexactitude du motif, c'est à dire une inexistence du fait allégué, mais il lui faut en outre démontrer le caractère déterminant du motif véritable, ainsi que son illégitimité [912].
Si une telle preuve n'est pas rapportée par le salarié demandeur, l'employeur est regardé comme ayant simplement commis une erreur dans l'énonciation du motif de congédiement, ce qui ne doit pas être sanctionné comme abus de droit. Cette charge de la preuve parsème donc l'action du salarié demandeur de difficultés insurmontables.

Le droit à l'emploi, reconnu à tout individu par le Préambule de la Constitution de 1946, reste ainsi vide de signification concrète puisque l'employeur dispose d'un droit quasi-discrétionnaire de résilier le contrat de travail, à peine tempéré par la théorie de l'abus de droit.

340 Ainsi, à l'aube des années soixante-dix, la liberté de licencier, « clé de voûte » des pouvoirs reconnus à l'employeur, demeure sans véritable contrôle du juge judiciaire [913].

C'est dire si la loi du 13 juillet 1973 opère une mutation significative dans le droit de rompre un contrat de travail à durée indéterminée. Désormais, il faut que soit présente une **« cause réelle et sérieuse »**. Grâce à cette réforme, le droit du licenciement devient donc un droit « causé », un droit contrôlé. Cette exigence de « cause réelle et sérieuse » impose enfin à l'employeur de légitimer le licenciement. En cela, la loi de 1973 accomplit un véritable renversement de la logique jusqu'alors prédominante de « l'employeur seul juge ». Le pouvoir de l'employeur de rompre la relation de travail est bridé par le droit dans le dessein affirmé de

---

[912] En ce sens, R. PRIEUR, *L'abus des droits dans la formation et la dissolution du contrat de travail*, Thèse, Paris, 1942.

[913] Du reste, les chiffres l'attestaient : entre 300 et 600 000 licenciements par an, seulement quelques milliers de procès et un nombre faible de décisions retenant l'abus, la plupart d'entre elles concernant du reste les cadres mieux armés pour se défendre que le commun des salariés.

préserver l'emploi. Au fil des années, l'autonomie de la volonté de l'employeur de rompre unilatéralement le contrat de travail se trouve ainsi réduite par le législateur. La priorité est donnée à la protection de l'emploi. La jurisprudence sociale relaye cette volonté en contrôlant, non pas les choix de gestion de l'employeur, mais que l'employeur n'exerce pas son pouvoir de rupture de manière arbitraire. Le licenciement doit objectivement être justifié, c'est à dire constituer une décision proportionnée et prononcée dans l'intérêt de l'entreprise. Le juge exerce à ce propos un contrôle que l'on peut qualifier de « maximum » en comparaison avec le contrôle de légalité exercé par le juge administratif sur le motif des actes de l'Administration (Chapitre I).

341 Pour autant, toute décision de rompre le contrat de travail n'est pas soumise à la même exigence de justification ni au même contrôle judiciaire.

Ainsi, par exception, employeur et salarié disposent unilatéralement du pouvoir discrétionnaire de faire cesser la relation de travail. Il en va ainsi en matière de démission mais également de rupture de la période d'essai ou de la période de consolidation d'emploi du contrat « nouvelles embauches ». En ces hypothèses, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse est écartée et chaque partie est libre de rompre sans avoir à motiver sa décision. L'étendue du contrôle du juge à l'égard de la rupture est alors limité à celui de l'abus de droit. Le cocontractant qui rompt ne doit pas abuser de son pouvoir. Pour filer la métaphore du contentieux administratif, nous qualifierons le contrôle du juge social en la matière de « restreint ».

Enfin, entre le pouvoir discrétionnaire de rompre et l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, existe un dernier degré d'exigence de justification de la rupture qui se situe à mi-chemin. Il se rencontre en matière de résiliation judiciaire, de prise d'acte de la rupture par le salarié ou encore de rupture anticipée du contrat à durée déterminée. En ces domaines, pour que la demande soit accueillie favorablement par le juge, une justification est indispensable. Les faits constatés et reprochés doivent justifier la rupture. Le juge social, à l'instar du juge administratif qui contrôle la légalité d'un acte de l'Administration, doit exercer un contrôle que nous qualifierons de « normal ». Il ne s'agit pas ici , pour le juge, de vérifier la proportionnalité de la mesure prise mais de décider si les faits allégués justifient ou non la rupture.

De la sorte, la deuxième partie de notre propos sera consacrée à l'étude de la cause justificative des ruptures du contrat de travail autres que le licenciement ainsi qu'à l'étendue du contrôle judiciaire dont elles font l'objet (Chapitre II).

CHAPITRE I

La cause réelle et sérieuse de licenciement, soumise au contrôle « maximum » de proportionnalité

342 Tout en attribuant à la cause réelle et sérieuse du licenciement un rôle majeur, la loi du 13 juillet 1973 ne donne aucune définition de ces deux notions. Le législateur laisse le soin aux juges de cerner ces concepts au fil des cas concrets qu'ils ont à connaître. Toutefois, il est vain de chercher une définition de la cause réelle et sérieuse dans la jurisprudence. En effet, ne souhaitant pas prendre le risque de devenir un troisième degré de juridiction, la Cour de cassation a choisi d'abandonner son contrôle normal de la qualification au profit d'un contrôle de la motivation des décisions des juges du fond [914]. Elle impose, en conséquence, à ces derniers une motivation suffisante et cohérente de leurs décisions [915]. En outre, elle se réserve le droit de censurer les juges qui auraient, dans leur appréciation, commis une « erreur manifeste » [916]. Par ailleurs, cet abandon de son contrôle ne l'empêche pas d'intervenir lorsqu'elle l'estime nécessaire [917]. Enfin, en matière de faute grave et lourde, elle exerce un contrôle strict sur les décisions des juges du fond.

Cette délégation législative au juge engendre inéluctablement un abondant contentieux prud'homal de « l'après - licenciement » [918]. Nous nous référerons donc à un grand nombre de

---

[914] Cass. soc., 9 octobre 1986, n°84-40.495.

[915] Cass. soc., 16 juillet 1987, n°85-40.075, *Bull. civ.*, V, n°496.

[916]
- Cass. soc., 10 décembre 1985, n°82-43.820, *Bull. civ.*, V,n°594.
- Cass. soc., 10 décembre 1985, n°82-43.682, *Bull. civ.*, V, n°596.

[917] Il en est ainsi en particulier en matière de licenciement pour insuffisance de résultats ou celui fondé sur des faits tirés de la vie personnelle du salarié.

[918] Le contentieux relatif à la rupture du contrat de travail est celui qui, statistiquement, est le plus important du droit social : Voir les chiffres fournis dans l'annuaire statistique de la justice, collection « justice »,

ces décisions afin de mieux cerner le concept de « cause réelle et sérieuse » et de voir comment il a évolué au fil des années.

Nous nous attacherons ainsi, de façon liminaire, à examiner la cause réelle du licenciement afin de démontrer que la première préoccupation du législateur, par la mise en place d'une nécessaire cause réelle était de **placer sur un plan objectif la matière du licenciement**. Souhait que la jurisprudence exauce tant en matière de licenciement pour motif personnel qu'économique (Section 1).

Ensuite, il s'agira pour nous d'étudier la cause sérieuse du licenciement. Nous discernerons que, par la mise en place de cette exigence, le législateur a offert au juge le droit de contrôler, *a posteriori*, de manière accrue la traditionnelle souveraineté de l'employeur quant au sort de ses collaborateurs. Le contrôle porte alors sur l'adéquation de la mesure (le licenciement) aux faits invoqués, donc sur la **proportionnalité**. Pour autant, nous constaterons que la liberté d'entreprendre, constitutionnellement reconnue, interdit au juge d'aller jusqu'à s'immiscer dans les choix de gestion de l'employeur (Section 2).

343 Ce faisant, en rendant impérative la présence d'une cause réelle et sérieuse dans le licenciement, la France rejoint l'approche de nombreux Etats européens en matière de justification du licenciement [919]. En effet, dans un grand nombre de pays, les législations sont passées d'un droit discrétionnaire de rompre le contrat de travail à l'exigence d'une justification du licenciement. La terminologie utilisée et le degré de contrôle diffèrent selon les Etats.

Ainsi, en Grande-Bretagne et en Irlande, l'accent est mis sur la manière dont se déroule la rupture pour la justifier. L'attitude de l'employeur pendant la procédure est primordiale. On parle de « Unfair dismissal » (qui pourrait se traduire par « licenciement déloyal ») par exemple lorsque l'employeur licencie sans préavis un salarié en le discréditant auprès de ses collègues. Outre l'existence d'une justification, les circonstances qui entourent la rupture sont examinées par la Cour du travail britannique.

Les droits allemand et autrichien adoptent une toute autre conception de la justification du

---

La Documentation française, édition 2006, disponible sur le site du ministère de la justice : http://www.justice.gouv.fr/publicat/annuairestat2006.pdf.

[919] Pour approfondir ce sujet, voir : I. LAURENT-MERLE, « Justification du licenciement individuel en Europe : vers une convergence des motifs », *TPS*, août septembre 2004, p.8-11.

licenciement. Pour être valable, tout licenciement doit avoir une « justification sociale ». Ceci implique non seulement l'existence d'une justification, mais de plus, la prise en considération des incidences sociales de la décision. L'employeur doit tenir compte des éléments tels que l'âge du salarié, sa situation familiale ou encore sa capacité à se réinsérer. Il s'agit d'aider les salariés en situation d'infériorité : le licenciement n'est qu'un outil de dernier recours.
Enfin, certaines législations envisagent la justification sous un angle différent. Le vocabulaire utilisé est plus neutre et énonce les conditions que doit remplir le licenciement pour être justifié. Par exemple, en Italie et au Portugal, la loi subordonne la validité du licenciement à l'existence d'une « juste cause ». En Espagne, une « cause objective » est requise. En Finlande et en Suède, seul un « juste motif objectif et sérieux » permet de justifier le licenciement. Enfin, au Danemark, le licenciement doit être justifié par un « motif raisonnable » [920]. Pour tous ces Etats, la justification vise à éviter des excès patronaux. Celui qui rompt le contrat doit disposer d'un motif qu'il doit énoncer, indépendamment de tout contentieux.

À l'opposé, certains Etats européens prônent encore à ce jour une conception libérale et civiliste de la rupture du contrat de travail. En Belgique [921], au Danemark ou en Grèce, l'employeur est toujours titulaire d'un droit discrétionnaire de rompre le contrat de travail. C'est au salarié de prouver que le licenciement a été exercé abusivement. Aucune condition de fond n'est requise pour congédier un salarié. L'exercice du droit de rompre de l'employeur est uniquement soumis aux limitations du droit civil.

Enfin, aux Etats-Unis, c'est le principe d'emploi par « accord mutuel » [922] qui règle la majorité des contrats de travail : la relation d'emploi peut être rompue dès que l'une des parties le souhaite, sans justification. Ce principe connaît tout de même quelques tempéraments, dans la fonction publique et dans les entreprises syndiquées notamment.

---

[920] Le licenciement doit être *« raisonnablement justifié par le comportement du salarié ou la situation de l'entreprise »*.

[921] En Belgique, aucune cause réelle et sérieuse n'est exigée en matière de licenciement mais la protection des salariés est assurée par des délais de préavis élevés occasionnant un coût important du licenciement pour l'entreprise.

[922] *« Employment at will »*.

La liberté de rupture de l'employeur n'est donc pas envisagée de manière identique dans tous les Etats. En France, une cause réelle et sérieuse est nécessaire pour justifier le licenciement. Il convient par conséquent, à présent de voir ce que recouvre cette terminologie.

Section 1 - La cause justificative réelle

344 La loi du 13 juillet 1973, modifiant le Code du travail, restreint le droit de licencier en exigeant, tout d'abord, une cause réelle.
Selon M. Georges GORSE, ministre du Travail en 1973, *« **la cause est réelle si elle présente un caractère d'objectivité**, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles ; la cause réelle, et par conséquent, légitime, du licenciement peut être par exemple une faute, une inaptitude professionnelle ou la réorganisation de l'entreprise »* [923]. L'affectif n'a plus sa place dans la relation de travail qui doit être exclusivement axée sur des critères professionnels.

En outre, *« une cause réelle est une cause objective qui tient soit à la personne de l'employé ou à son inaptitude au travail, soit à l'organisation de l'entreprise »* [924].
Nous examinerons donc successivement ces deux types de justification du licenciement : la cause personnelle (§1) et la cause économique (§2).

§ 1 - La cause personnelle réelle

345 *« Indépendante de la bonne ou mauvaise humeur de l'employeur »* [925], la cause n'est réelle que si elle est objective. Cela signifie, pour le législateur de 1973, qu'elle doit être indépendante des préjugés et convenances personnelles de l'employeur. Aussi, un examen objectif du grief est nécessaire, il a pourtant mis un certain temps à s'imposer en jurisprudence (A). En outre, le juge doit s'assurer que le fait est personnellement imputable au salarié, même s'il ne s'agit pas d'une faute (B).

A - Un nécessaire examen objectif du grief

346 En exigeant que tout licenciement repose sur une cause réelle, le législateur de 1973 a entendu qu'il soit justifié par des faits vérifiables, par des éléments objectifs. À l'époque, il

---

[923] *J.O. Débats Ass. nat.* 23 mai 1973, p.1145, col. 2.

[924] *J.O. Débats Ass. nat.* 30 mai 1973, p.1616, col. 2.

[925] *J.O. Débats Ass. nat.* 30 mai 1973, p.1616, col. 2.

était donc légitime de penser que *« devront désormais être éliminés tous les motifs subjectifs et invérifiables tels que le mauvais caractère du salarié, son manque d'affinités avec le personnel, les simples soupçons […] défaut de collaboration et perte de confiance »* [926].

Or, l'analyse du contentieux devait pourtant nous démontrer le contraire, laissant transparaître une résurgence des causes subjectives de licenciement. En particulier, dans un premier temps, les tribunaux, avec l'accord de la Cour de cassation, admettent largement qu'une simple « perte de confiance » de l'employeur à l'égard de son salarié suffise à légitimer son licenciement. Il faut attendre 1990 et l'arrêt *Fertray*, pour que véritablement les juges imposent à l'employeur d'invoquer un « élément objectif ». Ce mouvement d'objectivation de la cause qui a débuté avec le motif de la perte de confiance (1°) va ensuite s'étendre à l'ensemble des motifs personnels de licenciement (2°).

1°- Le motif de la « perte de confiance » : point de départ du mouvement d'objectivation de la cause

a - La cause apparemment réelle

347 Au fil des années, la référence à la perte de confiance était devenue le motif par excellence pour se séparer d'un salarié. La logique était la suivante : le contrat de travail est la rencontre consciente et confiante des volontés, l'employeur ne contractant que s'il a confiance en la personne du salarié. La confiance constitue, dans cette optique, un élément de validité du contrat. En conséquence, lorsque celle-ci disparaît, le contrat peut être anéanti.

Le problème qui se pose en 1973 est que le motif de perte de confiance est purement subjectif et donc difficilement contrôlable par le juge. La loi de 1973 laisse donc espérer, grâce à l'exigence d'une cause réelle, la disparition de la perte de confiance dans le contentieux relatif à la rupture du contrat de travail.

348 Or, en 1981, M. CHIREZ [927] constate que de nombreuses décisions de justice rendues depuis la loi de 1973 vont dans un sens résolument contraire à celui attendu : la disparition de

---

[926] M.-C. BONNETÊTE, « De la notion de faute à la notion de cause – La notion de « cause réelle et sérieuse » dans la loi du 13 juillet 1973 sur la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée », *D.* 1974, chronique XXXVI, p.191.

la confiance de l'employeur en la personne du salarié constitue presque toujours une cause réelle et sérieuse de licenciement.
Il s'inquiète, en outre, de savoir dans quelle mesure la jurisprudence du début des années quatre-vingts ne témoigne pas d'un souci moindre d'objectivité que par le passé. Selon cet auteur, avant 1973, les décisions qui se référaient à la perte de confiance prenaient soin de justifier celle-ci par des faits précis. L'accent était mis sur les raisons de la perte de confiance, le sentiment de l'employeur n'était qu'une conséquence surabondante. Entre 1973 et 1980, le raisonnement suivi par les magistrats est tout autre : les raisons de la disparition de la confiance ne sont pas essentielles.

En fait, cette nouvelle argumentation découle d'une tendance jurisprudentielle plus large de l'époque considérant que « l'employeur est seul juge ». Les magistrats refusent de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise. Sous réserve de détournement de pouvoir, l'employeur est le seul compétent pour apprécier le bien-fondé de la mesure à prendre. La jurisprudence estime que l'employeur est le mieux placé pour évaluer la nécessité des mesures lui paraissant s'imposer.
Cela entraîne alors la censure de nombreux arrêts d'appel, la Cour de cassation reprochant, par exemple, aux juges du fond d'avoir relevé l'absence d'éléments objectifs sans prise en considération de l'incidence d'éléments tels que des rapports tendus qui entraînent une absence de confiance réciproque [928].

La Cour de cassation admet donc que la perte de confiance constitue toujours une **cause apparemment réelle**, peu important que la preuve en soit rapportée ou non par des éléments objectifs.
M. PÉLISSIER [929] en arrive ainsi à la conclusion selon laquelle dès lors que le licenciement est motivé par la perte de confiance, il n'y a plus aucun contrôle des juges sur le caractère réel de celui-ci.

---

[927] A. CHIREZ, « La perte de confiance de l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », *D.* 1981, chronique XXVIII, p.193.

[928] Cass. soc., 26 juin 1980, *Bull. civ.*, V, n°573.

[929] J. PÉLISSIER, « Ambiguïtés et logique du contrôle de la Cour de cassation », *Dr. soc*. 1986, p.179.

Cette jurisprudence constitue donc une grave entorse à la loi de 1973 qui désirait rendre objective la cause du licenciement.
Elle contrevient également, à partir de la loi du 2 août 1989, à l'article L. 122-14-3 du Code du travail qui énonce que *« si un doute subsiste, il profite au salarié »*. En effet, comment ne pas avoir de doute quant à la réalité de ce « sentiment perdu » de l'employeur envers son salarié ? La seule allégation d'une cause en apparence réelle se heurte de plein fouet à la loi nouvelle.

C'est pourquoi la jurisprudence se doit d'évoluer. C'est ce qu'elle fait dans un arrêt du 29 novembre 1990.

b - L'ouverture de l'ère de l'objectivation de la cause : l'arrêt Fertray du 29 novembre 1990

349 L'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 29 novembre 1990 [930] marque le point de départ d'un nouveau courant jurisprudentiel.
En l'espèce, les faits étaient les suivants : une secrétaire avait été licenciée en raison de *« l'incompatibilité de ses fonctions […] exercées dans les secrets de la vie de la société […] »* et pour *« le fait d'être l'épouse d'un salarié qui* (après avoir été licencié pour motif économique) *attaque* (celle-ci) *devant les tribunaux »*. La Cour d'appel de Versailles estime que l'employeur était fondé à *« ne plus accorder sa confiance à l'épouse de son adversaire »*.

Avant son revirement, la Cour de cassation aurait sans doute admis que les craintes de l'employeur constituaient une perte de confiance en sa salariée. Or, il n'en est rien ici. La Chambre sociale considère, au contraire, que le *« **licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs** ; la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement »*.
Est dès lors exclue toute cause relevant du domaine du subjectif, de l'impression, du sentiment.

Le licenciement par simple évocation de la perte de confiance disparaît en tant que tel. **Seul subsiste le licenciement fondé sur les éléments objectifs**, matériellement vérifiables

---

[930] Cass. soc., 29 novembre 1990, n°87-40.184, *Bull. civ.*, V., n°597 ; *D.* 1991, jurisprudence, p.190 ; *Dr. soc.*, 1992, p.38 ; *RJS*, 1/91, n°16.

ayant entraîné cette perte de confiance. Par la suite, cette jurisprudence est reprise de façon constante [931] et est adoptée identiquement par le Conseil d'Etat concernant les salariés protégés [932].

Ainsi, par exemple, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir considéré comme justifié le licenciement dès lors que la lettre de notification visait des altercations répétées du salarié avec sa hiérarchie [933].

---

[931] Voir : ◆ Cass. soc., 20 février 1992 et Cass. soc., 14 janvier 1992, *RJS* 4/92, n°419 : *« La perte de confiance alléguée par un employeur, qui ne constitue pas en soi, un motif de licenciement, ne peut être fondée que sur des* ***éléments objectifs*** *»*.

◆ Cass. soc., 29 mai 2001, *RJS* 8-9/01, n°999 : *« La perte de confiance ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs.* ***Seuls ces éléments objectifs peuvent****, le cas échéant,* ***constituer une cause de licenciement****, mais non la perte de confiance qui a pu en résulter pour l'employeur »*.

◆ Cass. soc., 31 mars 2004, n°02-40.993, *RJS* 6/04, n°662 : *« Si la perte de confiance ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement, même quand elle repose sur des éléments objectifs,* ***ces éléments objectifs peuvent****, le cas échéant,* ***constituer une cause de licenciement*** *»*.

◆ Cass. soc., 9 juin 2004, n°02-43.086, *Semaine Sociale Lamy* du 21 juin 2004, n°1174, p.14 : *« Si la perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs, ces éléments peuvent en eux-mêmes, le cas échéant constituer une cause de licenciement »*.

[932] CE, 21 décembre 2001, *Dr. ouvrier*, septembre 2002 p.457, note F. RENEAUD.
Confirmation de jurisprudence : CE, 22 mai 2002, *RJS* 8-9/02, n°999.

[933] Cass. soc., 12 janvier 2005, *RJS* 4/05, n°364 : *« La Cour d'appel, s'en tenant aux termes de la lettre de licenciement qui, hormis la perte de confiance et l'incompatibilité d'humeur, énonçait des griefs matériellement vérifiables, a constaté que les altercations répétées du salarié avec ses supérieurs hiérarchiques étaient établies ; en l'état de ces constatations, elle a, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, décidé que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse »*.
Dans le même sens : Cass. soc., 30 mars 2005, n°03-41.380, *RJS* 6/05, n°610 : *« Si la perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement, même quand elle repose sur des éléments objectifs, ces éléments peuvent en eux-mêmes, le cas échéant, constituer une cause de licenciement ; En statuant comme elle l'a fait, sans rechercher si les actes de procédure illégale, les manifestations d'incompétence et de prise unilatérale de décisions importantes et de l'incapacité à se situer dans une structure hiérarchisée, invoqués dans la lettre de licenciement constituaient une cause de licenciement, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale »*.

À l'inverse, dès lors qu'un doute existe quant à la réalité des faits reprochés au salarié, le licenciement n'est pas justifié [934].

Cette objectivation de la cause du licenciement voulue par le législateur de 1973 et consacrée par les juges à partir de 1990 va bouleverser l'ensemble des autres motifs personnels de licenciement.

2 °- L'extension à tous les motifs personnels de licenciement

À partir de 1990, le mouvement d'objectivation entamé à propos de la perte de confiance s'étend à tous les motifs personnels de licenciement.

350 Ainsi, la mésentente, par nature très subjective, ne peut constituer en elle-même une cause de licenciement. La mésentente doit reposer sur des éléments objectifs. L'employeur ne peut se contenter d'invoquer une mésentente, il doit apporter la preuve de faits objectifs et précis que les juges du fond sont à même de vérifier.
De cette manière, la Chambre sociale a refusé de censurer une décision d'une Cour d'appel dans la mesure où elle avait mis en évidence des faits objectifs à la charge du salarié. En l'espèce, il existait un différend entre deux salariés à la suite d'une divergence d'appréciation à propos de l'exercice des responsabilités entre les membres de l'équipe de direction et la répartition des délégations. Selon la Cour d'appel, il en a résulté une situation conflictuelle justifiant le licenciement du salarié pour mésentente [935].

---

[934] Cass. soc., 9 novembre 2004, *RJS* 1/05, n°21 : *« La Cour d'appel, examinant l'ensemble des griefs énoncés dans la lettre de licenciement et sans avoir à rechercher si le comportement du salarié était de nature à entraîner la perte de confiance de l'employeur, qui , ne peut constituer en tant que telle une cause de licenciement, a estimé, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 alinéa 2 du Code du travail, qu'il existait un doute quant à la réalité des faits reprochés au salarié ».*

[935] Cass. soc., 13 octobre 1992, *RJS* 1992, n°1243.
Dans le même sens : Cass. soc., 12 novembre 2002, *TPS*, février 2003, n°59, p.17 : *« Si la mésentente entre un salarié et tout ou partie du personnel ne peut constituer une cause de licenciement que dans la mesure où elle repose objectivement sur des faits imputables au salarié concerné, la Cour d'appel a relevé que la preuve était apportée que par son action et son comportement à l'égard de deux cadres dirigeants de l'entreprise, M. G. avait empêché le fonctionnement normal de celle-ci ».*

351 Dans la même perspective d'objectivation, le juge exige, lorsqu'un licenciement est motivé par une insuffisance professionnelle que soit faite la démonstration d'une incapacité objective du salarié à accomplir correctement la prestation de travail pour laquelle il est employé [936].

352 L'exigence d'objectivité se retrouve identiquement lorsqu'un licenciement disciplinaire est prononcé : la faute invoquée doit être réelle.
Cela signifie, en premier lieu, que seule une faute caractérisée peut justifier un licenciement. Ainsi, *« le juge ne peut estimer un licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse sans constater l'existence d'un manquement du salarié à ses obligations, les seules déclarations d'intention de ce dernier ne caractérisant pas une faute »* [937]. Dans le même sens, la Cour de cassation affirme avec force que *« le seul risque d'un conflit d'intérêts ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement »* [938]. Le risque évident d'un conflit d'intérêts n'équivaut effectivement pas à un conflit d'intérêts objectif.
De la même façon, il ne doit pas exister de doute quant à la réalité de la faute. Dès l'instant où un doute existe sur la réalité de la faute, le juge en accorde le bénéfice au salarié en déclarant le licenciement sans cause réelle et sérieuse. De la sorte, par exemple, la Chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que le doute devait profiter au salarié dans une affaire où une Cour d'appel avait jugé que le licenciement reposait sur une faute lourde au motif que l'enquête établissait l'envoi de télécopies à une société concurrente à partir du domicile du salarié et que les explications du salarié relatives au contenu de ces télécopies étaient peu crédibles voire

---

[936] CA Poitiers, 17 octobre 2006, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* n°655 du 15 février 2007, n°350 : *« L'insuffisance professionnelle peut être définie, en l'absence d'objectifs contractuellement définis, comme l'incapacité objective, non fautive et durable d'un salarié, à accomplir correctement la prestation de travail pour laquelle il est employé, c'est à dire conformément à ce que l'on est fondé à attendre d'un salarié moyen ou ordinaire employé pour le même type d'emploi et avec la même qualification »*.

[937] Cass. soc., 9 mai 2006, n°04-46.385, *CSBP* septembre - octobre 2006, n°183, S 370, obs. H. GILLIER ; *JCP*, G, n°43-44 du 25 octobre 2006, 10176, note C. PUIGELIER.
Dans le même sens : CA Lyon, 3 mai 2007, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* n°665 du 15 juillet 2007 (diffusé sur Internet), n°1586 : *« Une entreprise ne peut fonder le licenciement du salarié sur une déclaration d'intention de frauder prêtée au salarié ou la crainte d'un comportement déloyal, ces motifs ne reposant pas sur des éléments objectifs »*.

[938] Cass. soc., 21 septembre 2006, n°05-41.155, *D.* 2006, n°42 du 30 novembre 2006, jurisprudence, note H. KOBINA GABA ; *RJS* 11/06, n°1148.

contradictoires et n'étaient corroborées par aucun témoignage. La Cour de cassation casse cet arrêt d'appel car reposant sur des motifs dubitatifs [939].

Enfin, la faute n'est réelle que si elle n'est pas couverte par la prescription. L'article L. 122-44 du Code du travail traitant du droit disciplinaire prévoit en effet une prescription pour la sanction des fautes. Elle est acquise deux mois après que l'employeur a eu connaissance de l'agissement fautif (sauf en cas de poursuites pénales). Après ce délai, l'employeur ne peut plus engager la procédure de licenciement pour faute. S'il le fait, le licenciement sera déclaré par le juge sans cause réelle et sérieuse.

353 Ainsi, au terme de l'arrêt *Fertray*, **le licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit toujours être fondé sur des éléments objectifs**. Il convient donc, en premier lieu et en toutes circonstances, de vérifier l'existence même de ces faits objectifs pouvant conduire à une cessation de la relation de travail.

Souvent, soulignons que cette preuve est aisée. Il en va de la sorte de la rupture faisant suite à l'absence prolongée du salarié pour maladie. Dans ce cas, il suffit à l'employeur d'apporter au juge le ou les certificats d'arrêt de travail du salarié malade attestant de la durée de celui-ci. La preuve de la réalité des faits n'est pas difficile à établir. De façon semblable, l'employeur qui s'est séparé d'un salarié déclaré inapte à son emploi par le médecin du travail doit fournir au juge saisi la copie de l'avis d'inaptitude régulièrement constatée [940] afin d'attester de la réalité de l'état de santé du salarié.

---

[939] Cass. soc., 23 octobre 2002, n°00-44.463, *CSBP* 2003, n°146, S 24, obs. C. CHARBONNEAU. Dans le même sens : CA Rennes, 12 décembre 2002, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* du 1er octobre 2004 diffusé sur Internet, n°1463 : *« Ne constitue pas une faute grave la tentative d'agression physique sur un supérieur hiérarchique invoquée comme l'unique motif de rupture du contrat de travail d'un salarié dans la mesure où* ***les faits*** *qui lui sont* ***reprochés ne sont pas établis****, aucun témoin ne pouvant en outre corroborer l'existence d'une réelle menace physique ».*

[940] En vertu de l'article R. 241-51-1 du Code du travail, *« Sauf dans le cas où le maintien du salarié à son poste de travail entraîne un danger immédiat pour la santé ou la sécurité de l'intéressé ou celle des tiers, le médecin du travail ne peut constater l'inaptitude du salarié à son poste de travail qu'après une étude de ce poste et des conditions de travail dans l'entreprise et deux examens médicaux de l'intéressé espacés de deux semaines ».*

Mais l'objectivation de la cause ne serait pas totale s'il suffisait de prouver des éléments vérifiables, encore faut-il, en outre, qu'il soit prouvé que ces faits sont personnellement imputables au salarié congédié.

B - Des faits imputables à la personne du salarié

354 Le licenciement pour motif personnel, comme sa formulation l'indique, a pour origine des causes tenant à la personne du salarié. L'arrêt *Fertray* [941] parle, quant à lui, de *« licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié »*. Cette formule est tirée du droit communautaire [942] et interdit la prise en considération du comportement d'un tiers. Les faits reprochés au salarié doivent lui être personnellement imputables [943], même si ceux-ci ne sont pas constitutifs d'une faute. Cette exigence, qui paraît logiquement découler de la formule même utilisée dans la rédaction de la loi du 13 juillet 1973, n'a pourtant été imposée clairement par la Cour de cassation qu'à partir des années quatre-vingt-dix. Auparavant, la Chambre sociale admettait la légitimité d'un licenciement fondé non sur le comportement du salarié mais sur celui de son conjoint ou concubin, voire en matière d'insuffisance de résultats, sur la situation économique du marché (1°). Tel n'est plus le cas aujourd'hui : pour être réelle, la cause doit toujours reposer sur des éléments objectifs imputables au salarié (2°).

1° - Une cause personnelle mais non imputable au salarié

355 En matière de perte de confiance, les magistrats ont longtemps admis que le licenciement puisse être fondé sur le comportement, non pas du salarié, mais de son conjoint, concubin. Certains auteurs ont alors parlé de « liaisons dangereuses » [944] du salarié puisque ce dernier pouvait se voir évincé lorsque l'attitude de son conjoint altérait la confiance que l'employeur portait à son salarié. Ainsi, par exemple, la Chambre sociale admit la légitimité

---

[941] Cass. soc., 29 novembre 1990 précité.

[942] Directive n°75-129 du 17 février 1975.

[943]
- Cass. soc., 13 octobre 1993, *RJS* 11/93, n°1097.
- Cass. soc., 26 mai 1998, *RJS* 7/98, n°832.

[944] V. FOATA, *Contribution à l'étude du motif personnel non fautif de licenciement*, Thèse, Université de Nice, 1997.

de la rupture pour perte de confiance en une chef comptable suite au licenciement, dans la même entreprise, de son époux pour faute grave. La Chambre sociale estima qu'en l'espèce, eu égard à l'importance de son poste, aux rapports tendus qui existaient entre le conjoint et l'entreprise, *« la femme ne* pouvait *plus accomplir son travail dans des conditions normales. Il en résulte une absence de confiance réciproque, mettant obstacle au maintien des relations de travail et justifiant son congédiement »* [945].
De la même façon, la Cour de cassation admit le licenciement d'une secrétaire, concubine d'un ancien assistant passé à la concurrence [946].

356 Dans la même optique, une mésentente pouvait justifier un licenciement dès lors qu'elle existait, même si celle-ci n'était pas imputable au salarié limogé.

357 Enfin, une insuffisance de résultats pouvait être retenue pour justifier un licenciement, quelle que soit l'origine des mauvais résultats.
C'est de cette manière, par exemple, qu'un arrêt rendu le 4 juin 1980 énonçait : *« peu important qu'elle* (l'insuffisance de résultats) *fût due […] à des causes extérieures de nature à justifier une réorganisation des services de vente de l'entreprise »* [947]. Ou encore, un arrêt en date du 18 mars 1986 précisait : *« peu important que cette insuffisance soit liée à l'état du marché et que la situation économique rende souhaitable la recherche par l'employeur de moyens de vente plus efficaces »* [948].

Cette lignée jurisprudentielle admettant que le licenciement pour motif personnel pouvait reposer sur une cause extérieure à la personne du salarié fut totalement abandonnée en 1990. Désormais, pour être réelle, la cause doit non seulement reposer sur des faits objectifs mais encore faut-il, en sus, que ces faits soient imputables au salarié.

---

[945] Cass. soc., 20 juin 1980, *D.* 1981, I. R., p.127.

[946] Cass. soc., 30 mars 1982, *D.* 1983, I. R., p.197.

[947] Cass. soc., 4 juin 1980, *Bull. civ.*, V, n°365.

[948] Cass. soc., 18 mars 1986, *Bull. civ.*, V, n°90.

2 °- Une cause objective et imputable au salarié

358 Les faits objectifs invoqués pour justifier un licenciement pour motif personnel doivent être imputables [949] à la personne du salarié. Ce qui écarte, en conséquence, les licenciements fondés sur le comportement du conjoint, du concubin, ou plus généralement de l'entourage familial du salarié.

De la sorte, les agissements du fils du salarié ne constituent pas une cause réelle de rupture [950]. N'est pas davantage basé sur une cause réelle, le licenciement prononcé à l'encontre d'une salariée au motif que son concubin avait donné sa démission pour passer dans une entreprise concurrente [951]. Ou encore, ne constituent pas une cause réelle de licenciement les injures et menaces proférées par la sœur d'une salariée [952].

De façon similaire, le fait n'est pas imputable au salarié lorsqu'il est commis par une personne de son entourage professionnel [953].

---

[949] Imputable : Qui peut être retenu à la charge d'une personne en raison de ce que ce fait provient bien de sa part et non d'une cause étrangère : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2005.

[950] Cass. soc. 12 janvier 1993, *Dr. soc.* 1993, p.187 : En l'espèce, le fils qui vivait chez son père travaillait comme représentant dans une entreprise concurrente de celle qui occupait le père et prospectait dans le même secteur géographique.

[951] Cass. soc., 7 décembre 1993, *Dr. soc.* 1994, p.213.

Dans le même sens : Cass. soc., 20 mars 2007, *RJS* 6/07, n°699. En l'espèce, la lettre de licenciement reprochait au salarié d'avoir acquis en communauté avec son épouse un fonds de commerce qui pouvait faire concurrence à l'employeur, sans en informer ce dernier. Mais dès lors qu'il n'était pas établi que le salarié avait personnellement participé à l'activité du fonds commun exploité par son épouse, la Cour de cassation retient qu'une faute ne pouvait lui être personnellement imputée.

[952] Cass. soc., 21 mars 2000, n°98-40.130, *Bull. civ.*, V, n°113 ; *CSBP* 2000, n°121, S 270, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 5/00, n°509.

Dans le même sens : Cass. soc., 23 juin 2004, *RJS* 10/04, n°1006 : En l'espèce, une salariée est licenciée en raison du scandale fait dans l'entreprise par son époux et de l'agression perpétrée par celui-ci envers une collègue avec laquelle la salariée ne s'entendait pas. La Chambre sociale juge que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse dans la mesure où le comportement fautif ne résulte pas d'un fait imputable à la salariée.

[953] Cass. soc., 23 février 2005, n°02-46.271, *CSBP* 2005, n°171, S 221, obs. F.-J. PANSIER : En l'espèce, un salarié est licencié pour faute grave, pour avoir tenu, au cours d'une interview donnée avec la directrice générale de la société, des propos repris dans un article de presse et contenant des informations

Il ne peut donc jamais y avoir de licenciement du fait d'autrui [954]. Il ne peut pas davantage y avoir de licenciement par solidarité. La faute commise par un salarié ne peut être sanctionnée chez le second au motif qu'il approuve l'attitude du premier [955].

359 Parfois, le salarié est bien à l'origine du comportement objectif reproché. Pour autant, ce comportement ne constitue une cause réelle que s'il est imputable au salarié. Tel n'est pas le cas de *« la faute consistant en des erreurs de comptabilité dès lors qu'elles portent sur des tâches ne relevant pas de la compétence du salarié et de surcroît des tâches étrangères à l'activité pour laquelle le salarié avait été embauché »* [956].

360 Le fait objectif ne peut davantage être imputé au salarié lorsque son comportement est provoqué par des troubles mentaux [957].

361 Enfin, en matière d'insuffisance de résultats, la Cour de cassation requiert des juges du fond qu'ils vérifient qu'elle repose sur des éléments quantifiables et surtout qu'elle soit imputable à une insuffisance professionnelle du salarié ou à une carence fautive du salarié [958].

---

inexactes et créatrices de difficultés pour l'entreprise dans ses relations avec ses clients, salariés et concurrents. Or, la Cour d'appel constate que les propos en cause n'avaient été tenus que par la directrice générale. La Cour de cassation en déduit donc qu'ils n'étaient pas personnellement imputables au salarié. Le licenciement est subséquemment déclaré sans cause réelle et sérieuse.

[954] Ainsi, la mésentente ne constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement que si elle repose sur des faits objectifs imputables au salarié : Cass. soc., 30 mai 2007, n°04-45.336, *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* du 16 août 2007, n°197, p.2.

[955] Cass. soc., 28 mars 2006, *CSBP* 2006, n°182, S 324, obs. F.-J. PANSIER : *« Seul un fait ou un ensemble de faits imputables au salarié lui-même peut constituer un motif de licenciement »*.

[956] Cass. soc., 12 janvier 2005, *CSBP* 2005, n°169, S 147, obs. C. CHARBONNEAU.

[957] CA Metz, 17 mai 2005, *RJS* 4/06, n°441 : *« Un comportement provoqué par des troubles mentaux ne saurait constituer une faute imputable à la personne psychologiquement atteinte et justifier son renvoi, même si la cause pathologique de la conduite incriminée était inconnue de l'employeur »*.

[958] Cass. soc., 3 avril 2001, n°98-44.069, *Bull. civ.*, V, n°117 ; *Dr. soc.* 2001, p.680, obs. C. RADÉ : *« L'insuffisance des résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement, de sorte que la Cour d'appel ne pouvait dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse sans rechercher si les résultats de l'établissement procédaient soit d'une insuffisance professionnelle, soit d'une faute imputable au salarié »*. .
Confirmation de jurisprudence : ◆ Cass. soc., 11 juillet 2001, n°99-42.927, *D.* 2002, n°9, sommaires

Le seul fait de ne pas atteindre un objectif précis, tel qu'un chiffre d'affaires, un nombre de vente ou un certain pourcentage de pénétration du marché, ne suffit pas à justifier la résiliation unilatérale par l'employeur. L'insuffisance ne doit pas être due, par exemple, à la conjoncture économique difficile [959] ou au comportement de l'employeur [960].

Nous parvenons ici au terme de notre étude relative aux caractéristiques que doit revêtir la cause du licenciement pour motif personnel. Nous avons démontré que pour être réelle la cause doit, dans le dessein de la loi de 1973, être objective. En outre, dans la mesure où un motif personnel est un motif inhérent à la personne du salarié, la jurisprudence exige que la cause soit imputable au salarié. Ainsi, **une cause personnelle n'est réelle que si elle est à la fois objective et imputable au salarié**.

La loi du 13 juillet 1973, en requérant une cause réelle de licenciement visait indistinctement le licenciement pour motif personnel ou le licenciement pour motif économique. Il convient dès lors d'examiner dorénavant comment les juges ont appréhendé cette notion lorsque c'est un motif économique qui est avancé pour motiver le licenciement.

---

commentés, p.773, obs. V. WAUQUIER.

◆ Cass. soc., 12 février 2002, n°99-42.878, *CSBP* 2002, n°139, A 21, obs. F.-J. PANSIER ; *JCP*, G, 2002, IV, 1539 ; *RJS* 5/02, n°543 ; *TPS*, mai 2002, n°136, p.12.

Exemples de faute imputable au salarié : ◆ Cass. soc., 22 mai 2001, *RJS* 8-9/01, n°998 : *« Les résultats de M. F n'avaient cessé de se dégrader sans que l'intéressé puisse imputer cette baisse à des causes extérieures ; par ces motifs, la Cour d'appel a pu retenir l'existence d'une faute du salarié »*.

◆ Cass. soc., 16 février 2005, n°03-40.425, *Semaine Sociale Lamy* n°1204 du 28 février 2005, p.15.

Exemple d'insuffisance professionnelle : Cass. soc., 18 mai 2005, n°03-40.579, *CSBP* 2005, n°173, S 316, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 8-9/05, n°819 : *« La Cour d'appel qui a retenu que l'insuffisance de résultats procédait d'une insuffisance professionnelle du salarié a, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, décidé que le licenciement était fondé sur une cause réelle et sérieuse »*.

[959] Cass. soc., 4 avril 2001, *RJS* 6/01, n°729.

[960] Cass. soc., 3 février 1999, n°97-40.606.
Dans le même sens : Cass. soc., 24 mai 2000.

§ 2 - La cause économique réelle

362 Comme tout licenciement, le licenciement motivé par un motif économique doit reposer sur une cause réelle et sérieuse. Or, contrairement à ce que nous avons étudié précédemment, le licenciement économique se définit, de manière primaire comme *« le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié »* [961] En conséquence, les juges n'ont pas à vérifier ici si la cause est imputable au salarié pour justifier le licenciement. Seule l'objectivité de la cause fait l'objet d'un contrôle.

363 De 1975 [962] à 1986, ce contrôle de la réalité de la cause économique avancée a échappé au juge judiciaire. En effet, pendant un peu plus d'une décennie, le licenciement économique a été soumis à une autorisation administrative préalable, à défaut de laquelle le licenciement n'avait pas de cause réelle et sérieuse. L'autorité administrative, par la voie de l'inspection du travail, avait pour mission d'examiner la réalité des raisons économiques avancées à l'appui de la demande d'autorisation. Une fois cette autorisation obtenue, même implicitement, les tribunaux judiciaires n'avaient plus compétence pour contrôler la cause réelle et sérieuse.

364 Ce pouvoir leur est rendu en 1986 [963] quand, suite à des raisons politiques, l'autorisation administrative préalable est supprimée. Le juge judiciaire recouvre alors la possibilité d'un véritable contrôle *a posteriori* des licenciements économiques. Il doit ainsi, en premier lieu, contrôler la réalité des faits invoqués par l'employeur.
Le contrôle en la matière est double : la cause économique suppose d'une part qu'il existe des difficultés économiques, des mutations technologiques ou une autre cause non inhérente à la personne du salarié (A). D'autre part, le juge contrôle que le licenciement fait suite à une suppression, une transformation d'emploi ou une modification refusée par le salarié d'un élément essentiel du contrat de travail (B).

---

[961] Article L. 321-1 du Code du travail.

[962] Loi n°75-5 du 3 janvier 1975, *J.O.* du 4 janvier.

[963] Loi n°86-797 du 3 juillet 1986 (*J.O.* du 4 juillet) et loi n°86-1320 du 30 décembre 1986 (*J.O.* du 31 décembre).

A - Le contrôle de la réalité du contexte économique du licenciement

365 Par hypothèse, c'est une situation étrangère à la personne du salarié qui va déclencher le projet de licenciement. Cette situation est nécessairement une situation économique, que celle-ci concerne l'entreprise elle-même ou éventuellement le groupe auquel elle appartient. Mais toute situation économique ne justifie pas un licenciement. L'article L. 321-1 alinéa 1er du Code du travail en prévoit deux. Toutefois, en les faisant précéder de l'adverbe « notamment », elle a autorisé le juge a en dégager d'autres.

Les deux raisons économiques prévues par la loi sont d'une part, des difficultés économiques qui seraient rencontrées par une entreprise (1°) et, d'autre part, des mutations technologiques qui seraient engagées par une entreprise (2°). Mais, il peut arriver que pour rester simplement compétitive, sans être confrontée immédiatement à des impératifs d'ordre financier, une entreprise ressente la nécessité de se restructurer. La Cour de cassation a estimé devoir tenir compte de ce type d'impératif économique et fait de la réorganisation de l'entreprise une situation propre à ouvrir la voie du licenciement économique (3°). Enfin, la jurisprudence a décidé que la cessation d'activité de l'entreprise pouvait également constituer une des raisons pouvant justifier un licenciement économique (4°). Dans tous les cas, les magistrats saisis de tels licenciements vont devoir **contrôler la réalité des faits invoqués, c'est à dire leur objectivité**, leur précision et leur exactitude.

1° - De réelles difficultés économiques

L'hypothèse des difficultés économiques est la situation la plus fréquemment invoquée à l'appui d'un licenciement économique. Elle appelle, conséquemment, quelques développements.

a - Les situations permettant d'établir la réalité des difficultés économiques

366 Les juges du fond doivent apprécier, au cas par cas, la réalité des difficultés économiques [964].

[964] Cass. soc., 12 décembre 1991, *Bull. civ.*, V, n°579.

Ainsi, ont été jugées réelles les difficultés économiques rencontrées par une entreprise qui connaissait un endettement important [965] ou dont l'activité chutait [966] ou encore qui perdait son unique client [967].

À l'inverse, les difficultés économiques ne sont pas avérées quand l'entreprise est prospère et que le licenciement est exclusivement destiné à réaliser des économies [968]. Ne sont pas davantage caractérisées les difficultés économiques lorsque l'entreprise connaît un simple ralentissement des ventes [969] ou une réalisation d'un chiffre d'affaires moindre pendant une courte durée [970].

---

[965] Cass. soc., 2 décembre 1992, n°89-45.826.

[966] ◆ Cass. soc., 6 avril 2004, n°01-46.898, *Semaine Sociale Lamy* du 3 mai 2004, n°1167, p.14 : *« À la date du licenciement les difficultés du cabinet, dont l'activité avait chuté, étaient réelles […] Il s'ensuit que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse »*.

◆ Cass. soc., 19 juin 2007, n°06-44.601, *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* du 24 août 2007, n°202, p.2 : *« La Cour d'appel, après avoir relevé que les lettres de licenciement alléguaient une baisse de volume d'activité importante de l'établissement et une tension à la baisse des prix de vente, a constaté le caractère brutal et durable de cette baisse qui avait conduit à une diminution des bénéfices ; elle a ainsi caractérisé l'existe,ce de difficultés économiques justifiant les suppressions d'emploi »*.

[967] Cass. soc., 19 juillet 2000, n°98-42.506.

[968] ◆ Cass. soc., 24 avril 1990, n°88-43.703, *Bull. civ.*, V, n°182.

◆ Cass. soc., 16 mars 1994, n°92-43.094, *Bull. civ.*, V, n°95.

◆ Cass. soc., 7 octobre 1998, n°96-43.107, *Bull. civ.*, V, n°405.

◆ Cass. soc., 19 juillet 2000, n°98-43.679.

[969] ◆ Cass. soc., 22 février 1994, n°92-41.891.

◆ CA Montpellier, 21 mai 2003, *RJS* 3/04 : *« La baisse d'activité est, quelle que soit la taille de l'entreprise, insuffisante à caractériser à elle seule une difficulté économique […] Dès lors, la baisse d'activité n'étant pas suffisante à constituer un motif économique de licenciement, lequel ne peut pas être prononcé par simple souci d'économie, le licenciement du salarié est sans cause réelle et sérieuse »*.

[970] Cass. soc., 6 juillet 1999, n°97-41.036, *Bull. civ.*, V, n°327.

b - De réelles difficultés économiques au jour du prononcé du licenciement

367 La réalité des difficultés économiques s'apprécie à la date de notification du licenciement [971], peu important que l'origine de ces difficultés soit antérieure [972].

Toutefois, il peut être tenu compte d'éléments postérieurs. Ainsi, un licenciement prononcé en prévision de résultats déficitaires qui se sont réellement produits dans les années suivant la rupture du contrat de travail a été jugé régulier [973].

c - De réelles difficultés économiques dans l'entreprise ou le secteur d'activité du groupe

Concernant le cadre d'appréciation de la réalité des difficultés économiques, il convient de distinguer selon que l'entreprise appartient ou non à un groupe.

368 Lorsque l'entreprise ne fait pas partie d'un groupe, la réalité des difficultés économiques doit s'apprécier au niveau de l'entreprise (et non de l'établissement si elle en possède).
Ainsi, il a été jugé que la réalité des difficultés économiques ayant conduit un employeur à licencier une vendeuse devait être appréciée en fonction de l'activité de l'ensemble des magasins exploités par l'employeur et non de celle du seul magasin où était affectée la

---

[971] Cass. soc., 2 avril 1998, n°96-40.766.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 12 juillet 2004, n°03-43.293.

[972] Cass. soc., 17 octobre 2006, *RJS* 12/06, n°1262.

[973] Cass. soc., 26 mars 2002, n°00-40.898, *Bull. civ.*, V, n°106 ; *CSBP* 2002, n°141, S 270, obs. C. CHARBONNEAU.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 16 mars 2004, *RJS* 5/04, n°523 : *« Si les juges du fond doivent apprécier le bien-fondé du motif de licenciement à la date de son prononcé, ils peuvent pour cette appréciation, tenir compte d'éléments postérieurs. Le résultat de l'exercice confirmant l'existence de difficultés économiques dès le mois de février et les comptes sociaux faisant apparaître une accumulation de charges supérieures au chiffre d'affaires ainsi qu'un accroissement du déficit, la Cour d'appel qui ne s'est pas déterminée en fonction de la seule baisse du chiffre d'affaires, a légalement considéré le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse ».*

salariée [974]. De même, une Cour d'appel qui relève que l'employeur ne justifiait pas des difficultés économiques de l'entreprise, mais invoquait seulement celles de l'établissement, peut décider que le licenciement ne repose pas sur une cause réelle [975].

369 Lorsque l'entreprise appartient à un groupe, l'existence des difficultés économiques ne s'apprécie pas au même niveau. En effet, dans cette hypothèse, la réalité des difficultés économiques s'apprécie dans le secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise [976] (et non dans l'ensemble du groupe).
En d'autres termes, en cas de contestation sur la matérialité des difficultés économiques invoquées par l'employeur, les juges doivent examiner la situation économique du secteur d'activité duquel dépend l'entreprise [977].

---

[974] Cass. soc., 17 juin 1992, n°89-42.769, *Bull. civ.*, V, n°403.

[975] Cass. soc., 26 octobre 2005, n°03-41.972, *RJS* 2/06, n°180.
Dans le mêmes sens : Cass. soc., 9 mai 2006, *RJS* 7/06, n°822 : *« Les difficultés économiques invoquées par la société devaient être appréciées dans le cadre du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, la Cour d'appel a pu retenir que ce secteur d'activité était celui du « rayonnage – mobilier - métallique » ; elle a constaté que ce secteur d'activité avait dégagé un profit sur la base des résultats courants de l'année 2001 et que l'employeur n'apportait aucun élément tendant à établir l'existence d'une menace qui aurait pesé sur ledit secteur ».*

[976] ◆ Cass. soc., 12 juin 2001, *Bull. civ.*, V, n°214 ; *RJS* 8-9/01, n°1001.
◆ CA Versailles, 24 septembre 2002, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* du 15 janvier 2003 diffusé sur Internet, n°62 : *« Les difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement pour motif économique s'apprécient au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe. Par conséquent, une société filiale ne peut utilement invoquer à l'appui du licenciement auquel elle a procédé, des difficultés économiques alors que le groupe auquel elle appartient à 100% est très prospère, ainsi que le démontrent son introduction au second marché boursier, la forte croissance de son volume d'activité et de ses résultats et l'importance de son actif immobilier ».*

Le Conseil d'Etat adopte la même position à propos de la demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé : ▪ CE, 15 juin 1998, n°172695.
▪ CE, 29 décembre 2000, n°199320 publié au recueil Lebon.
▪ CE, 16 février 2007, n°272137, *Liaisons sociales jurisprudence théma* des 30-31 juillet 2007, n°187, p.10.

[977] ◆ Cass. soc., 29 mars 2000, n°98-40.559.
◆ Cass. soc., 14 janvier 2004, *RJS* 3/04, n°298 : *« La Cour d'appel ayant constaté qu'il résultait des pièces produites aux débats que la société faisait partie d'un groupe et que l'employeur ne produisait*

Enfin, si le secteur d'activité du groupe dépasse le cadre national, il y a lieu de le prendre en considération dans son ensemble, au niveau international, et de ne pas se contenter d'une analyse des difficultés économiques au niveau des entreprises situées sur le territoire national.

La Cour de cassation a en effet jugé que *« les difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement doivent être appréciées au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux sociétés ou entreprises situées sur le territoire national »* [978]. Le Conseil d'Etat adopte la même solution à propos du licenciement de salariés protégés [979].

Si l'existence de difficultés économiques constitue la raison la plus fréquemment invoquée pour justifier un licenciement économique, elle n'est pas la seule hypothèse envisagée par l'article L. 321-1 du Code du travail. Des mutations technologiques peuvent également être à l'origine d'un licenciement de ce type. Encore faut-il qu'elles soient bien réelles.

---

aucune information sur la situation économique et financière de celui-ci a pu en déduire que l'existence de la cause économique de licenciement invoquée n'était pas établie au niveau du secteur d'activité du groupe ».

◆ Cass. soc., 6 mars 2007, *RJS* 5/07, n°568 : *« La Cour d'appel a constaté que les activités exercées par le groupe relevaient toutes du domaine médical et en a déduit à bon droit que les difficultés économiques et la réorganisation invoquées devaient être appréciées au regard de cet unique secteur d'activité »*.

[978] Cass. soc., 12 juin 2001 (2 arrêts), n°99-41.571 et 99-41.839, *Bull. civ.*, V, n°214 et 215.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 10 décembre 2003, n°01-47.147, *RJS* 2/04, n°187.

[979] CE, 8 juillet 2002, *Jur. soc.*, mars 2003, p.80 *; RJS* 10/02, n°1148 : *« La réalité des motifs économiques allégués à l'appui d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé par une société qui fait partie d'un groupe, l'autorité administrative ne peut se borner à prendre en considération la seule situation de l'entreprise. Elle est tenue, dans le cas où l'intéressé relève d'un groupe dont la société mère a son siège à l'étranger de faire porter son examen sur la situation économique de l'ensemble des sociétés du groupe oeuvrant dans le même secteur d'activité que la société en cause, sans qu'il y ait lieu de borner cet examen à celles d'entre elles ayant leur siège social en France, ni aux établissements de ce groupe situés en France »*. En l'espèce, il était notamment reproché à l'inspecteur du travail qui avait refusé le licenciement de salariés protégés employés dans un site de fabrication et de commercialisation de machines agricoles implanté à Quimper, de ne pas avoir pris en compte la situation économique d'un autre établissement, situé en Grande-Bretagne et qui produisait lui aussi des machines agricoles.

2 °- De réelles mutations technologiques

370 Le terme mutation, apparu en vieux français au 12ème Siècle, se rattache au latin *« mutatio »* et ne signifie pas simplement « changement », il implique une modification radicale. En ce qui concerne l'entreprise, la mutation portera sur la structure, l'organisation, la gestion, le matériel d'exploitation, les méthodes de production, les secteurs d'activité.
Quant au caractère technologique, cela signifie que les mutations interviennent dans la conception, la fabrication ou la conception des produits.

La jurisprudence ne se montre que peu prolixe sur la définition précise des mutations technologiques. D'ailleurs, l'hypothèse des mutations technologiques est rarement invoquée par les employeurs. Quand elle l'est, elle recouvre essentiellement le cas de l'introduction de nouvelles technologies qui rendent obsolètes telle ou telle activité de l'entreprise et entraîne en conséquence des suppressions d'emplois devenus inutiles, des transformations d'emploi, voire des modifications des contrats de travail.

La Cour de cassation contrôle que les mutations technologiques sont réelles. Tel est le cas d'une informatisation de l'agence [980], d'innovations en matière de gestion entraînant une diminution importante des tâches du service administratif et financier [981], du changement d'exploitation du matériel informatique entraînant la mise en place de nouveaux logiciels [982].

371 Lorsque l'employeur prouve que les mutations technologiques sont objectivement réelles, il n'a point besoin de démontrer, en sus, qu'elles sont liées à des difficultés économiques [983] ou que la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise est menacée [984]. La cause économique des mutations se suffit en elle-même.

---

[980] ◆ Cass. soc., 30 juin 1992, n°91-40.823.
◆ Cass. soc., 1er mars 1994, n°92-43.612.

[981] Cass. soc., 19 juin 1991, n°90-40.361.

[982] ◆ Cass. soc., 14 novembre 2001, n°99-44.686.
◆ Cass. soc., 17 mai 2006, n°04-43.022, *CSBP* 2006, n°184, A 55, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, S, n°30 du 25 juillet 2006, 1616, note T. LAHALLE.

[983] Cass. soc., 29 mai 2002, n°99-45.897.

Aux deux hypothèses des difficultés économiques et mutations technologiques énoncées par la loi comme cause possible de licenciement économique, la jurisprudence, s'appuyant sur l'adverbe « notamment » en a ajouté deux autres : la réorganisation ou la restructuration de l'entreprise et la cessation d'activité de l'entreprise. Une fois encore, la Chambre sociale exige qu'il soit fait la preuve de la réalité objective de ces deux situations économiques.

3°- Une réelle réorganisation de l'entreprise

372 La réorganisation d'une entreprise peut se manifester de multiples façons et notamment par la délocalisation du site de travail, l'abandon ou la mise en sous-traitance d'une activité ou encore par l'harmonisation du mode de versement des salaires lorsque deux entreprises fusionnent (et que par exemple, l'une d'elles procède à douze versements par an alors que l'autre en effectue treize en raison de l'attribution d'une prime annuelle).

La Cour de cassation admet, depuis 1992, qu'une telle réorganisation puisse être à l'origine d'un licenciement [985]. Elle en contrôle le caractère réel. Si la réorganisation alléguée s'avère fictive, le licenciement ne sera pas justifié [986].

La réalité de la réorganisation de l'entreprise ne pose guère de difficultés en jurisprudence. Il en va autrement, nous le verrons ultérieurement, de son caractère sérieux. En effet, il convient, pour le juge de savoir si cette réorganisation est sérieusement nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.

La dernière raison économique propre à ouvrir la voie à un licenciement économique est également d'origine jurisprudentielle. Il s'agit de la cessation d'activité de l'entreprise.

---

[984] Cass. soc., 9 octobre 2002, n°00-44.069, *Semaine Sociale Lamy* du 21 octobre 2002, n°1094, p.15 : *« L'introduction d'une technologie informatique nouvelle comportant une incidence sur l'emploi constitue une cause économique de licenciement alors même que la compétitivité de l'entreprise ne serait pas menacée »*.

[985] Cass. soc., 1er avril 1992, n°90-44.697, *Bull. civ.*, V, n°223.

[986]
- Cass. soc., 13 juillet 1993, Sté Africatours.
- Cass. soc., 14 mai 1996, Sté Grande Pharmacie de Castellane.
- Cass. soc., 14 mai 1997, Sté Cibem.

4° - Une réelle cessation d'activité de l'entreprise

373 La jurisprudence a décidé en 2001 [987] que la cessation d'activité de l'entreprise pouvait constituer un motif économique de licenciement.

Encore faut-il que cette cessation d'activité soit réelle. La Chambre sociale estime que tel n'est pas le cas lorsque la cessation d'activité n'est pas définitive. Ainsi, la fermeture temporaire d'un hôtel pour travaux ne constitue pas une réelle cessation d'activité [988].

La cessation d'activité n'est pas davantage réelle lorsque les juges constatent qu'elle n'est que partielle [989].

En revanche, est réelle la cessation d'activité consécutive à une inondation [990], à un incendie [991] ou encore à la suppression par arrêté du diplôme préparé par l'entreprise [992].

Nous avons maintenant étudié l'ensemble des raisons économiques pouvant ouvrir la voie à un licenciement économique. Chaque fois, il incombe aux juges saisis de vérifier que les situations alléguées sont établies. Mais ce contrôle n'est pas le seul, ils doivent, en outre,

---

[987] Cass. soc., 16 janvier 2001, n°98-44.647, *Bull. civ.*, V, n°10 ; *RJS* 3/01, n°294.

[988] Cass. soc., 15 octobre 2002, n°01-46.240, *Bull. civ.*, V, n°311; *CSBP* 2003, n°146, S 27, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2003, n°6, sommaires commentés, obs. F. SIGNORETTO, p.391 ; *Dr. ouvrier*, février 2003, p.68 ; *Dr. soc.* 2002, p.1156, obs. F. DUQUESNE ; *TPS*, janvier 2003, n°15, p.16.
Confirmation de jurisprudence : ◆ Cass. soc., 22 mars 2005, n°02-46.226, *CSBP* 2005, n°171, S 228, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 6/05, n°618.
◆ Cass. soc., 21 mars 2006, n°03-47.824, *CSBP* 2006, n°182, S 311, obs. F.-J. PANSIER.

[989] Cass. soc., 16 mars 2004, n°01-44.477, *RJS* 6/04, n°667.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 10 octobre 2006, n°04-43.453, *RJS* 12/06, n°1250.

[990] Cass. soc., 15 février 1995, n°91-43.905.

[991] Cass. soc., 27 juin 2000, n°98-42.555.

[992] Cass. soc., 12 juin 2001, n°99-42.897. En l'espèce l'arrêté du 25 juillet 1989 avait supprimé le CAP de couture et avait entraîné en conséquence la fermeture progressive des classes correspondantes.

s'assurer que le licenciement économique qui procède de cette situation économique avérée a elle-même une incidence réelle sur l'emploi ou le contrat de travail du salarié.

B - Le contrôle de la réalité de l'effet sur l'emploi

374 C'est l'élément matériel du licenciement économique. Pour justifier un licenciement pour motif économique, la raison économique propre à l'entreprise telle que nous venons de l'envisager doit avoir une incidence sur l'emploi ou le contrat de travail du salarié concerné. Mais là encore, il ne faut pas n'importe quelle incidence.

L'article L. 321-1 du Code du travail envisage à cet égard trois hypothèses : une suppression d'emploi (1°), une transformation d'emploi (2°) ou une modification refusée par le salarié d'un élément essentiel du contrat de travail (3°). Ce n'est qu'à la condition que la situation économique invoquée produise effectivement l'une de ces conséquences qu'un licenciement économique pourra être valablement prononcé.
Une fois encore, les juges s'attachent à vérifier la réalité, l'exactitude de cette incidence sur l'emploi.

1° - Une réelle suppression d'emploi

375 La suppression d'emploi est l'hypothèse la plus classique et en même temps la plus fréquente. Cette notion s'entend de la suppression effective d'un poste de travail confié à un salarié. Toutefois, la réalité est diverse : la suppression de l'emploi peut notamment correspondre à une situation de sureffectif ou à la suppression d'une activité ou encore à une délocalisation (c'est à dire à un déplacement de l'activité).

En conséquence, la suppression d'emploi est réelle lorsque les tâches effectuées par le salarié licencié sont supprimées.
Tel est le cas lorsque le poste du salarié est supprimé et que l'intéressé n'est pas remplacé [993], lorsque le poste est réellement supprimé et que le salarié embauché ultérieurement occupe un emploi différent et possède une qualification supérieure [994] ou lorsque les emplois pourvus

[993] Cass. soc., 29 mai 1990, n°88-45.614.

[994] Cass. soc., 19 novembre 1992, n°90-40.937.

plus de huit mois après le licenciement n'étaient ni de même nature ni du même niveau que le poste supprimé [995].

Mais la suppression d'emploi peut également être constituée quand les tâches du salarié licencié ne disparaissent pas. En particulier, il y a bien suppression d'emploi, même lorsque ces tâches subsistent mais sont redistribuées entre plusieurs autres salariés ou intégrées à un autre emploi [996] ou lorsque l'entreprise délocalise ses activités et crée d'autres emplois similaires sur d'autres sites [997].

La suppression d'emploi n'implique même pas nécessairement la suppression du poste de travail. Il y a bien suppression d'emploi lorsque le poste est maintenu mais qu'il est confié à un collaborateur bénévole [998] ou à un membre de la famille de l'employeur [999].

En revanche, il n'y a pas suppression d'emploi lorsque le poste n'est pas supprimé mais confié à un salarié recruté à cet effet, y compris sous contrat de travail à durée déterminée [1000] ou à un salarié d'une autre entreprise, quand bien même ce serait un salarié d'une entreprise du même groupe [1001].

---

[995] Cass. soc., 12 janvier 1993, n°90-40.769.

[996] ◆ Cass. soc., 29 janvier 1992, n°91-42.128, *Bull. civ.*, V, n°51 : *« La suppression d'un poste, même si elle s'accompagne de la répartition des tâches accomplies par le salarié licencié entre les salariés demeurés dans l'entreprise, est une suppression d'emploi »*.

◆ Cass. soc., 2 juin 1993, n°90-44.956, *Bull. civ.*, V, n°155.

◆ Cass. soc., 6 avril 1994, n°92-41.013.

[997] Cass. soc., 5 avril 1995, n°93-42.690, *Bull. civ.*, V, n°123 ; *RJS* 5/95, n°497.

[998] Cass. soc., 7 octobre 1992, n°88-45.522, *Bull. civ.*, V, n°502.

[999] Cass. soc., 20 janvier 1998, n°94-45.094, *Bull. civ.*, V, n°19.

[1000] ◆ Cass. soc., 22 février 1995, n°93-44.071, *Bull. civ.*, V, n°67.

◆ Cass. soc., 12 février 1997, n°95-41.694, *Bull. civ.*, V, n°58.

◆ Cass. soc., 8 décembre 2004, n°02-44.045, *Bull. civ.*, V, n°320.

[1001] Cass. soc., 16 janvier 2001, n°98-44.461, *Bull. civ.*, V, n°11. En l'espèce, il s'agissait d'un salarié de la société mère.

376 Il faut enfin préciser que la réalité de la suppression d'emploi s'apprécie au niveau de l'entreprise.

Si la suppression d'emploi est l'hypothèse la plus fréquemment rencontrée en pratique, il n'en demeure pas moins que le Code du travail envisage une autre incidence sur l'emploi des difficultés économiques, mutations technologiques ou autres raisons économiques. Il s'agit de la transformation d'emploi. Lorsque le juge est saisi d'un licenciement économique motivé par une telle transformation, il lui incombe d'en constater la réalité.

2 °- Une réelle transformation d'emploi

377 Il y a transformation d'emploi lorsqu'un emploi déterminé est remplacé par un autre emploi exigeant une qualification différente.

Les hypothèses sont plus rares en jurisprudence.
Par exemple, la robotisation des chaînes de montage, dans l'industrie automobile, a nécessité la transformation de nombreux emplois d'ouvriers qui sont devenus des conducteurs d'installations automatisées.
De la même façon, en présence d'un employeur qui procède à une réorganisation de ses services et informe une salariée qu'elle aura désormais pour mission de procéder aux rangements, inventaires, ménages et ventes et qu'elle ne sera plus employée comme retoucheuse, la Cour de cassation a reconnu qu'il s'agissait d'une transformation et non d'une suppression d'emploi [1002].

La notion de transformation d'emploi n'appelle pas davantage de commentaires. Il convient maintenant de nous intéresser à la dernière conséquence sur l'emploi envisagée par l'article L. 321-1 du Code du travail.

[1002] Cass. soc., 9 octobre 1990, n°88-41.721, *Bull. civ.*, V, n°420.

3 °- La réelle modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail

378 Aux termes de l'article L. 321-1 du Code du travail, tel qu'issu de la loi du 18 janvier 2005, le licenciement économique peut être fondé sur *« une modification d'un élément essentiel du contrat de travail refusée par le salarié »*.

Encore faut-il qu'il s'agisse bien d'une modification du contrat de travail et que celle-ci ait été effectivement refusée par le salarié.

Il y aurait beaucoup à écrire sur ce qu'il faut entendre par modification du contrat de travail. Tel n'est pas l'essentiel de notre propos. Mentionnons simplement que si la modification de la rémunération, des fonctions, de la durée du travail et du lieu de travail du salarié (en dehors du même secteur géographique et en l'absence de clause de mobilité) pour l'une des raisons économiques précédemment envisagées, est réelle elle peut justifier le licenciement économique du salarié qui la refuse.

379 Nous parvenons à présent au terme de nos développements relatifs à la cause réelle du licenciement économique. Pour résumer, **il faut** donc **que le juge contrôle l'existence d'une véritable suppression ou transformation d'emploi ou encore une modification refusée du contrat de travail <u>consécutives</u> à des difficultés économiques avérées, ou à d'authentiques mutations technologiques ou enfin à une incontestable réorganisation, voire cessation de l'entreprise**.
Si ce travail d'expertise paraît volumineux, il n'en est pas pour autant suffisant. En effet, comme tout licenciement, le licenciement économique est soumis à l'exigence d'une cause sérieuse. En conséquence, il appartient au juge de vérifier, en sus, si la cause de nature économique qui est avancée par l'employeur est suffisamment sérieuse, au regard de l'intérêt de l'entreprise, pour justifier le licenciement.

380 Avant de nous intéresser précisément à l'examen de la cause justificative sérieuse, il convient, présentement, de mettre en exergue les enseignements qui se dégagent de l'étude de plus de trente ans de jurisprudence relative à la cause réelle de licenciement.

Lorsqu'en 1973, le législateur a imposé que le licenciement soit causé, il avait pour but de le rendre objectif. Et ce, tout d'abord, en requérant qu'il repose sur une cause existante, c'est à dire sur des faits réels et avérés. Le souhait affiché était, en effet, de sortir l'affectif, les préjugés de l'employeur de la relation de travail.

La Cour de cassation a entériné ce souhait en protégeant, progressivement, le salarié contre les jugements arbitraires de l'employeur. Ainsi, **en matière de licenciement pour motif personnel, le licenciement ne peut plus être causé que par des éléments objectifs qui, en outre, sont imputables personnellement au salarié**. De simples soupçons ou faits commis par un tiers ne peuvent plus servir à justifier une cessation des relations de travail. Identiquement, **lorsque le motif est économique**, c'est à dire qu'il est non inhérent à la personne du salarié, **le juge doit contrôler la véracité des raisons économiques alléguées et si leur incidence sur l'emploi est exacte**.
Bien que trouvant leur origine dans des faits bien distincts, les deux types de justification d'un licenciement obéissent donc à la même logique : celle de **« l'objectivité - réalité »**, c'est à dire que dans tous les cas, la cause doit reposer sur des éléments matériels, concrets.

Mais l'objectivité souhaitée en 1973 ne repose pas uniquement sur l'exigence de la véracité des faits allégués à l'appui du licenciement. En effet, le législateur demande au juge, quand il est saisi, de vérifier que, objectivement, le licenciement est justifié eu égard aux faits établis. C'est ce qui ressort de la condition légale de « cause sérieuse ». Nous assistons ainsi depuis plus de trente années à une véritable tentative de conciliation entre liberté d'entreprendre des entreprises et droit des salariés à l'emploi, c'est à dire la recherche d'un équilibre entre intérêts économiques et sociaux en présence.

Section 2 - La cause justificative sérieuse

381 La cause qui justifie le licenciement doit, en sus d'être réelle, être sérieuse. Mais, pas plus que le caractère réel, le sérieux, que doit présenter la cause du licenciement, n'est défini par le législateur de 1973. L'article L. 122-14-3 du Code du travail délègue expressément au juge le soin d'apprécier ce qu'il faut entendre par « cause sérieuse » de licenciement.
Les travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1973 nous livrent, néanmoins, quelques clefs pour découvrir l'intention du législateur lorsqu'il prescrit l'exigence d'une cause sérieuse. Ainsi, **pour être sérieuse**, ***« la cause doit présenter un certain degré de gravité troublant la relation de travail »*** [1003] **ou** ***« rendre impossible sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail »*** [1004]. Les juges doivent donc se référer, pour identifier une cause sérieuse, d'une part à son degré de gravité et, de l'autre, à ses retombées sur la bonne marche de l'entreprise.

Le contrôle de la cause sérieuse s'apparente à un véritable contrôle judiciaire de la proportionnalité de la mesure (à savoir le licenciement) aux faits allégués. Dans tous les cas, quel que soit le motif avancé par l'employeur, le licenciement doit, objectivement, être proportionné et être prononcé dans l'intérêt de l'entreprise.
À l'« objectivité – réalité » décrite à propos de la cause réelle, doit donc s'ajouter ce que nous qualifierons d'« objectivité – impartialité », c'est à dire que le licenciement doit être objectivement justifié, indépendamment de l'appréciation morale de celui qui le prononce. Le pouvoir patronal de licencier est soumis à un contrôle objectif de proportionnalité avec pour mètre étalon l'intérêt de l'entreprise [1005] (§1).

[1003] *J.O. Débats Ass. nat.* 22 mai 1973.

[1004] *J.O. Débats Ass. nat.* 30 mai 1973, p.1699, col. 2.

[1005] Sur l'« intérêt de l'entreprise », voir la théorie institutionnelle développée par P. DURAND : « La notion juridique de l'entreprise » in *Travaux de l'Association H. CAPITANT*, tome 3, 1947, p.45 ; « Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail », *JCP* 1944, I, 387.
Simplifiée à l'extrême, celle-ci signifie que les décisions de l'employeur ne doivent pas être prises dans l'intérêt exclusif du capital, mais dans le sens du bien commun des divers membres qui participent à la vie de l'entreprise. Sur la théorie institutionnelle, voir également : A. BRUN, « Le lien d'entreprise », *JCP* 1962, I, 1719 ; « Les transformations juridiques de l'entreprise patronale », *Dr. soc.* 1939, p.2.
À côté de la théorie institutionnelle, J.-C. JAVILLIER a développé la théorie contractuelle de l'entreprise selon

Pour autant, l'intérêt du salarié n'est pas totalement écarté du contrôle du sérieux de la cause. En effet, l'entreprise est créatrice de lien social. C'est pourquoi, en matière de licenciement économique et de licenciement motivé par l'inaptitude physique du salarié, la jurisprudence, impose, en sus, pour que la cause du licenciement soit considérée comme sérieuse, une obligation de recherche, préalablement au prononcé du licenciement, de mesures de reclassement du salarié. La cause peut donc tout à la fois exister objectivement et être proportionnée eu égard à l'intérêt de l'entreprise, elle ne sera pourtant considérée comme sérieuse par le juge qu'à la condition que l'employeur ait tenté de reclasser le salarié dans un autre emploi. Le licenciement apparaît alors comme un ultime remède (§2).

§ 1 - La cause sérieuse : une cause objectivement proportionnée et exercée dans l'intérêt de l'entreprise

382 Que l'employeur invoque un motif personnel ou économique pour fonder le licenciement qu'il prononce, le juge saisi *a posteriori* exerce le même contrôle quant au sérieux de la justification [1006]. Le juge vérifie que le licenciement est proportionné aux faits allégués. Pour autant, ce contrôle de la proportionnalité ne s'étend pas à un contrôle de l'opportunité : le juge ne peut substituer son appréciation à celle de l'employeur.

Ainsi, en matière de licenciement disciplinaire, le juge s'attache à contrôler la proportionnalité de la sanction aux faits reprochés (A). En matière de licenciement personnel non fautif, le juge s'efforce cette fois de constater que le licenciement est proportionné au trouble objectif apporté au bon fonctionnement de l'entreprise (B). Enfin, en matière de licenciement économique, le juge examine que le licenciement est bien proportionné à la situation économique invoquée (C).

---

laquelle l'entreprise apparaît comme la somme des contrats de travail : *Droit du travail*, LGDJ, 6ème édition, 1998, n°138, p.192.

[1006] En revanche, le degré du contrôle effectué par la Cour de cassation varie selon les faits allégués : contrôle normal de la qualification, contrôle de la motivation des décisions des juges du fond.

A - Le licenciement disciplinaire : une sanction proportionnée aux faits reprochés

383 Le juge saisi du contrôle de la justification d'un licenciement disciplinaire doit, de prime abord s'assurer de la réalité, de la matérialité des faits reprochés au salarié. Il lui incombe, de la même façon, de vérifier que le fait fautif est bien imputable au salarié. Il s'agit du contrôle de la cause réelle du licenciement. Ensuite, il lui appartient de contrôler le caractère sérieux de la cause en se posant la question de savoir si la faute est assez sérieuse pour justifier un licenciement. En effet, même si elle existe, toute faute n'est pas suffisamment sérieuse pour justifier un licenciement.

La question qui s'est alors posée en 1973 était de savoir si cette exigence de faute sérieuse restreignait les possibilités de licenciement disciplinaire aux seuls cas de fautes graves.
La jurisprudence a répondu à cette interrogation en montrant bien que la notion de cause sérieuse déborde largement de la définition de la faute grave pour s'étendre à des agissements de moindre importance. La Cour de cassation a ainsi souligné que *« la cause réelle et sérieuse peut exister même en l'absence de faute grave »*, même si le manquement commis par le salarié n'est pas intentionnel et présente un caractère isolé, même en l'absence de sanction disciplinaire antérieure, d'avertissement ou d'observations, et ce, quelle que soit l'ancienneté du salarié [1007].
La faute sérieuse, susceptible de justifier un licenciement s'oppose simplement à celle qui a été très vite qualifiée en doctrine de faute « légère » [1008]. Ainsi, la faute ne constitue une cause justificative sérieuse que si, en raison de son importance, elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise.

384 Pour autant, toute gradation des fautes en fonction de leur gravité n'a pas disparu. De la sorte, si la faute doit toujours être suffisamment sérieuse pour justifier un licenciement, elle peut parfois être qualifiée de « grave » voire de « lourde ».

[1007] ◆ Cass. soc., 25 avril 1985, n°83-40.766, *Bull. civ.*, V, n°261.
◆ Cass. soc., 13 novembre 1986, n°84-41.231, *Bull. civ.*, V, n°517.

[1008] Voir notamment : J. PÉLISSIER, « Premières orientations de la Cour de cassation sur la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. soc.* 1977, p.21.

Pour qualifier la faute, les juges du fond se réfèrent, d'une part, à son degré de gravité et, de l'autre, à ses retombées sur la bonne marche de l'entreprise.

385 Ainsi, la « faute sérieuse » semble pouvoir être définie comme *« tout manquement sérieux du salarié au comportement que suppose son état de subordination »* [1009]. La caractérisation de cette faute dépend du pouvoir souverain des juges du fond. En effet, la Cour de cassation ne se livre en ce domaine qu'à un contrôle restreint, un contrôle de la motivation, c'est à dire qu'elle se borne à vérifier que la juridiction du fond a correctement motivé sa sentence [1010]. Elle reproduit alors dans des arrêts de rejet une formule devenue rituelle : *« La Cour d'appel a estimé, dans l'exercice du pouvoir souverain d'appréciation qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, que le licenciement procédait d'une cause réelle et sérieuse »* ou encore *« C'est par une appréciation souveraine que la Cour d'appel a estimé que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse »* [1011].

386 La « faute grave », quant à elle, est définie, selon la Cour de cassation, comme la faute *« d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis »* [1012]. Tout comme la faute sérieuse, la faute grave s'oppose au

---

[1009] Y. SAINT-JOURS, « La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau », *D.* 1990, chronique XX, p.115.

[1010]
- Cass. soc., 9 octobre 1986, n°84-40.495.
- Cass. soc., 16 juillet 1987, n°85-40.075, *Bull. civ.*, V, n°496.

[1011] Pour approfondir le sujet, voir notamment :

- J. PÉLISSIER, « Premières orientations de la Cour de cassation sur la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. soc.* 1977, p.21 – 27.
- « Le contrôle par la Chambre sociale de la Cour de cassation du caractère réel et sérieux de la cause de licenciement », *Dr. soc.* 1986, p.175-212.
- G. PICCA, « Vers un contrôle allégé de la Cour de cassation ? », conclusions de l'avocat général à propos de l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 16 décembre 1986, *Dr. soc.* 1987, p.89-92.
- P. WAQUET, « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement », *Dr. soc.* 1992, p.980 – 987.
- P. WAQUET, « Les arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.*, janvier 1998, p.62-72.
- J. BETOUILLE, « La distinction contrôle lourd / contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité ? », *JCP*, G, 2002, I, 171, p.1790-1793.

[1012] Cass. soc., 26 février 1991, *Bull. civ.*, V, n°97 ; *RJS* 4/91, n°448. Jurisprudence constante.

maintien du salarié dans l'entreprise. Mais, en outre, elle se caractérise par l'impossibilité de poursuivre le contrat même pendant la période de préavis, mettant ainsi le droit français en conformité avec le droit international [1013].
Soulignons que, contrairement, à la faute sérieuse, la Cour de cassation exerce un entier contrôle de la qualification de la faute grave : les éléments de cette faute doivent avoir été caractérisés.

387 Enfin, pour qualifier un agissement fautif de « faute lourde », la Chambre sociale exige que soit établie *« l'intention de nuire du salarié vis-à-vis de l'employeur ou de l'entreprise »* [1014]. La faute lourde doit être une faute intentionnelle.
Ici encore, la Cour de cassation applique un contrôle strict de la qualification de faute lourde.

Pour apprécier la gravité de la faute, les juges se livrent à une appréciation *in concreto* à partir d'un faisceau d'indices. Le contexte des faits incriminés est explicitement pris en compte. Il n'y a pas de catalogue de faits se rangeant sous la bannière de telle ou telle qualification de faute. C'est à l'employeur, sous le contrôle du juge, qu'il appartient de faire le partage au vu des caractéristiques de chaque espèce. C'est ainsi que suivant les circonstances qui l'ont entourée, une même faute pourra être qualifiée de légère, de sérieuse voire de grave.

388 Au regard des très nombreuses et variées décisions rendues par les juridictions depuis 1973 en matière de licenciement disciplinaire, nous remarquons que certaines circonstances sont susceptibles d'atténuer la gravité d'une faute.

L'ancienneté du salarié et son absence de reproches antérieurs constitue la principale « circonstance atténuante » [1015].

[1013] La convention n°158 de l'O. I. T. relative au licenciement définit la faute grave comme *« une faute de nature telle que l'on ne peut raisonnablement exiger de l'employeur qu'il continue à occuper ce travailleur pendant la période de préavis »*.

[1014] Voir notamment : Cass. soc., 16 mai 1990, *Bull. civ*., V, n°228, p.138 : la Cour de cassation censure un arrêt d'appel ayant retenu une faute lourde à la charge d'une salariée et refusé à celle-ci l'indemnité compensatrice de congés payés, au motif *« qu'en statuant ainsi, sans relever l'intention de la salariée de nuire à l'employeur, la Cour d'appel a violé »* l'article L. 223-14 du Code du travail.

[1015] ◆ Cass. soc., 4 juin 2002, n°00-43.479, *CSBP* 2002, n°143, A 46, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. ouvrier*, octobre 2003, p.440, note D. BOULMIER : *« Le fait pour* ***un salarié, ayant treize ans d'ancienneté****, de*

Cela ne signifie, cependant, pas que l'ancienneté du salarié excuse tout type de comportement blâmable de sa part. L'ancienneté ne permet que d'influer sur la qualification de la gravité de cette faute [1016].

---

se voir reprocher un seul détournement d'un pain et de quatre faluches, d'une valeur minime, ne caractérise pas une faute constitutive d'une cause sérieuse de licenciement ».

◆ Cass. soc., 5 avril 2005, *RJS* 6/05, n°612 : *« **Compte tenu de l'ancienneté du salarié** dans l'entreprise et de l'absence de tout manquement antérieur à la discipline, l'acte d'insubordination qui lui était imputé n'était pas de nature à rendre impossible la poursuite du contrat de travail pendant la durée du préavis et ne constituait pas une faute grave ».*

◆ Cass. soc., 10 janvier 2006, n°03-47.541, *Liaisons Sociales* juris. Hebdo du 13 mars 2006, n°948 : *« La Cour d'appel a fait ressortir que les faits reprochés à* la salariée, ***sanctionnée une seule fois en trente-quatre années de carrière**, s'expliquaient par son implication dans un conflit familial aigu. Elle a pu en déduire qu'ils n'empêchaient pas le maintien de l'intéressée dans l'entreprise pendant la durée du préavis. C'est dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation qu'elle a décidé que ces faits ne constituaient pas une cause sérieuse de licenciement ».*

◆ Cass. soc., 21 février 2006, *RJS* 5/06, n°542 : *« Une Cour d'appel ayant constaté que les vols imputés à **un salarié justifiant d'une grande ancienneté** étaient de faible importance a pu en déduire qu'ils ne constituaient pas une faute grave et estimer, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, qu'ils ne caractérisaient pas une cause réelle et sérieuse de licenciement ».*

◆ Cass. soc., 6 mars 2007, *RJS* 5/07, n°567 : *« La Cour d'appel qui [...] a relevé que s'agissant du vol d'un objet d'une valeur de 39 euros commis par **un salarié ayant près de quatorze années d'ancienneté** sans avoir attiré l'attention de son employeur défavorablement jusque-là, a pu décider que le comportement du salarié ne constituait pas une faute grave ».*

◆ Cass. soc., 26 avril 2007, n°05-44.564, *CSBP* n°192, juillet/août 2007, S 281, obs. C. CHARBONNEAU : *« Le fait exceptionnel pour **un salarié, travaillant depuis vingt-quatre ans dans l'entreprise**, d'avoir, dans ces conditions, retardé de quelques jours son retour de congé pendant la période de fermeture de l'entreprise ne pouvait constituer une faute grave ».*

[1016] La faute grave a ainsi été reconnue dans les espèces suivantes où le salarié justifiait d'une ancienneté importante dans l'entreprise : ◆ Cass. soc., 28 juin 2006, n°05-40.990, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* du 1er novembre 2006, n°2093 : *« La Cour d'appel [...] a pu estimer que **le comportement du salarié ne pouvait être excusé par son ancienneté** ou ses résultats, qu'il devait impérativement être prévenu et que sa gravité et sa persistance d'ores et déjà constatées ne permettant pas d'exclure sa réitération durant le préavis, **il était constitutif d'une faute grave** ».*

◆ Cass. soc., 13 septembre 2006, n°05-43.159, *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 17 octobre 2006, n°978 *: « Une salariée a proféré des insultes à l'encontre d'une collègue de travail, menacé son supérieur hiérarchique avec un couteau et commis des dégradations entraînant des dégâts matériels*

De façon semblable, les « torts » de l'employeur peuvent minimiser la faute commise par le salarié [1017].

Ou encore, en présence d'un vol, la valeur du détournement est prise en compte : un menu larcin n'est pas sanctionné de la même façon qu'une véritable escroquerie [1018].

---

importants. ***Ce comportement, malgré l'ancienneté de la salariée, rendait impossible le maintien de celle-ci dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constituait une faute grave*** *».*

[1017] ◆ Cass. soc., 2 novembre 2005, n°03-45.197, *Semaine Sociale Lamy*, n°1236 du 14 novembre 2005, p.15 : *« C'est à tort qu'une Cour d'appel valide le licenciement pour faute grave d'un salarié qui avait tenu des propos menaçants envers la gérante en présence des autres salariés, sans rechercher si les circonstances n'étaient pas de nature à exercer une influence sur le degré de gravité de la faute »*. En effet, en l'espèce, le salarié avait proféré ces menaces alors qu'il s'était vu refuser l'accès à l'entreprise.

◆ Cass. soc., 21 février 2006, *RJS* 5/06, n°543 : *« Ayant retenu* ***que l'employeur avait manqué à ses obligations*** *en ne rémunérant pas entièrement des heures supplémentaires de travail, la Cour d'appel a pu en déduire que le refus ensuite opposé par le salarié ne constituait pas une faute grave »*.

◆ Cass. soc., 21 février 2006, n°04-47.481, *CSBP* 2006, n°180, A 31, obs. C. CHARBONNEAU : *« La Cour d'appel a fait ressortir que* ***l'employeur n'avait pas agi de bonne foi*** *en laissant se poursuivre l'assoupissement du salarié plutôt que d'y mettre fin »*.

◆ CA Paris, 7 décembre 2006, *RJS* 4/07, n°529 : *« Si l'accord donné en connaissance de cause par un supérieur hiérarchique n'est pas susceptible de retirer tout caractère fautif au comportement d'un salarié qui a minoré le montant d'une facture de marchandises destinées à une pâtisserie pour consommation personnelle, faute dont il avait conscience,* ***cet accord est*** *toutefois* ***de nature à atténuer la gravité de la faute*** *»*.

En sens contraire, voir : Cass. soc., 22 novembre 2006, n°04-41.768, *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 5 décembre 2006, n°985 : *« Le fait pour un salarié d'avoir porté un coup violent à l'employeur,* ***comportement qui ne pouvait être justifié par l'animosité existant entre les deux hommes****, rendait impossible le maintien du salarié dans l'entreprise même pendant la période limitée du préavis et caractérisait une faute grave »*.

[1018] ◆ Cass. soc., 21 mars 2002, n°00-40.776, *CSBP* 2002, n°140, S 223, obs. F.-J. PANSIER : En l'espèce, un employé d'un restaurant Mac Donald's est licencié pour avoir donné deux sandwiches à des clients qu'il connaissait. La Chambre sociale décide que *« l'unique cession gratuite à des clients de l'employeur de* ***produits d'infime valeur marchande*** *n'est pas une cause sérieuse de licenciement »*.

◆ Cass. soc., 4 juin 2002, n°00-43.479 susmentionné, *CSBP* 2002, n°143, A 46, obs. C. CHARBONNEAU à propos du vol d'un pain et de quatre faluches.

◆ Cass. soc., 21 février 2006, *RJS* 5/06, n°542 : *« Une Cour d'appel ayant constaté que les* ***vols*** *imputés à un salarié justifiant d'une grande ancienneté étaient* ***de faible importance*** *a pu en déduire qu'ils ne constituaient pas une faute grave et estimer, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, qu'ils ne caractérisaient pas une cause réelle et sérieuse de licenciement »*.

Enfin, nous constatons que les obligations familiales impérieuses du salarié permettent parfois de disqualifier la faute commise [1019].

389 À l'inverse, certaines circonstances peuvent « aggraver » la faute.

De cette manière, la faute est appréciée avec d'autant plus de sévérité que le salarié est élevé dans la hiérarchie et proche collaborateur de l'employeur [1020]. Les hautes responsabilités exercées par un salarié sont, par exemple, peu compatibles avec un abandon de poste [1021].

◆ Cass. soc., 6 mars 2007, *RJS* 5/07, n°567 : *« La Cour d'appel qui [...] a relevé que s'agissant du* ***vol d'un objet d'une valeur de 39 euros*** *commis par un salarié ayant près de quatorze années d'ancienneté sans avoir attiré l'attention de son employeur défavorablement jusque-là, a pu décider que le comportement du salarié ne constituait pas une faute grave »*..

Voir **cependant** : Cass. soc., 16 janvier 2007, n°04-47.051, *CSBP* mai 2007, n°190, S 201, obs. C. CHARBONNEAU ; *RDT* avril 2007, p.240, note E. DOCKÈS ; *RJS* 4/07, n°418. Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère que *« le vol commis par un salarié au préjudice d'un client de l'employeur [caractérise],* ***alors même que l'objet soustrait serait de faible valeur****, une faute grave de nature à rendre impossible la poursuite du contrat de travail pendant la durée du préavis »*.

[1019] Cass. soc., 14 décembre 2005, n°03-47.721, *CSBP*, mars 2006, n°178, A 13, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2006, n°16 du 20 avril 2006, jurisprudence, p.1087, note C. LEFRANC-HAMONIAUX ; *JCP*, S, n°5 du 31 janvier 2006, jurisprudence, 1101, note P.-Y. VERKINDT ; *RJS* 3/06, n°334 : *« Le refus d'une modification des horaires de travail d'une salariée à son retour de congé maternité qui invoque des obligations familiales impérieuses ne constitue pas une faute grave »*.

[1020] ◆ CA Toulouse, 11 février 2005, *RJS* 11/05, n°1080 : *« La responsable de caisse qui ne procède pas à la destruction du bon de fidélité présenté par une cliente, mais l'enregistre sur la carte de fidélité de ses collègues et crédite ainsi leur compte de points, commet un acte frauduleux constituant une faute d'une gravité suffisante pour entraîner son* ***licenciement immédiat compte tenu de la particulière rigueur et loyauté que ses responsabilités exigent*** *»*.

◆ CA Paris, 24 février 2005, *RJS* 10/05, n°1061 : *«* ***Eu égard aux importantes responsabilités exercées, constitue une violation de ses obligations contractuelles caractérisant une faute grave*** *l'envoi par le directeur d'une SA de courriers critiquant gravement sa hiérarchie avec annonce, en outre, de son projet d'informer de ses décisions, non seulement les dirigeants de sa société, mais aussi celle des entreprises partenaires, en manifestant un choix définitif de départ imminent et une renonciation péremptoire à l'exercice de ses fonctions, alors que les termes employés par l'intéressé, fût-ce dans des courriers internes n'ayant pas reçu de publicité, dépassent manifestement un excès dans le droit d'expression réservé à tout salarié, même de haut niveau de responsabilité, dès lors que la société est mise en difficulté »*.

De même, si elle met en danger sa sécurité, celles d'autres salariés ou du public, la faute est examinée avec une sévérité particulière [1022].

390 Toutefois, l'analyse *in concreto* ne s'applique pas de manière absolue. Ainsi, pour certains griefs, d'un degré de gravité tel, la Cour de cassation retire aux juges du fond tout pouvoir souverain d'appréciation des faits en les qualifiant d'emblée de faute grave. Les différents paramètres habituellement pris en compte dans l'appréciation judiciaire sont délibérément écartés. Il y a, en effet, selon la Cour de cassation un seuil de gravité, de tolérance au-delà duquel aucune circonstance atténuante ne peut plus être admise. C'est une faute grave objective, systématique et sans concession. Cette approche correspond à une conception *in abstracto* de la faute grave [1023].
Une première illustration en a été donnée à propos des faits de harcèlement sexuel. Selon la

---

[1021] Cass. soc., 4 juin 2002, *RJS* 10/02, n°1073 : *« Ayant constaté que le salarié, directeur de développement, n'avait pas pris ses fonctions à l'issue de son congé, malgré la mise en demeure de l'employeur, la Cour d'appel a pu décider que cet abandon de poste justifiait le licenciement pour faute grave »*.

[1022] ◆ Cass. soc., 7 juillet 2004, n°02-43.595, *CSBP* 2004, n°164 , S 381, obs. L. P. : *« Une Cour d'appel qui a constaté qu'une salariée, employée d'une station service, avait fumé une cigarette à son poste de travail en dépit d'une interdiction justifiée par la sécurité des personnes et des biens, peut en déduire que ce comportement constituait une faute grave »*.

◆ Cass. soc., 23 mars 2005, n°03-42.404, *CSBP* 2005, n°171, S 224, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 2005, n°26, jurisprudence, p.1758, note H. KOBINA GABA : *« En cas de manquement à l'obligation qui lui est faite par l'article L. 230-3 du Code du travail de prendre soin de sa sécurité et de sa santé, ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail, un salarié engage sa responsabilité et une faute grave peut être retenue contre lui. En conséquence, une Cour d'appel ayant constaté que le salarié n'avait pas respecté l'obligation de porter un casque de sécurité, a pu décider qu'il avait commis une faute grave »*.

◆ Cass. soc., 30 septembre 2005, n° 04-40.625, *CSBP* janvier 2006, n°176, S 49, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* 2006, p.102, note J. SAVATIER ; *JCP*, G, n°4 du 25 janvier 2006, 10 012, note S. MOLLA ; *JCP*, E, n°16 du 20 avril 2006, 1632, note S. BRISSY : *« L'arrêt a constaté que […] malgré des instructions précises et circonstanciées de son employeur, le salarié avait persisté jusqu'à la veille de l'engagement de la poursuite disciplinaire à ne pas respecter les consignes de sécurité […] La Cour d'appel a pu déduire de ces éléments que le salarié avait commis une faute grave »*.

[1023] F. FAVENNEC-HÉRY, « Vers la relativité de la faute grave ? », *RJS* 9-10/00, p.603.

Chambre sociale, ils constituent *« nécessairement une faute grave »* [1024].
La Cour de cassation a confirmé cette conception de la faute à propos du courriel contenant des menaces et injures antisémites [1025].

391 Mais, même dans le cadre, exceptionnel, d'un examen *in abstracto* de la faute grave, soulignons que la Cour de cassation ne substitue pas son appréciation des faits à celle de l'employeur. L'employeur reste seul maître de la qualification des faits. Les magistrats, pour leur part, vérifient la proportionnalité de la sanction (ici le licenciement) par rapport à la gravité de la faute. En effet, de façon générale, l'autorité de l'employeur n'est légitime qu'à condition d'être exercée dans l'intérêt de l'entreprise et sous réserve d'une certaine proportionnalité par rapport au but recherché. **Le pouvoir disciplinaire se trouve donc encadré par un contrôle des comportements qui se veut objectif**. Et cette approche objective voulue par la jurisprudence passe le plus souvent par une approche subjective des comportements et des circonstances.

Ce contrôle objectif du pouvoir disciplinaire se retrouve de manière identique pour le pouvoir de direction, c'est à dire en présence de licenciements motivés par des faits non fautifs. Le pouvoir patronal, quel qu'il soit, est en effet un pouvoir justifié par une finalité : l'intérêt de l'entreprise. La Chambre sociale contrôle donc la finalité de la mesure prise (c'est à dire le licenciement) et en apprécie soigneusement la proportionnalité au terme d'une évaluation des intérêts en présence.

[1024] Cass. soc., 5 mars 2002, n°00-40.717, *CSBP* 2002, n°140, A 29, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2002, n°26, jurisprudence, sommaires commentés, p.2093, obs. J.-F. PAULIN ; *RJS* 5/02, n°528.

[1025] Cass. soc., 2 juin 2004, n°03-45.269, *Liaisons Sociales* juris. Actualité du 29 juillet 2004, n°877 ; *RJS* 8-9/04, n°882 ; *Semaine Sociale Lamy* du 21 juin 2004, n°1174, p.12.

B - Le licenciement personnel non fautif : un licenciement proportionné au trouble objectif occasionné à l'entreprise

La cause sérieuse est celle qui rend impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation du contrat de travail. Au-delà de la matérialité des faits, c'est sur la nécessité du licenciement qu'il convient de s'interroger. Ainsi, certains faits inhérents à la personne du salarié mais qui ne sont pas fautifs, constituent une cause sérieuse de licenciement. Pour ce faire, l'employeur doit démontrer que ce fait ou ce comportement trouble le bon fonctionnement de l'entreprise et que, objectivement, le licenciement du salarié est en conséquence proportionné.

Cette justification du licenciement par des faits non fautifs mais troublant le bon fonctionnement de l'entreprise s'est tout d'abord rencontré à propos du comportement du salarié dans sa vie personnelle (1°). Puis, la jurisprudence a reconnu la possibilité pour un employeur de licencier un salarié, non directement en raison de son état de santé (ce qui constitue, en vertu de l'article L. 122-45 du Code du travail, un licenciement discriminatoire), mais en raison du trouble objectif apporté au bon fonctionnement de l'entreprise en raison de l'absence prolongée (ou répétée) du salarié malade (2°).

1° - Le licenciement proportionné au trouble objectif subi par l'entreprise en raison des faits commis par le salarié dans sa vie personnelle

392 L'article L. 122-45 du Code du travail prohibe et sanctionne toutes les mesures motivées notamment par les mœurs du salarié [1026] ou sa situation de famille. Pour prendre ses décisions, l'employeur ne doit tenir compte que des faits ou des comportements ayant un rapport avec l'exécution de la prestation de travail.
Cependant, il est difficile d'ériger une frontière rigide entre la vie au sein de l'entreprise et la vie à l'extérieur de l'entreprise. En effet, nombreuses situations se placent à la jonction de la vie personnelle et de la vie professionnelle du salarié : l'utilisation du téléphone portable

[1026] Exemple d'application : Cass. soc., 26 avril 2007, n°05-42.352, *CSBP* n°192, juillet/août 2007, S 291, obs. C. CHARBONNEAU : *« En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le motif de licenciement ainsi exprimé était tiré du comportement de la salariée relatif à des mœurs qui lui étaient prêtées, ce qui entachait la mesure de nullité en application du texte susvisé, la Cour d'appel a violé ledit texte ».*

personnel à des fins professionnelles, les missions qui nécessitent des nuits à l'hôtel, l'usage de l'ordinateur portable fourni par l'entreprise sur lequel le salarié travaille le dimanche, etc. Ce type d'hypothèses, de plus en plus fréquentes en pratique, multiplient les interférences entre vie professionnelle et vie personnelle. Il paraît, dès lors, difficile d'affirmer un principe de stricte séparation entre les deux sphères.

C'est, entre autres, pour cette raison que la jurisprudence admet, par exception, et sous réserve du droit fondamental à la protection de sa vie privée, que l'attitude du salarié hors de l'entreprise peut, par son retentissement objectif sur le bon fonctionnement de l'entreprise, être retenue à son encontre et conduire à une mesure d'éviction.

393 Tel est le principe énoncé pour la première fois dans l'arrêt *Painsecq* rendu par la Chambre sociale le 17 avril 1991 : *« Les articles L. 122-35 et L. 122-45 du Code du travail interdisent à l'employeur de congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs ou de ses convictions religieuses. Il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de* ***la nature de ses fonctions*** *et de* ***la finalité propre de l'entreprise****, a créé* ***un trouble caractérisé*** *au sein de cette dernière »* [1027].

Le licenciement ainsi motivé demeure un « simple » licenciement personnel non fautif, ne privant pas le salarié de ses indemnités de rupture. En effet, le licenciement est une réponse, non au comportement du salarié mais au trouble objectif qui en découle. En conséquence, il ne peut s'agir d'un licenciement disciplinaire [1028]. Le fait, parce qu'il relève

---

[1027] Cass. soc., 17 avril 1991, n°90-42.636, *Bull. civ.*, V, n°201 ; *Dr. soc.* 1991, p.489, note J. SAVATIER ; *RJS* 5/91, n°558.

[1028] ◆ Cass. soc., 16 décembre 1997, n°95-41.326, *Bull. civ.*, V, n°441 ; *JCP*, G, 1997, II, 10 101, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; *RJS* 2/98, n°141. L'affaire mettait en cause un clerc de notaire qui avait été licencié pour faute grave suite à la publication dans la presse de sa condamnation pour aide à séjour irrégulier d'un étranger. La Cour d'appel, qui avait admis le caractère licite du licenciement, est censurée par la Cour de cassation au motif que *« le fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne pouvait constituer une faute »*.

◆ Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n°05-40.803, *JCP*, E, n°26 du 28 juin 2007, 1844, note C. PUIGELIER ; *JCP*, G, n°28 du 11 juillet 2007, 10 129, note G. LOISEAU ; *JCP*, S, n°28 du 10 juillet 2007, 1538, note A. BARÈGE ; *RDT* septembre 2007, p.527, obs. T. AUBERT-MONPEYSSEN ; Avis de C. MATHON, Avocat général à la Cour de cassation, *RJS* 7/07, p.607-614 ; *RJS* 7/07, n°810 ; P. WAQUET, « Trouble objectif : le retour à la case « départ » », *Semaine Sociale Lamy* du 4 juin 2007, n°1310, p.5-9 : *« **Un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu** »*. En l'espèce, l'affaire concernait un chauffeur de direction qui s'était fait adresser sur son lieu de travail une revue pour couples échangistes. Arrivé sous

de la vie personnelle, n'a pas à être pris en considération par l'employeur. Il échappe au champ contractuel et, en conséquence, il ne peut révéler un manquement du salarié à une obligation contractuelle.

L'immunité disciplinaire accordée au salarié par le concept de « vie personnelle » est entièrement liée au champ d'application de celui-ci. Or, la jurisprudence n'a fourni aucune définition précise de cette notion. Elle mérite donc que nous tentions de la cerner plus précisément (a). De la même façon, la Chambre sociale porte une attention toute particulière au trouble que le comportement extraprofessionnel du salarié a provoqué dans l'entreprise. S'il n'y a pas de trouble causé à l'entreprise, le licenciement ne sera pas légitime. Il convient donc d'étudier ce que recouvre cette notion de « trouble » (b).

a - La notion de « vie personnelle »

394 L'article 9 du Code civil énonce que *« chacun a droit au respect de sa vie privée »*. Il vise ainsi, de manière générale toutes les personnes quelles qu'elles soient. Le droit du travail doit donc composer avec la vie privée des salariés qui, derrière ce statut, sont des personnes. Or, en matière de relation de travail, la notion de vie privée est rapidement apparue comme trop étroite. En effet, lorsque la Chambre sociale vise, pour la première fois, l'article 9 du Code civil c'est pour priver de légitimité un licenciement d'une salariée d'une concession Renault prononcé en raison de l'acquisition par celle-ci, pour son usage personnel, d'une voiture Peugeot. Un auteur fait alors remarquer à l'époque que l'*« on peut douter que ce soit bien sur le terrain du respect de la vie privée de la salariée que se posait la question de la légitimité du licenciement dans l'espèce qui était soumise à la Cour de cassation »* [1029]. En effet, la vie privée s'oppose, de manière habituelle, à la vie publique. Or, rien n'est plus public que le fait de circuler dans une automobile d'une marque déterminée. Les faits litigieux ne concernaient donc pas l'intimité de sa vie privée.

---

enveloppe commerciale, le pli avait été ouvert par le service courrier et déposé au standard à son intention. Des collègues s'étant offusqués de la présence d'un tel document dans un endroit de passage, l'employeur avait rétrogradé l'intéressé, réduisant corrélativement sa rémunération.

La solution retenue par le juge administratif est identique lorsque le salarié est protégé : CE, 4 juillet 2005, *RJS* 11/05, n°1121.

[1029] J. SAVATIER, « La protection de la vie privée des salariés », *Dr. soc.* 1992, p.329.

Aussi, à la lumière de cet arrêt, il est proposé non pas d'abandonner la notion de vie privée mais de la dépasser pour prendre en considération d'autres aspects de la vie du salarié [1030].

395 C'est ainsi qu'en 1997, la Chambre sociale de la Cour de cassation [1031] préfère substituer la notion de « vie personnelle », abondamment suggérée et utilisée par les auteurs, à celle de « vie privée ». Depuis lors, l'expression est régulièrement présente dans la jurisprudence. Encore convient-il de la définir précisément puisqu'elle permet au salarié d'échapper au pouvoir disciplinaire de l'employeur [1032].

Le premier élément à relever est que la notion de vie personnelle n'abolit pas celle de vie privée. Comme le souligne P. WAQUET, *« ramenée à ses véritables limites, la vie privée apparaît comme le donjon de la vie professionnelle, comme un sanctuaire particulièrement protégé »* [1033]. La vie privée est ainsi maintenue à titre d'élément constitutif de la vie personnelle.
Ensuite, la vie personnelle vise de manière plus globale aussi bien les relations du salarié avec l'entreprise pendant le temps de travail et dans les locaux professionnels, que les périodes où le salarié se trouve chez lui ou plus largement en dehors de l'exécution de son travail.

Le problème est que, souvent, un fait qui peut s'analyser comme l'exercice d'un droit ou d'une liberté, entretient un lien avec la vie professionnelle. La question qui se pose est alors de savoir s'il faut rattacher ce fait à la vie personnelle ou à la vie professionnelle du salarié. En fonction de la réponse donnée l'employeur pourra, ou non, utiliser son pouvoir disciplinaire.

396 Les magistrats utilisent divers indices pour rattacher un fait à la vie professionnelle. Tout d'abord, les juges peuvent s'appuyer sur le lieu de travail pour opérer un tel

---

[1030] En ce sens : P. WAQUET, « La vie personnelle du salarié » in *Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER*, Dalloz, 2001, p.514.

[1031] Cass. soc., 14 mai 1997, *Bull. civ.*, V, n°175.

[1032] Pour une étude approfondie du contenu de la notion de vie personnelle, voir : C. MATHIEU-GENIAUT, « L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », *Dr. soc.*, septembre octobre 2006, p.848-855.

[1033] P. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », *Dr. soc.* 2004, p.25.

rattachement [1034]. Ce sont ensuite les moyens mis à la disposition par son employeur qui permettent d'expliquer le rattachement d'un fait à la vie professionnelle [1035]. Enfin, le rattachement d'un fait à la vie professionnelle peut trouver son origine dans les fonctions exercées par le salarié [1036].

Le risque qui existe alors est de rattacher de plus en plus de faits tirés de la vie personnelle du salarié à sa vie professionnelle afin de les faire entrer dans la sphère du contrat de travail et, subséquemment, du pouvoir disciplinaire de l'employeur [1037]. En effet, par

---

[1034] Relève de la vie professionnelle le fait pour un salarié de donner un coup au visage d'un collègue au cours d'une réunion festive organisée par le comité d'entreprise, en dehors des heures de travail mais dans les locaux de l'entreprise : Cass. soc., 12 janvier 1999, *RJS* 2/99, n°150.

[1035] Ainsi, des faits de consommation de bouteilles d'alcool et d'apposition de graffitis obscènes commis dans un local mis à la disposition de la collectivité des salariés par l'entreprise concernent la vie professionnelle des salariés : Cass. soc., 27 juin 2001, n°99-45.121.
Dans le même sens : Cass. soc., 6 février 2002, n°99-45.418. En l'espèce, un chef d'équipe avait agressé un des subordonnés chargé de récupérer un véhicule de l'entreprise à son domicile, il en résultait que *« les faits se rattachaient à la vie professionnelle du salarié »*.

[1036] Ainsi, *« le fait pour un salarié affecté en exécution de son contrat de travail à la conduite de véhicules automobiles de se voir retirer son permis de conduire pour des faits de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, même commis en dehors de son temps de travail, se rattache à sa vie professionnelle »* : Cass. soc., 2 décembre 2003, n°01-43.227, *Bull. civ.*, V, n°304 ; *CSBP* 2004, n°158, A 21, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2004, n°34, p.2462, note B. BOUDIAS ; *JCP*, E, n°24 du 10 juin 2004, p.967-971, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *Jur. soc.*, février 2004, p.40 ; *RJS* 2/04, n°181 ; *TPS*, février 2004, n°38.
Dans le même sens : Cass. soc., 23 octobre 2002, n°00-41.671, *CSBP* 2003, n°146, S 20, obs. C. CHARBONNEAU : *« La Cour d'appel ayant constaté, d'une part, que le salarié avait remis en connaissance de cause à son épouse des bulletins de paie que celle-ci avait falsifiés, pour tenter d'obtenir un prêt immobilier, d'autre part, qu'il avait lui même tenté de tromper son employeur en lui remettant des documents bancaires qu'il savait avoir été falsifiés par son épouse, dans le même dessein et pour se soustraire aux poursuites exercées par leurs créanciers sur ses salaires, elle a pu estimer que le comportement de l'intéressé se rattachait à sa vie professionnelle, qu'il était fautif et que cette faute caractérisait une cause réelle et sérieuse de licenciement »*.

[1037] À ce sujet, voir :

- B. BOSSU, note sous Cass. soc., 25 janvier 2006, *JCP*, G, n°13 du 29 mars 2006, 10 049, p.627-630.
- L. FLAMENT, « À propos de la notion de vie personnelle », *Semaine Sociale Lamy* du 25 septembre 2006, n°1275, p.4-7.

principe, rappelons-le une fois encore, un fait relevant de la vie personnelle ne peut caractériser une faute disciplinaire [1038]. Et ce, même si un arrêt isolé rendu le 16 mars 2004 par la Chambre sociale a pu en faire douter [1039].

Il n'en va autrement que, à titre exceptionnel, lorsque le salarié viole l'obligation de loyauté qui pèse sur lui [1040]. Obligation qui, comme le souligne M. FROUIN, est *« une obligation **permanente** née du contrat de travail et dont le non-respect constitue une faute »* [1041]. L'obligation de loyauté s'étend en effet au-delà de la relation de travail *stricto sensu* [1042]. Hormis dans cette hypothèse particulière, un fait de la vie personnelle ne peut être avancé comme motif de licenciement que lorsqu'un trouble objectif est causé au bon fonctionnement de l'entreprise.

[1038] Sur l'ensemble de la question voir :

- P. WAQUET, *L'entreprise et les libertés du salarié*, Editions Liaisons, 2003, p.127 et suivantes.
- C. MATHIEU, *La vie personnelle du salarié*, Thèse, Université de Lyon II, 2004, p.223 et suivantes.

[1039] Cass. soc., 16 mars 2004, n°01-45.062, *CSBP* 2004, n°161, S 239, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, E, n°39 du 23 septembre 2004, jurisprudence, 1394, p.1499, note J. COLONNA ; *RJS* 6/04, n°660 : *« Si un fait tiré de la vie personnelle du salarié ne peut constituer une faute, il en est autrement si le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a causé un trouble objectif caractérisé au sein de cette dernière. La Cour d'appel a fait ressortir que le salarié, utilisant sa qualité d'employé de l'hôtel, pour tenter, y compris par la violence opposée au directeur, d'obtenir dans cet établissement des prestations supérieures à celles convenues, avait causé un tel trouble au sein de l'entreprise à l'occasion d'un fait de sa vie personnelle. Caractérisant ainsi le comportement fautif de l'intéressé, elle a pu en déduire qu'il rendait impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constituait ainsi une faute grave »*.

[1040] Obligation qui inclut depuis un arrêt de 2003 un certain devoir de probité : Cass. soc., 25 février 2003, *Bull. civ.*, V, n°66 ; *RJS* 5/03, n°581.

[1041] J.-Y. FROUIN, note sous Cass. soc., 25 janvier 2006, n°04-44.918, *JCP*, S, n°13 du 28 mars 2006, 1261, p.267.

[1042] Dans ce sens : P. SARGOS, « Interférences des droits, libertés et devoirs des salariés en matière de licenciement disciplinaire, étude faite à l'occasion de la session de formation organisée par la Cour de cassation et l'Ecole nationale de la magistrature du 27 au 29 septembre 2004 », *Bulletin d'Information de la Cour de cassation,* n°606 du 15 octobre 2004, n°31.

Pour une critique du développement des obligations de loyauté et de probité, voir : J. MOULY, « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », *Dr. soc.*, septembre octobre 2006, p.839-847.

Dès lors, il convient désormais de décrire cette notion de «trouble objectif ».

b - La notion de « trouble objectif » causé à l'entreprise

α – Le trouble, une notion distincte du dommage

397 La notion de trouble est un standard original couramment usité dans différentes branches du droit [1043]. Il s'agit d'une réaction vive de tiers (que ce soit la clientèle, le public, le personnel de l'entreprise ou ses dirigeants) susceptible d'engendrer un dommage. Il importe, en effet, de distinguer le « trouble » du « dommage », le premier n'étant que le précurseur du second. Le trouble fait planer un risque, une menace susceptible de provoquer un préjudice comme une perte de clientèle, des démissions massives ou des pertes financières. Le trouble prend les traits d'un discrédit [1044], d'une altération de l'image de marque [1045], d'une indignation ou d'un scandale [1046].

[1043] On retrouve la notion de trouble en droit civil, en droit commercial ou en droit public.
Pour une étude approfondie voir : C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, PUAM, 2000.

[1044] ◆ Cass. soc., 21 mai 2002, *JCP*, G, 2002, II, 10 192, note C. PUIGELIER. En l'espèce, un salarié chargé de diriger un établissement d'accueil et d'hébergement de personnes protégées avait été mis en examen pour des faits d'attentats à la pudeur sur mineure survenus en dehors du lieu de travail. La Cour de cassation relève qu'en l'espèce l'employeur n'avait versé aux débats aucun élément permettant de caractériser le discrédit que ce comportement aurait causé à l'entreprise.

◆ CA Rennes, 5 décembre 2002, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* du 15 novembre 2003, n°1416 : *« Est fondé sur une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un employé de gardiennage auquel il est reproché d'avoir tiré un coup de fusil sur une personne dans le cadre de sa vie privée, dès lors qu'un tel comportement est susceptible de porter atteinte à la crédibilité des fonctions d'accueil et de surveillance du gardien et a causé par son retentissement dans la presse locale un trouble caractérisé au sein de l'entreprise ».*

[1045] Cass. soc., 3 décembre 2002, n° 00-44.312, *Bull. civ.*, V, n°361 ; *CSBP* 2003, n°147, S 78, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, E, 10 juillet 2003, jurisprudence, 1076, p.1202, note C. PUIGELIER. En l'espèce, les agissements d'un salarié, agent de vente dans une entreprise, qui avait, dans le magasin d'un groupe relevant de son secteur de prospection, franchi la ligne de caisses sans régler le prix d'un article qu'il avait dissimulé après en avoir neutralisé l'alarme, avaient gravement nui à la réputation de son employeur.

[1046] Cass. soc., 16 mars 2004, n°01-45.062, *CSBP* 2004, n°161, S 239, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 6/04, n°660.

L'employeur n'a donc pas à établir un préjudice réellement subi. Le trouble n'est pas le dommage. Le licenciement en raison du trouble est par essence préventif puisqu'il tend à éviter que la situation ne se dégrade jusqu'à entraîner un dommage.
Ainsi, la Chambre sociale n'a jamais exigé que l'employeur justifie de pertes financières ou d'une perte de clientèle pour procéder au licenciement. Dès lors que le retentissement objectif d'un phénomène subjectif constitue un risque pour l'entreprise, le trouble est constitué.
Comme le souligne M. GAUDU, *« cette formule est un peu choquante, parce qu'un risque, par définition, ne garantit pas la réalisation ultérieure d'un dommage. Mais, en réalité, d'autres causes de licenciement, à commencer par la faute sérieuse, ne portent nullement en elles-mêmes la certitude de la réalisation d'un dommage en cas de poursuite de l'exécution du contrat ; il n'y a guère que l'inaptitude professionnelle dont la nocivité « in futurum » soit à peu près certaine »*. Le trouble causé à l'entreprise est donc entendu largement.

398 Encore faut-il, cependant, pour que le trouble constitue une cause sérieuse de licenciement qu'il présente une certaine intensité [1047]. Les juges doivent contrôler l'importance du trouble. Et, précisément, le trouble invoqué à l'appui du congédiement doit être tel qu'il ne permet pas, sans dommage pour l'entreprise, la poursuite de l'exécution du contrat de travail. Le simple désagrément, la désapprobation modérée sont insuffisants pour justifier la rupture. À défaut, cela signifierait que l'employeur pourrait alléguer n'importe quelle réaction, même la plus anodine, pour censurer les choix de vie de son salarié.

Cette notion de trouble objectif causé à l'entreprise reste néanmoins difficile à appréhender. Les juges du fond l'apprécient *in concreto* en utilisant la technique du faisceau d'indices.

[1047] Le parallèle est possible avec, en droit civil, les troubles de voisinage : ils ne donnent lieu à réparation que dans la mesure où ils sont excessifs : Voir MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2003, n°123.

β – Les éléments constitutifs du trouble objectif

399 Pour caractériser le trouble, les juges du fond tiennent compte de la taille de l'entreprise [1048], de son secteur d'activité, de sa notoriété ou encore de la publicité donnée aux événements dans les médias [1049].

400 La Chambre sociale invite surtout les juges du fond à prendre en considération la nature des fonctions du salarié. Comme l'explique Mme ESCANDE-VARNIOL, *« par un jeu de miroir, c'est en se réfléchissant dans l'entreprise que le comportement extraprofessionnel du salarié sera jugé, la nature des fonctions exercées pouvant être un facteur grossissant ou réducteur des faits visés »* [1050]. De cette manière, un salarié ayant des fonctions impliquant certaines responsabilités [1051], un contact direct avec les autres membres du personnel ou de la clientèle pèseront indéniablement dans le contrôle du juge. Il reste, toutefois, impossible de définir *a priori* les catégories de salariés dont le comportement, dans leur vie personnelle, peut générer un trouble.

[1048] CA Nîmes, 17 décembre 1997 et CA Rennes, 5 octobre 1995. Ces arrêts font référence à la taille restreinte de l'entreprise et sont cités par A. GARDIN dans *La vie familiale du salarié en droit du travail*, Thèse, Université de Nancy II, 2000, p.170.

[1049] ◆ Cass. soc., 12 mars 1991, *Bull. civ.*, V, n°120. En l'espèce, une large publicité avait été donnée à une condamnation pénale dont avait fait l'objet un salarié.

◆ CA Dijon, 9 septembre 2004, *RJS* 4/05, n°355. En l'espèce, le salarié avait été mis en examen du chef de violences habituelles sur un mineur de moins de quinze ans ayant entraîné la mort de la victime, ce qui avait été abondamment commenté dans la presse.

[1050] M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Les éléments constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif extraprofessionnel », *RJS* 7/93, p.403.

[1051] Cass. soc., 20 novembre 1991, *Dr. soc.* 1992, p.79 ; *RJS* 1/92, n°3. En l'espèce, un cadre avait volontairement frappé sa compagne, elle-même salariée de l'entreprise, à proximité immédiate de l'usine où il travaillait et était connu des salariés, à l'heure où l'équipe de l'après-midi quittait son poste. Le salarié fut licencié, pour une cause jugée par la Cour de cassation réelle et sérieuse, au motif que son comportement avait provoqué un trouble dans l'entreprise. En effet, le lendemain, il avait fait l'objet d'un grand nombre de commentaires de la part des salariés. La fonction de cadre a, ici, été prise en compte par les magistrats dans la mesure où cette qualité entraîne des fonctions de représentation vis-à-vis des autres salariés de l'entreprise hiérarchiquement moins élevés.

401 Enfin, selon les termes utilisés depuis 1991 par la Cour de cassation, la « finalité propre » de l'entreprise entre en ligne de compte. La formule ne doit pas être comprise comme visant uniquement les entreprises dites « de tendance ». Le fait d'être salarié d'un groupement qui se donne pour objectif la promotion d'une idéologie ou la défense de certains idéaux n'est certes pas anodin dans l'appréciation du trouble. Mais le trouble peut être caractérisé au sein d'entreprises tout à fait ordinaires comme une agence de gardiennage [1052], une banque [1053], un hôtel restaurant [1054] ou un concessionnaire automobile. Le critère de la « finalité propre » de l'entreprise est applicable à toutes les entreprises.
L'objet de l'entreprise va donc avoir une incidence indéniable. En effet, une mise en examen pour attentat à la pudeur sur mineur n'a pas le même retentissement selon que le salarié en cause travaille pour une société commerciale ou pour une association accueillant de jeunes enfants [1055].

402 C'est donc au terme d'une analyse *in concreto* que les juges du fond apprécient s'il existe ou non un trouble causé à l'entreprise. Ce trouble doit être objectif, c'est à dire prendre appui sur des éléments précis et vérifiables. Il doit, en sus, être suffisamment sérieux pour

---

[1052] Cass. soc., 20 novembre 1991, *RJS* 1/92, n°3.

[1053] ◆ Cass. soc., 30 juin 1992, *Bull. civ.*, V, n°429 ; *RJS* 8-9/92, n°959.

◆ Cass. soc., 25 janvier 2006, n°04-44.918, *JCP*, E, n°12 du 23 mars 2006, 1507, note C. PUIGELIER ; *JCP*, G, n°13 du 29 mars 2006, 10 049, note B. BOSSU ; *RJS* 4/06, n°404.

[1054] Cass. soc., 16 mars 2004, n°01-45.062, *CSBP* 2004, n°161, S 239, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, E, n°39 du 23 septembre 2004, jurisprudence, 1394, p.1499, note J. COLONNA ; *RJS* 6/04, n°660.

[1055] Cass. soc., 21 mai 2002, *JCP*, G, 2002, II, 10 192, note C. PUIGELIER.
Dans le même sens, antérieurement : CA Rouen, 9 mai 2000, *RJS* 11/00, n°1197 : En l'espèce, les juges disent le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse dans la mesure où *« il repose non pas sur le viol, dont il est apparu qu'il n'était pas coupable, mais sur le trouble causé par cette affaire dont il est à l'origine. Ce comportement, survenu en dehors du temps de travail et sans relation avec celui-ci, a cependant créé, compte tenu de la nature et de la finalité de l'association d'aide aux jeunes handicapés adultes, une perturbation caractérisée au sein de celle-ci en raison de la légitime inquiétude suscitée par les graves accusations de la « victime » pensionnaire de l'établissement contre l'intéressé, salarié du foyer dans lequel elle se trouvait en qualité d'adulte handicapée et des révélations de la mère et de la sœur de celui-ci quant à ses antécédents en matière sexuelle »*.

justifier un licenciement [1056]. Insistons une dernière fois sur le fait que **ce n'est pas le comportement du salarié dans sa vie personnelle qui justifie le licenciement mais bien le trouble objectif** (au sens de conséquences objectives probables) qui naît de ce comportement.

403 Une fois encore **c'est donc l'intérêt de l'entreprise qui permet d'encadrer le risque d'arbitraire du pouvoir de licencier**. En effet, ce pouvoir patronal trouve sa légitimité mais également ses limites dans la nécessité d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise. Dès lors que l'employeur a agi dans l'intérêt de l'entreprise, en démontrant que celle ci subit un trouble objectif sérieux, la mesure peut être légitimée. En revanche, la décision prise dans un intérêt autre que celui de l'entreprise traduit une immixtion intolérable dans la sphère personnelle.

La même logique se retrouve en matière de licenciement prononcé en raison du trouble objectif subi par l'entreprise lorsqu'un salarié est malade de façon prolongée ou répétée.

2 °- Le licenciement proportionné au trouble objectif subi par l'entreprise en raison de l'absence prolongée ou répétée du salarié atteint d'une maladie non professionnelle

404 À la différence de la situation relevée en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, aucune disposition légale spécifique n'encadre le licenciement d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'une maladie ou d'un accident dont l'origine n'est pas professionnelle.
Dans la première situation, le licenciement n'est ouvert qu'aux seuls cas de faute grave du

---

[1056] La jurisprudence administrative applique la même solution à l'égard des salariés investis de fonctions représentatives. Le Conseil d'Etat est, en effet, venu réaffirmer dans un arrêt de principe que dans le cas où la demande de licenciement est motivé par un acte ou un comportement du salarié survenu en dehors de l'exécution de son contrat de travail, notamment dans le cadre de l'exercice de ses fonctions représentatives, il appartient à l'inspecteur du travail, et le cas échéant au ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits en cause sont établis et de nature, compte tenu de leurs répercussions sur le fonctionnement de l'entreprise, à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, eu égard à la nature de ses fonctions et à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé : CE, 4 juillet 2005, *Liaisons Sociales* juris. Hebdo du 24 janvier 2006, n°940 ; *RJS* 11/05, n°1121

salarié et de l'impossibilité pour l'employeur de maintenir ledit contrat [1057].
Dans la seconde, le salarié peut être licencié pendant la période de suspension de son contrat de travail pour toute cause réelle et sérieuse. La motivation du licenciement peut être d'ordre économique ou d'ordre personnel, qu'elle ait ou non un caractère disciplinaire.

Les possibilités de licenciement du salarié atteint d'une maladie non professionnelle peuvent donc paraître largement ouvertes. Or, tel n'est pas le cas puisque l'article L. 122-45 du Code du travail fait interdiction à l'employeur de fonder la rupture du contrat de travail sur l'état de santé du salarié, sous peine de nullité du licenciement ouvrant droit pour l'intéressé à sa réintégration dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent [1058].

Il n'en demeure pas moins que la prolongation de la maladie ou la répétition des arrêts de travail peuvent être à l'origine d'importantes perturbations pour l'entreprise. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a dégagé un compromis entre la nécessaire protection de l'emploi du salarié durant la période de suspension du contrat de travail et la défense légitime de l'intérêt de l'entreprise.

405 Cet équilibre date d'un arrêt du 16 juillet 1998 et tient dans la formule suivante : *« Attendu que si* ***l'article L. 122-45 du Code du travail*** *fait interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du Livre II de ce même Code, ce texte* ***ne s'oppose pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement*** *»* [1059].
Le licenciement est donc envisageable lorsque sa cause directe ne réside pas dans la maladie,

---

[1057] Article L. 122-32-2 alinéa 1er du Code du travail.

[1058] Cass. soc., 5 juin 2001, n°99-41.186, *Bull. civ*., V, n°928 ; J. SAVATIER, « Conditions et effets de la nullité d'un licenciement en raison de l'état de santé du salarié », *Dr. soc.* décembre 2001, p.1045-1051 ; *RJS* 8-9/01, n°1010, p.697 : La Cour de cassation énonce que la décision attaquée *« a exactement décidé que le licenciement du salarié, motivé par sa longue maladie, alors que son inaptitude n'avait pas été constatée par le médecin du travail est nul en application de l'article L. 122-45 du Code du travail »*.

[1059] Cass. soc., 16 juillet 1998, *CSBP* 1998, n°104, S 364 et S 370 ; *Dr. soc.* 1998, p.950, note A. MAZEAUD ; *RJS* 10/98, n°1200.

mais dans la perturbation de l'entreprise en raison de la prolongation ou de la répétition d'une absence.

Les conséquences de l'absence pour maladie ou accident non professionnel peuvent donc constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Mais, pour ce faire, l'employeur doit établir que, objectivement, le fonctionnement de l'entreprise est perturbé par l'absence du salarié malade (a). Ce trouble causé à l'entreprise doit, en outre, être suffisamment sérieux pour justifier un licenciement. Afin de prouver ce caractère sérieux, l'employeur doit alors démontrer que le remplacement définitif du salarié malade est nécessaire (b).

a - La situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé

406 L'employeur souhaitant rompre le contrat de travail d'un salarié absent pour cause de maladie doit rapporter la preuve d'une perturbation objective constatée dans le fonctionnement de l'entreprise. Or, toute absence est source de perturbation. Admettre le contraire reviendrait à affirmer que l'intéressé n'a aucune utilité dans l'entreprise.

Aussi, les juges du fond, dans le cadre de leur pouvoir souverain d'appréciation, vont au cas par cas et à partir d'un faisceau d'indices, vérifier dans le cadre d'une analyse *in concreto*, que la perturbation est avérée et qu'elle est d'un degré suffisant pour justifier le congédiement du salarié malade.
Au-delà des cas tranchés et des spécificités de chaque espèce, il semble possible d'identifier et de catégoriser certains éléments factuels qui, lorsqu'ils sont relevés, orientent indiscutablement la décision des magistrats.

L'analyse du contentieux révèle ainsi que la durée, le nombre et la prévisibilité des absences entre dans l'appréciation judiciaire des perturbations du fonctionnement de l'entreprise (α). Il en va de même de la taille de l'entreprise (β), de la nature des fonctions du salarié (γ) et de la situation du marché de l'emploi (δ). Ces éléments factuels étant à la fois cumulatifs et interdépendants.

α – Le critère du nombre, de la durée et de la prévisibilité des absences du salarié malade

407 Afin de renforcer la protection du salarié malade dont le contrat de travail est suspendu, la Cour de cassation exige que l'absence soit prolongée dans le temps ou qu'elle se répète fréquemment.

Ainsi, la Cour d'appel de Besançon note que *« si le taux d'absentéisme de la salariée a varié autour de 10% de 1991 à 1994, celui-ci a atteint 90% pour les dix premiers mois de l'année 1995 »*. Elle en conclut que *« un tel taux d'absentéisme est de nature à perturber le bon fonctionnement de l'entreprise »* [1060].

408 L'absence de prévisibilité des absences joue également un rôle important en la matière en ce qu'elle rend très difficile des mesures de réorganisation temporaire.
Ainsi, la Cour d'appel de Douai relève que le salarié *« était au jour du licenciement absent depuis 7 mois et demi et* [qu'] *aucune date ou période de retour n'était prévisible »* ce qui créait de graves difficultés pour pourvoir temporairement à son remplacement. En l'espèce, *« l'absence a obligé l'employeur à embaucher successivement deux salariés par contrat à durée déterminée ; chaque fois le salarié temporaire a dû être mis au courant du travail, voire formé ; cette situation a créé une incertitude pour* [cette entreprise de petite taille] *qui ne pouvait compter durablement sur la présence d'un employé compétent »* [1061]. L'absence de prévisibilité engendre donc des perturbations d'un degré tel qu'il est impossible d'y remédier par des solutions provisoires.

[1060] CA Besançon, 27 mars 1998, Belhadj c/ SA Mayet Sofairel.

En sens contraire : Cass. soc., 16 mai 2001, *Jur. soc. UIMM*, juin 2002, p.193 : *« Est légalement justifié l'arrêt qui, pour décider qu'était sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié en raison de ses absences fréquentes et répétées, a relevé que, si les absences de l'intéressé avaient pu apporter une gêne modérée au fonctionnement de l'entreprise en 1992 et en 1993, il n'en avait pas été de même en 1994, le nombre et la durée des absences ayant été très faibles, et qu'au moment du licenciement l'employeur ne pouvait affirmer que les absences répétées constituaient une gêne pour l'entreprise, ce dont il résultait qu'il n'était pas nécessaire de pourvoir au remplacement du salarié »*.

[1061] CA Douai, 30 juin 2000, Bigo c/ Dejardin.

La durée, la fréquence et l'absence de prévisibilité constituent donc des éléments factuels permettant de démontrer la perturbation apportée au fonctionnement de l'entreprise. Aussi, une telle démonstration est vouée à l'échec quand les absences n'existent plus au jour du licenciement [1062] ou lorsque l'employeur connaît la date de reprise de son salarié [1063].

409 Enfin, les absences ne doivent pas être la conséquence des conditions de travail auxquelles l'employeur n'a pas remédié [1064] ou d'un harcèlement moral [1065]. L'employeur ne peut, effectivement, se prévaloir de sa propre turpitude [1066].

Outre la réalité et le sérieux des absences pour maladie, le juge se réfère à la taille de l'entreprise pour déterminer s'il existe un trouble dans le bon fonctionnement de l'entreprise.

β – Le critère de la taille de l'entreprise

410 La situation objective de l'entreprise est appréciée en fonction de sa taille, de ses effectifs. Plus l'entreprise est de taille modeste et plus la désorganisation a des chances d'être reconnue comme sérieuse. En effet, si l'importance des moyens humains dont dispose l'entreprise facilite la mise en place de solutions de remplacement provisoires (mobilité interne, redistribution des tâches entre membres du personnel, etc.), ces solutions sont généralement fermées aux entreprises de petite taille.
C'est ainsi qu'a été considéré comme pourvu d'une cause réelle et sérieuse, le licenciement

---

[1062] Cass. soc., 5 janvier 1999, *RJS* 2/99, n°166.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 23 septembre 2003, n°01-43.583, *CSBP* 2003, n°155, S 439, obs. C. CHARBONNEAU : *« L'employeur avait prononcé le licenciement au moment où la salariée avait repris son travail ; la réalité et le sérieux du motif de licenciement s'apprécie au jour où la décision de rompre le contrat de travail est prise par l'employeur »*.

[1063] Cass. soc., 5 janvier 1999, *CSBP* 1999, n°109, S 196, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 2/99, n°191.

[1064] Cass. soc., 16 octobre 1991, *Jur. soc. UIMM* 1991, p.435.

[1065] Cass. soc., 11 octobre 2006, n°04-48.314, *RJS* 12/06, n°1272 : « *L'absence prolongée du salarié était la conséquence du harcèlement moral dont il avait été l'objet, ce qui excluait la possibilité pour l'employeur de se prévaloir de la perturbation que son absence prolongée avait causé au fonctionnement de l'entreprise »*.

[1066] *« Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*.

d'une secrétaire pour une absence de deux mois dans la mesure où l'entreprise ne comportait que dix salariés et employait une seule secrétaire [1067]. De la même façon, le licenciement d'une salariée chargée de la garde des enfants est doté d'une cause réelle et sérieuse dès lors que les conjoints qui l'ont employé exerçaient tous deux une activité professionnelle. La présence de l'employée au côté des enfants pendant les heures de travail des parents revêtait un caractère essentiel et la situation d'employeur particulier rendait délicat son remplacement. Dès lors, son absence prolongée, pour une durée indéterminée, créait une perturbation grave, qui ne pouvait se pérenniser [1068].

Le principal problème est donc de déterminer ce qu'est une petite ou une grande entreprise. Quel critère les différencie de façon objective ? La Cour de cassation n'a pas précisé de chiffre permettant de distinguer mathématiquement que telle entreprise est petite et telle autre est grande. L'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond qui se prononcent en fonction des circonstances de l'espèce. Les employeurs se trouvent donc parfois devant une incertitude. À cet égard, A. ETIENNOT [1069] cite deux exemples significatifs. Dans un premier arrêt, la Cour d'appel de Nancy a décidé qu'une entreprise de quinze salariés avait un effectif limité, ce qui autorisait le licenciement [1070]. En revanche, la même Cour n'a pas reconnu le bien-fondé d'un licenciement en raison de l'importance de l'effectif qui était de onze salariés [1071].

Nous comprenons donc que la référence à la taille de l'entreprise ne suffit pas à caractériser le trouble au bon fonctionnement de l'entreprise. C'est pour cette raison que les

---

[1067] Cass. soc., 24 avril 1990, *RJS* 1990, n°467.

Dans le même sens : Cass. soc., 23 septembre 2003, n°01-44.159, *Semaine Sociale Lamy* du 20 octobre 2003, n°1140, p.15. En l'espèce, le licenciement d'une salariée en arrêt de maladie est justifié dans la mesure où l'intéressée fait partie d'une unité de travail de six salariés, de sorte que son absence prolongée est effectivement de nature à perturber le fonctionnement de l'entreprise et nécessite son remplacement.

[1068] CA Douai, 29 octobre 2004, *RJS* 10/05, n°1064.

[1069] A. ETIENNOT, « La rupture du contrat de travail pour raison de santé » in *La rupture du contrat de travail en droit français et allemand*, CERIT, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, p.208.

[1070] CA Nancy, 23 mars 1988, Vatin c/ Sté Solorem.

[1071] CA Nancy, 13 janvier 1988, Association Vacances Loisirs Culture c/ Mme Vincent.

juges s'en remettent à un autre élément factuel, celui de la qualification et des fonctions du salarié malade et absent.

χ – *Le critère de la qualification et des fonctions exercées par le salarié malade*

411 Dès lors que le salarié malade occupe des fonctions nécessitant une compétence technique particulière [1072] ou un réel savoir-faire [1073], l'employeur aura des difficultés à le remplacer par voie d'embauche temporaire. Tel est le cas lorsque la fonction nécessite une importante période de formation [1074] ou doit s'inscrire sur le long terme (par exemple, élaboration et suivi d'une politique commerciale). Le particularisme de certaines fonctions peut, en outre, empêcher toute redistribution des tâches au sein de l'entreprise.
Ainsi, un magasin de confection a pu légitimement licencier une vendeuse retoucheuse ayant eu des absences répétées pour raison de santé au cours des cinq dernières années dans la mesure où, *« en raison de la petite dimension de l'entreprise et la faiblesse de son effectif, il était difficile de remplacer cette salariée et que sa présence régulière était indispensable pour assurer aux dates prévues la livraison des vêtements acquis par la clientèle »* [1075].

412 En revanche, dès lors que l'emploi occupé par le salarié absent exige peu de qualifications ou de compétences spécifiques, une solution de remplacement temporaire ou de redistribution des tâches est envisageable.
Ainsi, a été déclaré injustifié le licenciement d'une secrétaire dont l'absence ne paraissait pas

---

[1072] CA Montpellier, 6 janvier 1999, Camboulives-Roques c/ SA Organon. En l'espèce, le salarié était cadre.

[1073] CA Chambéry, 10 septembre 2002 : *« La formation d'un salarié aux lieu et place du salarié absent pour maladie est difficilement compatible avec l'embauche de salariés temporaires car il s'agit d'un poste technique qui suppose un réel savoir-faire »*. En l'espèce, le salarié était opérateur sur machine.

[1074] CA Besançon, 14 janvier 2000, SA Lux de Morez c/ Davras et autre. En l'espèce, une ouvrière lunetière avait reçue une formation spécifique avec une longue expérience.

[1075] Cass. soc., 3 octobre 1990, Petit c/ Peloffy.

excessive, au regard de l'importance de l'effectif de l'entreprise et de l'absence de spécificité des fonctions de l'intéressé [1076].

Enfin, les juges tiennent compte, dans l'examen de la légitimité du licenciement, de l'éventuelle spécificité du secteur d'activité dans lequel procède l'entreprise.

δ – Le critère du secteur d'activité

413 Si l'entreprise appartient à un secteur d'activité confronté à une pénurie de main d'œuvre, sa capacité à trouver une solution de remplacement temporaire dans l'attente du rétablissement du salarié absent peut se révéler impossible. En effet, la proposition patronale portant sur un emploi à durée déterminée sera très certainement déclinée par les demandeurs d'emploi en regard de la pléthore d'offres pérennes sur le marché.

Un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse [1077] illustre parfaitement ce constat : un licenciement prononcé suite à une longue absence pour maladie est jugé fondé sur une cause réelle et sérieuse dans la mesure où l'employeur justifie avoir vainement cherché un remplaçant pendant plusieurs mois auprès des agences d'intérim, de l'ANPE et par voie d'annonces dans un journal local. La Cour d'appel constate que la pénurie de main d'œuvre existant dans le secteur de la carrosserie automobile avait contraint l'employeur à recruter définitivement un employé dans un établissement concurrent, lequel n'avait accepté de changer d'emploi qu'à la condition de bénéficier d'un contrat de travail à durée indéterminée. Une logique identique anime un arrêt de la Cour d'appel de Metz constatant qu'un restaurateur avait dû se résoudre à une embauche sous CDI pour obtenir la venue du seul cuisinier expérimenté ayant postulé pour occuper l'emploi offert [1078].

[1076] Cass. soc., 7 février 1991, n°89-40.289, Sté Boisset c/ Vergnes.
Dans le même sens : CA Nancy, 19 octobre 1988, Deliberali c/ SA Cora à propos d'une caissière gondolière *« dont le niveau de qualification, coefficient 150, n'empêche pas un remplacement temporaire »*.

[1077] CA Toulouse, 25 janvier 2002, *RJS* 8-9/02, n°1057.

[1078] CA Metz, 8 août 2000, SARL Le Citadin c/ Bats.

Ce sont tous ces facteurs de désorganisation (durée et prévisibilité des absences, situation du marché de l'emploi, nature des fonctions du salarié et taille de l'entreprise [1079]) qui, se combinant entre eux, permettent de caractériser l'existence d'un trouble objectif dans le bon fonctionnement de l'entreprise suffisamment grave pour que le licenciement du salarié malade soit nécessaire.

Mais si dans un premier temps, la Cour de cassation s'est contentée de la démonstration de ce trouble pour admettre que le licenciement était pourvu d'une cause sérieuse, tel n'est plus le cas depuis 2001. Rejoignant certaines garanties conventionnelles, la Chambre sociale exige désormais, en sus, que la preuve soit faite que la perturbation est d'une intensité telle qu'elle nécessite, pour l'employeur, de procéder au remplacement définitif du salarié malade.

b - Le remplacement effectif et définitif du salarié malade

414 Pour la Cour de cassation, la perturbation découlant de l'absence du salarié malade doit atteindre un degré si important qu'une solution de remplacement provisoire serait inappropriée. En conséquence, il est exigé de l'employeur que la décision de rompre le contrat de travail du salarié malade s'accompagne de son remplacement effectif et définitif. Admettre le contraire reviendrait, en effet, à autoriser que le licenciement du salarié malade couvre une suppression d'emploi hors des règles du licenciement économique. Un licenciement pour motif personnel permettrait donc de dissimuler un licenciement économique.

Telle est la solution dégagée depuis un arrêt de principe rendu le 13 mars 2001 [1080]. Le remplacement définitif du salarié malade est un critère impérieux pour que le licenciement soit considéré par les juges comme sérieux.
Auparavant, une telle exigence quant au remplacement définitif n'était examinée par les juges

---

[1079] La Cour de cassation a admis un autre facteur de désorganisation , celui de la situation géographique du lieu de travail : Cass. soc., 15 février 2006, n°05-43.047, *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* du 27 février 2006, n°945.

[1080] Cass. soc., 13 mars 2001, n°99-40.110, *Bull. civ.*, V, n°628 ; *CSBP* 2001, n°130, S 271 ; *D.* 2001, jurisprudence, obs. H. KOBINA GABA, p.2339-2342 ; *Dr. soc.* 2001, p.558, obs. J.-Y. FROUIN ; *RJS* 5/01, n°592 ; *TPS*, mai 2001, n°172, p.19.

qu'en présence de dispositions collectives en ce sens [1081]. À défaut de garanties conventionnelles, la Chambre sociale considérait simplement que le critère du remplacement définitif constituait un élément probatoire participant à démontrer la situation objective dans laquelle se trouve l'entreprise [1082].

Depuis 2001, la Cour de cassation considère, au contraire, que la preuve de la perturbation du bon fonctionnement de l'entreprise ne peut être rapportée si le remplacement du salarié absent ne s'impose pas. La nécessité du remplacement définitif entre donc à part entière dans l'examen de la cause sérieuse de licenciement, et ce qu'il existe ou non de disposition conventionnelle en ce sens. Le licenciement n'est justifié que s'il est nécessaire eu égard à la situation objective de l'entreprise. Situation objective qui ne peut être avérée que si le salarié malade est remplacé définitivement (α). Et ce, dans un délai raisonnable (β).

α – La forme du remplacement

415 Ne peuvent légitimer le licenciement du salarié absent les remplacements qui présentent un caractère temporaire, tel le recours au contrat à durée déterminée [1083], au contrat de travail intérimaire [1084], au contrat de qualification [1085] ou, *a fortiori*, à un stagiaire [1086].

[1081] Cass. soc., 13 mars 1991, *RJS* 5/91, n°563. En l'espèce, la convention collective des industries métallurgiques des Bouches du Rhône imposait à l'employeur de pourvoir au remplacement effectif du salarié absent. La Cour de cassation en déduit que *« l'employeur ne peut licencier que s'il se trouve dans l'obligation de remplacer* [le salarié] *à titre définitif dans son emploi »*.

[1082] Cass. soc., 10 novembre 1998, *Bull. civ.*, V, n°485 ; *RJS* 12/98, n°1468 et chronique de S. BOURGEOT, p.869.

[1083] Cass. soc., 2 mars 2005, n°03-42.800, *CSBP* 2005, n°171, S 230, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 5/05, n°503 : *« L'emploi de responsable de poissonnerie était occupé par une salariée engagée sous contrat à durée déterminée précisément pour assurer le remplacement de la salariée pendant sa maladie, de sorte que la nécessité du remplacement définitif n'était pas établie »*.

[1084] Cass. soc., 4 février 2004, n°01-46.921, *Semaine Sociale Lamy* du 16 février 2004, n°1156, p.15. En l'espèce, l'employeur d'un salarié plongeur dans un restaurant faisait appel à des intérimaires pour pallier les absences de l'intéressé.

Toutefois, la Cour de cassation n'employant pas le terme « embauche » mais celui de « remplacement », rien ne semble s'opposer à ce qu'il prenne la forme de la mutation d'un salarié de l'entreprise [1087] ou d'une mobilité au sein du groupe [1088] dès lors que ces opérations revêtent un caractère pérenne. Un remplacement en cascade doit donc s'accompagner d'une embauche à durée indéterminée [1089].

416 Par ailleurs, rien n'interdit de procéder au licenciement du salarié absent alors même qu'à la date du licenciement son remplacement est assuré par contrat à durée déterminée ou recours à l'intérim. En effet, il est courant que, confronté à une absence, l'employeur recrute, dans un premier temps, par contrat à durée déterminée (ou recoure à un intérimaire) pour assurer le suivi des affaires courantes. Ce n'est que face à la prolongation de l'absence, et après avoir constaté que cette solution provisoire ne peut plus durer qu'il est décidé de procéder au remplacement définitif du salarié.
Dans ce cas, il appartient aux juges saisis de l'affaire de s'assurer que la situation ne pouvait perdurer compte tenu des perturbations qu'elle entraînait dans l'entreprise et qu'un recrutement pérenne est intervenu dans un délai raisonnable après le licenciement et l'expiration du contrat à durée déterminée de remplacement ou de la mission d'intérim.

[1085] CA Poitiers, 10 septembre 2002, Gervais c/ Association Mission Locale du Pays Royannais : Le contrat de qualification est *« nécessairement à temps partiel puisque la durée hebdomadaire de travail comprend le temps de formation, ce qui doit être assimilé à un remplacement provisoire »*.

[1086] CA Nancy, 24 septembre 2001, SA Jarny Glaces c/ Desroches.

[1087] CA Besançon, 29 février 2000, SA Peugeot Citroën Automobiles c/ Ramis et autre.

[1088] Cass. soc., 28 février 2001.

[1089] Cass. soc., 9 juillet 2003, *RJS* 10/03, n°1148. En l'espèce, le salarié malade avait été remplacé dans son poste par son adjoint bénéficiant d'une promotion interne et ce dernier avait lui-même été remplacé par un autre salarié embauché un mois plus tard pour une durée déterminée. Le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse dans la mesure où l'embauche n'avait pas eu lieu pour une durée indéterminée.
Dans le même sens : Cass. soc., 10 mai 2006, n°04-45.500, *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 11 août 2006, n°972.

β – Le délai de remplacement

417 La Cour de cassation a posé le principe selon lequel le remplacement définitif du salarié absent en raison d'une maladie ou d'un accident non professionnel doit intervenir dans un « délai raisonnable » après son licenciement [1090].

Ce délai doit être apprécié *in concreto* compte tenu des spécificités de l'entreprise et de l'emploi ainsi que des démarches faites par l'employeur en vue d'un recrutement [1091]. De la sorte, l'employeur pourra justifier d'un délai relativement important entre le licenciement du salarié absent et son remplacement définitif s'il est en mesure de justifier que ses recherches ont été conduites dans un secteur d'activité ou un bassin d'emploi caractérisé par une forte pénurie de main d'œuvre ou sur un type d'emploi peu répandu. De même, l'importance du délai pourra être justifiée par l'échec de démarches effectuées auprès de l'ANPE nécessitant d'élargir les recherches au moyen d'annonces publiées dans la presse ou avec l'aide de cabinets de recrutement.

Dans tous les cas, la preuve de ce remplacement définitif dans un délai raisonnable appartient à l'employeur et non au salarié [1092].

En quelque sorte, la rupture du contrat de travail du salarié malade est le contrepoint du licenciement pour suppression de poste. Là où, pour ce motif économique, l'employeur ne doit surtout pas remplacer le salarié, ce même employeur est tenu de remplacer dans un délai raisonnable le salarié dès lors que le motif de la rupture est la difficulté matérielle particulière de fonctionnement que l'absence du salarié malade génère.

[1090] Cass. soc., 10 novembre 2004, n°02-45.156, *Bull. civ.*, V, n°283 ; *CSBP* 2005, n°166, S 37, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2005, n°11, p.765, note H. KOBINA GABA ; *Dr. soc.* 2005, p.225, obs. J. SAVATIER ; *RJS* 1/05, n°30.

Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 15 mars 2005, n°03-41.746, *CSBP* 2005, n°171, S 229, obs. C. CHARBONNEAU.

[1091] Cass. soc., 14 mars 2007, n°06-41.723, *Semaine Sociale Lamy* du 2 avril 2007, n°1301, p.15.

[1092] Cass. soc., 15 novembre 2006, n°04-48.192, *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 5 décembre 2006, n°985.

418 Le licenciement d'un salarié en absence prolongée ou répétée pour maladie ou accident non professionnel n'est donc qu'exceptionnellement considéré comme justifié. La **Cour de cassation a tenté de trouver un compromis, un équilibre entre la défense des intérêts sociaux du salarié malade et la défense des intérêts de l'entreprise**. Elle ne privilégie la seconde que dans la mesure où les solutions dont dispose l'employeur pour pallier temporairement les perturbations résultant de l'absence du salarié seraient objectivement inefficaces.

Le pouvoir de licencier de l'employeur trouve sa légitimité dans la situation objective de l'entreprise et non dans la cause première des absences, à savoir la maladie. **C'est l'intérêt de l'entreprise qui, une fois encore, cantonne le pouvoir de rupture par l'employeur**. Afin d'encadrer le risque d'arbitraire, la prérogative juridique accordée à l'employeur est subordonnée au respect d'une finalité particulière : le bon fonctionnement de l'entreprise.

419 Pour conclure, nous voulons, cependant, souligner que dans le cas où l'employeur est fondé à rompre le contrat de travail, les droits du salarié malade apparaissent plus limités que ceux dont dispose celui qui, à la suite de la suspension de son contrat de travail, est déclaré inapte par le médecin du travail [1093]. En effet, en matière d'inaptitude, qu'elle soit d'origine professionnelle ou non, l'employeur est tenu de rechercher, avant d'envisager le licenciement, toute solution de reclassement, le cas échéant au niveau du groupe. Or, il n'existe rien de comparable concernant le licenciement, au cours de la période de suspension du contrat de travail, d'un salarié atteint d'une maladie d'origine non professionnelle. Aucune tentative de reclassement préalable n'est imposée à l'employeur.

A, en conséquence, été avancée l'idée d'une extension de l'obligation de recherche de reclassement au profit du salarié en absence prolongée avant toute rupture. Cette solution, qui aurait le mérite de placer le salarié absent et le salarié inapte sur un pied d'égalité, serait toutefois délicate à mettre en œuvre. Elle supposerait, en effet, qu'il soit proposé au salarié malade des postes disponibles qu'il ne sera pas en mesure d'occuper immédiatement compte tenu de sa situation de santé. Le poste vacant, s'il était accepté, devrait être temporairement pourvu dans l'attente du retour du salarié malade, ce qui ne ferait que déplacer le problème de

[1093] En ce sens, voir les observations de J. SAVATIER sous Cass. soc., 10 novembre 2004, *Dr. soc.* février 2005, p.227.

la perturbation causée par l'absence du salarié malade. Par ailleurs, il nous semble qu'une telle proposition ne correspond aucunement à l'hypothèse de la maladie prolongée ou répétée. En effet, lorsque le salarié est déclaré inapte, c'est parce que le médecin du travail constate qu'il n'est plus en capacité d'occuper son poste de travail et c'est la raison pour laquelle l'employeur doit tenter de le reclasser dans une autre fonction. La situation est tout à fait différente en présence d'un salarié malade de façon prolongée ou répétée. Effectivement, le salarié, s'il est indubitablement dans l'impossibilité temporaire d'occuper son emploi, n'en devient pas pour autant inapte à l'exercer une fois la santé retrouvée. Un des buts poursuivis par l'obligation de reclassement est de préserver la santé du salarié. Or, rien n'indique, en l'absence de déclaration d'inaptitude, que la santé du salarié malade sera davantage protégée s'il mute sur un autre poste de travail. Cette proposition nous semble, en conséquence, inadaptée à la situation du salarié malade.

Comme le suggère M. D'ORNANO [1094], *« ne faudrait-il plutôt aller vers une priorité de réembauchage permettant au salarié licencié de revendiquer, lorsque son état de santé le permettra, un retour vers des postes disponibles ? »*. Identiquement à ce qui existe en matière de licenciement pour motif économique, le salarié victime d'une longue maladie d'origine non professionnelle devrait, selon nous, pouvoir bénéficier, s'il le souhaite, d'une priorité de réembauchage sur les postes vacants. Une telle proposition présenterait alors l'avantage d'adoucir quelque peu la situation du salarié qui, se trouvant déjà en situation de faiblesse en raison de sa maladie perd, en sus, son emploi en raison des conséquences que son absence entraîne sur le bon fonctionnement de l'entreprise. Il nous semble qu'une telle solution permettrait de parfaire le délicat équilibre réalisé par la Chambre sociale en la matière entre, d'une part la sauvegarde des intérêts du salarié malade et, d'autre part, les impératifs de l'entreprise.

420 Nous parvenons à présent au terme de notre étude relative à la cause sérieuse que doit revêtir le licenciement pour motif personnel non fautif. Il est ici nécessaire de souligner que, au-delà des deux principales hypothèses ci-dessus étudiées mettant en avant le trouble objectif apporté au bon fonctionnement de l'entreprise pour justifier le licenciement, la Cour de

[1094] P.-H. D'ORNANO, « Le sort du contrat de travail d'un salarié victime d'une maladie ou d'un accident non professionnel », *JCP*, S, n°13 du 28 mars 2006, p.17.

cassation s'y réfère pour tous les autres motifs n'ayant pas un caractère fautif.
Ainsi, l'insuffisance professionnelle ou la mésentente d'un salarié avec ses collègues ne peuvent constituer une cause sérieuse de licenciement que si, et seulement si, elles ont une incidence sur le bon fonctionnement de l'entreprise. En outre, cette incidence doit être suffisamment sérieuse pour que le licenciement y soit proportionné. Les circonstances entourant la mésentente ou l'insuffisance professionnelle sont alors prises en compte par le juge, dans une appréciation *in concreto*, pour juger si le licenciement est proportionné au fait avancé.

Dans tous les cas, l'intérêt de l'entreprise permet donc de juger si le licenciement est ou non proportionné à la situation alléguée. Et ce, que le licenciement résulte d'un motif inhérent à la personne du salarié ou, au contraire, y soit extérieur. En effet, le juge, en présence d'un licenciement pour motif économique regarde si celui-ci est proportionné à la situation économique alléguée par l'employeur pour dire s'il est doté d'une cause sérieuse.

C - Le licenciement économique : un licenciement proportionné à la situation économique invoquée

421 Saisis de la contestation de la justification d'un licenciement économique, il appartient aux juges de vérifier que la cause alléguée est réelle. Mais ils doivent, en sus, examiner que la cause économique qui est avancée par l'employeur est suffisamment sérieuse pour justifier le licenciement. Ainsi, c'est à un véritable contrôle de proportionnalité entre la situation économique alléguée et son effet sur l'emploi que se livrent les magistrats du travail. Mais ce contrôle de proportionnalité ne signifie point contrôle de l'opportunité. En effet, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 8 décembre 2000 [1095], il n'appartient pas au juge d'examiner le choix effectué par l'employeur entre les différentes solutions possibles, même si le choix patronal conduit à un licenciement économique de plus grande ampleur [1096].

[1095] Cass. ass. plen., 8 décembre 2000, n°97-44.219, *Bull. civ.*, ass. plen., n°11.

[1096] C'est la même logique qui a amené le Conseil constitutionnel à censurer les dispositions de la loi du 17 janvier 2002 (dite de modernisation sociale) qui subordonnaient les licenciements économiques à *« des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen »* . Le Conseil constitutionnel a considéré que par cette formule, *« la loi conduit le juge non seulement à contrôler, comme c'est le cas sous l'empire de l'actuelle législation, la cause économique des licenciements décidés par le chef d'entreprise à l'issue des procédures prévues par le Livre IV et le Livre III du Code du travail, mais encore à substituer son*

L'employeur demeure le seul juge des mesures de gestion économique à entreprendre, même si *a posteriori* le juge pourra en contrôler le sérieux, à savoir scruter si le licenciement était proportionné à la situation économique rencontrée, qu'il s'agisse de difficultés économiques (1°), d'une cessation d'activité (2°) ou encore d'une réorganisation de l'entreprise (3°).

1° - Des difficultés économiques sérieuses

422 Ainsi, en présence de difficultés économiques, seules des difficultés économiques, certes réelles mais aussi et surtout sérieuses permettront de justifier le licenciement.
Ne revêtent pas un tel caractère sérieux les difficultés qui, bien que réellement établies par les éléments du dossier, avaient été prévues dès l'embauche du salarié et planifiées [1097].

423 En outre, pour être sérieuses, les difficultés économiques ne doivent pas être causées par l'employeur lui-même. De la sorte, les juges du fond sont amenés à vérifier l'absence de détournement de pouvoir ou d'abus de droit. Ainsi, l'employeur qui organise son insolvabilité ne saurait se prévaloir de ses difficultés économiques. Une association qui s'était laissé dépouiller par pure complaisance d'une partie importante de son patrimoine, contribuant en connaissance de cause à la mauvaise situation économique, n'a ainsi pu invoquer une cause sérieuse de licenciement [1098].

---

appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles » : Conseil constitutionnel, 12 janvier 2002, *D.* 2003, n°17, jurisprudence, sommaires commentés, p.1129, obs. L. GAY ; *JCP*, G, 2002, II, 10 091, note C. FRANCK ; *RJS* 3/02, n°275.

[1097] Cass. soc., 26 mars 2003, n°01-42.333, *RJS* 6/03, n°717 ; F. CHAMPEAUX, « Cause économique (non) – Résultats déficitaires conformes aux prévisions », *Semaine Sociale Lamy* du 28 avril 2003, n°1120, p.12. En l'espèce, il s'agissait d'un journaliste présentateur météo sur la chaîne météo qui est licencié pour motif économique pris de la suppression de son poste en raison de difficultés économiques et financières importantes de l'entreprise ayant entraîné des mesures de restructuration, dont la modification de la ligne éditoriale de la chaîne de télévision. La Cour de cassation énonce qu' *« une Cour d'appel peut décider que le licenciement n'a pas de cause économique dans la mesure où, d'une part, l'évolution déficitaire des résultats de la société TV météo était conforme aux prévisions de développement établies par ses créateurs en 1995, c'est à dire l'époque à laquelle le salarié avait été embauché et, d'autre part, qu'au moment de son licenciement, les résultats de la société étaient en amélioration constante, confirmée par l'évolution positive de son chiffre d'affaires »*.

[1098] Cass. soc., 9 octobre 1991, n°89-41.705, *Bull. civ.*, V, n°402.

De la même façon, l'employeur ne doit pas faire preuve de légèreté blâmable. La *« Cour d'appel, après avoir relevé que l'employeur connaissait la situation obérée de l'entreprise au moment de l'engagement du salarié, en vertu d'un contrat d'adaptation lui assurant une formation de douze mois, a pu décider qu'il avait fait preuve de légèreté blâmable »* [1099].

Mais la Cour de cassation retient une conception restrictive de la légèreté blâmable. Ainsi, elle refuse de considérer qu'un mauvais choix de gestion de l'employeur constitue à lui seul une telle légèreté blâmable [1100]. Ce faisant, la Cour de cassation cantonne le contrôle du juge et corrélativement préserve le pouvoir de direction de l'entreprise. En effet, l'employeur peut entreprendre et, en cas d'échec, licencier dès lors que les difficultés économiques sont établies et sont suffisamment sérieuses pour justifier un licenciement. Le magistrat ne peut, au travers du contrôle de la légèreté blâmable juger les choix de gestion de l'employeur.

La même logique prédomine lorsque l'employeur allègue une cessation d'activité de l'entreprise pour licencier.

2 °- Une cessation d'activité ne résultant pas d'un comportement fautif de l'employeur

424 Toute cessation d'activité ne constitue pas une cause sérieuse de licenciement économique. En effet, si la cessation d'activité doit être bien réelle et revêtir un caractère définitif, elle doit, en outre, ne pas résulter d'une faute de l'employeur, ou tout le moins de sa légèreté blâmable [1101].

[1099] Cass. soc., 26 février 1992, n°90-40.364.

[1100] Cass. soc., 14 décembre 2005, n°03-44.380, *CSBP*, mars 2006, n°178, A 14, obs. F.-J. PANSIER ; *JCP*, S, n°7-8 du 14 février 2006, 1136, note P. MORVAN ; *RJS* 2/06, n°185. En l'espèce, l'employeur (une association) avait créé un emploi sans s'être assuré qu'il pourrait le financer.

[1101] Cass. soc., 16 janvier 2001, n°98-44.647, *RJS* 3/01, n°294 ; *TPS*, mars 2001, n°89, p.10 : *« La cessation d'activité de l'entreprise, quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable, constitue un motif économique de licenciement »*.

Confirmation de jurisprudence : ◆ Cass. soc., 30 octobre 2002, n°00-43.624, *CSBP* 2003, n°146, S 26, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 1/03, n°18.

◆ Cass. soc., 28 février 2006, n°03-47.880, *CSBP* 2006, n°181, S 267, obs. Y. M. ; *JCP*, S, n°24 du 13 juin 2006, 1474, note P. MORVAN.

Est donc dépourvu de cause sérieuse le licenciement fondé sur une cessation d'activité de la société alors que l'employeur avait, en connaissance de cause, conduit par ses agissements à cette liquidation forcée par la commission de contrôle des banques [1102].

425 Pour autant, il faut souligner que si le juge doit contrôler le sérieux de la cessation d'activité en vérifiant que l'employeur n'est pas fautif, il ne lui incombe pas de s'interroger sur le bien-fondé de la décision de fermeture de l'entreprise. En effet, soulignons-le de nouveau, le contrôle de proportionnalité ne se confond pas avec celui de l'opportunité des choix de gestion de l'employeur ayant conduit au licenciement litigieux.

Cette distinction entre contrôle de la proportionnalité et contrôle de l'opportunité prend encore davantage de relief lorsqu'une réorganisation de l'entreprise est alléguée par l'employeur pour justifier un licenciement économique.

3°- Une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise

426 La réorganisation de l'entreprise n'est pas expressément prévue par l'article L. 321-1 du Code du travail comme un motif économique de licenciement. Pourtant, quand la Cour de cassation s'est trouvée en présence d'une telle réorganisation invoquée comme élément causal d'un licenciement économique, elle l'a admis, grâce à l'adverbe *« notamment »* qui figure dans ledit article. Mais, en même temps, elle a considéré que la réorganisation de l'entreprise ne pouvait *« constituer une cause économique de suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail »* qu'à la condition d'être décidée ***« dans l'intérêt de l'entreprise »*** [1103]. Cette réserve de l'intérêt de l'entreprise avait pour but

---

[1102] Cass. soc., 10 juillet 2002, n°00-41.491, *RJS* 11/02, n°1216.

Dans le même sens : Cass. soc., 10 mai 2005, *RJS* 7/05, n°720 : *« La Cour d'appel a constaté que l'association, cessionnaire d'une activité exercée dans des locaux nécessitant une mise aux normes, avait engagé les salariées après avoir accepté de faire son affaire de l'agrément de la commission de sécurité compétente sans avoir sur ce point la moindre garantie, puis avait fait preuve de carence à l'égard du propriétaire s'agissant des travaux nécessaires ; elle a pu en déduire que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable dont il était résultée la cessation d'activité de l'entreprise, ce dont il découlait que les licenciements étaient sans cause réelle et sérieuse »*.

[1103] Cass. soc., 1er avril 1992, n°90-44.697, *Bull. civ.*, V, n°223.

d'appeler les juges du fond à la vigilance et à ne pas admettre des réorganisations de pur confort.

Mais si la notion d'intérêt de l'entreprise demeure une orientation valable [1104], elle est vite apparue insuffisante. En effet, si certaines décisions condamnaient les licenciements destinés à augmenter les bénéfices, d'autres n'excluaient pas la recherche d'un meilleur profit. Le meilleur exemple en est donné par l'arrêt de la Chambre sociale du 19 octobre 1994 qui, employant pour la première fois le mot de compétitivité, reproche à l'arrêt attaqué de ne pas avoir recherché *« si la modification proposée ne procédait pas du souci de la société d'améliorer la rentabilité de l'entreprise »* [1105].

427 C'est la raison pour laquelle, la Cour de cassation adopte, à partir de 1995, une position plus stricte en posant le principe selon lequel la réorganisation de l'entreprise ne constitue un motif économique de licenciement que si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité [1106] ou celle du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise [1107]. Ainsi, toute réorganisation de l'entreprise (opérée dans l'intérêt de l'entreprise) n'est pas de nature à constituer une cause sérieuse de licenciement. **Ce n'est que si la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise est avérée que sa réorganisation (réelle) peut**

[1104] Nous avons mentionné tout au long de notre exposé que les décisions de l'employeur devaient être conformes à l'intérêt de l'entreprise, à défaut elles sont entachées de détournement de pouvoir.

[1105] Cass. soc., 19 octobre 1994, *RJS* 2/94, n°1360.

[1106] Cass. soc., 5 avril 1995, Thomson Vidéocolor, n°93-42.690, *Bull. civ.*, V, n°123 ; *RJS* 5/95, n°497. Nette confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 13 mai 2003, n°00-46.766, *CSBP* 2003, n°152, A 41, note F.-J. PANSIER, p.334-335 ; *RJS* 10/03, n°1135 : ***« Si l'employeur peut réorganiser son entreprise dans le cadre de son pouvoir de direction, la seule prise en compte de l'intérêt général de l'entreprise, sans référence à la sauvegarde de la compétitivité, n'est pas suffisante pour justifier un licenciement économique »***. L'employeur n'ayant en l'espèce apporté aucun élément permettant d'apprécier la nécessité de réorganiser le service informatique de la société en le centralisant en Grande-Bretagne (option qui n'était justifiée que par la recherche d'économie et par le fait que le directeur en charge du service informatique était basé en Grande-Bretagne) le licenciement de deux salariés de la filiale française ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse.

[1107] Cass. soc., 10 décembre 2003, *RJS* 2/04, n°187 : *« Lorsqu'une entreprise appartient à un groupe, des licenciements économiques ne peuvent être justifiés par une mesure de réorganisation qu'à la condition que celle-ci soit effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité dont relève l'entreprise »*.

constituer une cause sérieuse de licenciement [1108].
Depuis, la jurisprudence a repris avec constance et fermeté cette exigence de la sauvegarde de la compétitivité.

428 Comme le souligne M. WAQUET [1109], deux critiques principales ont été adressées à cette jurisprudence.

En premier lieu, certains y ont vu un empiètement du juge sur le pouvoir de gestion du chef d'entreprise et, subséquemment, un danger de *« gouvernement des juges »* [1110]. À propos de cette critique, M. WAQUET souligne habilement que c'est le législateur lui-même qui, en 1973, en faisant du licenciement un acte causé a demandé au juge de vérifier, en cas de litige, que le licenciement est bien intervenu pour une cause réelle et sérieuse. De même, c'est encore le législateur qui a enserré le licenciement économique dans des conditions strictes avec la loi du 2 août 1989 et les lois subséquentes. En conséquence, le juge ne fait qu'exercer le pouvoir que la loi lui donne lorsqu'il contrôle, *a posteriori*, la légitimité du licenciement.

En second lieu, il a été reproché à la jurisprudence d'être difficilement compréhensible car ne livrant pas de définition précise de la nécessité de sauvegarder la compétitivité de

---

[1108] Le Conseil d'Etat adopte une position identique à propos du licenciement économique d'un salarié protégé : CE, 8 mars 2006, *Dr. ouvrier*, novembre 2006, p.542, note F. SARAMITO ; R. KELLER, « La nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise peut justifier un licenciement pour motif économique », conclusions du commissaire du Gouvernement, *Dr. soc.*, septembre octobre 2006, p.857-859 ; *JCP*, S, n°16 du 18 avril 2006, 1314, note J.-Y. KERBOURC'H ; *JCP*, S, n°17 du 25 avril 2006, 1334, note J.-Y. KERBOURC'H ; *JCP*, E, n°25 du 22 juin 2006, 1991, note R. KELLER ; F. RENEAUD, « La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise – Observations sur une nouvelle cause économique de licenciement des salariés protégés à la suite de la décision du Conseil d'Etat du 8 mars 2006 », *JCP*, E, n°39 du 28 septembre 2006, 2418, p.1645-1649 ; *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 27 juin 2006, n°965.

[1109] P. WAQUET, « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.* 2000, p.171.

[1110] En ce sens : J. GRANGÉ, « Sauvegarde de la compétitivité : aspects pratiques », *JCP*, S, n°9 du 28 février 2006, p.24 : *« Les juristes sont-ils les mieux placés pour appréhender ces problématiques de nature économique ? De quelles compétences disposent les juristes pour apprécier si les sources de difficultés sont démontrées et surtout si elles sont déterminantes pour l'avenir ? »*.

l'entreprise [1111]. À ce sujet M. PÉLISSIER écrit que *« dans un monde de concurrence, toute entreprise est nécessairement à la recherche d'une meilleure compétitivité. Et, dans cette recherche, l'entrepreneur ne fait guère la distinction entre la sauvegarde de la compétitivité et l'amélioration de la compétitivité. Il aura naturellement tendance à penser que la sauvegarde de la compétitivité passe par une amélioration de celle-ci »* [1112].

Or, il nous semble que le terme « sauvegarde » se différencie nettement de celui d'amélioration. Sauvegarder, c'est protéger, garantir, défendre et donc prévenir [1113]. Améliorer, c'est changer en mieux, perfectionner. Nous voyons donc que le besoin n'est pas le même dans les deux situations. Un licenciement destiné à sauver la vie d'une entreprise ne poursuit pas du tout le même objectif que celui qui est destiné à améliorer la rentabilité de l'entreprise. Si la Chambre sociale légitime le premier, elle rejette l'idée du licenciement de profit.

429 De cette manière, il convient pour l'employeur, qui allègue une menace sur la compétitivité de son entreprise, de produire en justice des documents qui établissent les signes concrets et objectifs de cette menace à venir (études chiffrées de la situation de l'entreprise, éventuellement des concurrents, des études du secteur d'activité et de ses probables évolutions, des rapports d'experts, etc.) [1114]. Il s'agit pour l'employeur de prouver qu'il anticipe des difficultés prévisibles et qu'il prend les mesures de réorganisation destinées à empêcher les conséquences néfastes qui résulteraient pour l'emploi de sa passivité.

[1111] J. PÉLISSIER, note sous Cass. soc., 11 janvier 2006, *D.* n°15 du 13 avril 2006, jurisprudence, p.1013 : *« Si la notion de sauvegarde de la compétitivité est moins imprécise que celle d'intérêt de l'entreprise, elle reste difficile à cerner »*.

[1112] J. PÉLISSIER, note sous Cass. soc., 11 janvier 2006, *D.* n°15 du 13 avril 2006, jurisprudence, p.1013.

[1113] F. FAVENNEC-HÉRY, note sous Cass. soc., 11 janvier 2006, *JCP*, S, n°4 du 24 janvier 2006, jurisprudence, 1076.

[1114] Des arguments d'ordre général sur le secteur d'activité ne suffisent pas :

- Cass. soc., 31 mai 2006, n°04-47.376, *Bull. civ.*, V, n°200 ; *Semaine Sociale Lamy* du 12 juin 2006, n°1265, p.10-11.
- Cass. soc., 21 février 2007, n°04-48.795.

Ainsi, ne répond pas à ce critère de « nécessité de sauvegarder la compétitivité », la réorganisation dictée par la volonté d'améliorer la rentabilité de l'entreprise afin d'accroître ses profits [1115] ou par la volonté de réaliser des bénéfices plus importants et non par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du groupe alors que la société n'éprouve aucune difficulté économique [1116] ou encore par la volonté de se séparer d'un salarié qui coûte cher [1117] ou enfin par la volonté de réaliser des profits supplémentaires pour

---

[1115] Voir : ◆ Cass. soc., 9 mars 2004, n°02-41.883, *RJS* 6/04, n°667.

◆ Cass. soc., 13 septembre 2006, n°05-41.665, *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 10 octobre 2006, n°977 ; *RJS* 11/06, n°1161 : *« La Cour d'appel qui a exactement énoncé qu'une réorganisation ne peut être une cause économique de licenciement que si elle est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise et qui a constaté que les éléments produits dont il résultait que la réorganisation visait à une amélioration des marges qui étaient positives, ne justifiaient pas d'une telle nécessité, a pu décider que le licenciement de la salariée était dépourvu de cause économique »*.

◆ Cass. soc., 6 mars 2007, n°05-42.271, *Liaisons Sociales jurisprudence Théma* du 28 juin 2007, n°162, p.11.

[1116] Cass. soc., 26 novembre 1996, n°93-44.811, *Bull. civ.*, V, n°406.

Dans le même sens : ◆ CA Douai, 31 octobre 2001, *RJS* 6/02, n°770 : *« Pour constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, une réorganisation ou restructuration de l'entreprise doit être destinée à sauvegarder sa compétitivité, ce qui suppose que cette dernière soit menacée. Ne répond pas à cet objectif la réorganisation consistant en un transfert et un regroupement d'une partie de l'activité de l'entreprise sur un site unique décidée aux fins d'améliorer l'outil de travail, d'optimiser la production et de gagner de nouvelles parts de marché, par une entreprise ne connaissant pas de difficultés réelles ni de menaces concurrentielles. Un tel objectif, parfaitement respectable en termes de stratégie d'entreprise, ne saurait en revanche constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement »*.

◆ Cass. soc., 29 janvier 2003, n°00-44.962, *RJS* 4/03, n°428. En l'espèce, il s'agissait du licenciement de salariés ayant refusé une mutation d'Avignon à Salon-de-Provence, où la société qui les employait entendait regrouper une partie de ses activités. Les juges constatent que la situation économique de l'entreprise et du groupe dont elle relevait était prospère et qu'aucune menace ne pesait sur sa compétitivité. Ils en concluent que la réorganisation de l'entreprise n'était pas nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité et qu'en conséquence les licenciements sont dépourvus de cause réelle et sérieuse.

[1117] Cass. soc., 11 juin 1997, n°94-45.175, *Bull. civ.*, V, n°219.

Dans le même sens : ◆ Cass. soc., 15 décembre 1998, n°96-44.571. En l'espèce, la réorganisation avait pour seule finalité d'économiser le salaire afférent au poste supprimé.

◆ CA Poitiers, 13 avril 2004, *RJS* 7/04, n°799.

répondre aux exigences d'une banque ayant accordé un crédit, alors que la compétitivité de l'entreprise n'était mise en cause par aucun élément objectif [1118].

À l'inverse, la Cour de cassation a reconnu que constituait une cause sérieuse de licenciement, la réorganisation de l'entreprise dès lors que *« la Cour d'appel a relevé, au vu des résultats déficitaires de 1994 et 1995, que les prévisions en 1993 d'une dégradation de sa situation économique dans les années à venir s'étaient révélées exactes* ». Elle a ainsi pu décider que *« la réorganisation entreprise en 1993 était indispensable à la sauvegarde de la compétitivité »* [1119].

430 Pour remplir la condition de la nécessaire sauvegarde de la compétitivité, l'entreprise n'a donc pas à connaître de réelles difficultés économiques immédiates, c'est à dire familièrement qu'elle n'est pas encore « dans le rouge ». En revanche, elle a « de la fièvre » et elle doit se restructurer afin de prévenir des difficultés économiques prévisibles.
Tel est le sens de l'arrêt *Pages Jaunes* rendu le 11 janvier 2006 par la Chambre sociale. En

---

[1118] Cass. soc., 29 mai 2001, n°99-41.930.

[1119] Cass. soc., 26 mars 2002, n°00-40.898, *CSBP* 2002, n°141, S 270, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 6/02, n°665.

Dans le même sens : ◆ Cass. soc., 23 mai 2007, n°05-45.114, *Liaisons sociales jurisprudence théma* du 28 juin 2007, n°162, p.11 : *« Ayant relevé que le positionnement défavorable de l'entreprise face aux autres opérateurs, et notamment aux banques, nouveaux intervenants, tant en ce qui concerne le taux de changement que les frais d'acquisition et d'administration, menaçait à terme sa survie, la Cour d'appel a ainsi fait ressortir que* ***la réorganisation intervenue était nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité*** *»*.

◆ Cass. soc., 23 mai 2007, n°06-40.233, *RJS* 8-9/07, n°931 : *« La Cour d'appel qui a constaté que dans le secteur d'activité du levage et de la manutention, la production avait connu en 2002 une baisse significative et le marché intérieur une contraction importante, que le chiffre d'affaires de la société avait baissé sensiblement et que son résultat d'exploitation s'était dégradé de 45%, les deux autres sociétés du secteur subissant des pertes importantes, a pu retenir que* ***la suppression du poste du salarié était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité concerné*** *»*.

◆ Cass. soc., 20 juin 2007, n°06-40.853, *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* du 24 août 2007, n°202, p.2 : *« La Cour d'appel, en retenant que la société se trouvait handicapée dans certains secteurs d'activité par rapport à ses concurrents qui affichaient des niveaux de performance supérieurs et qu'elle devait s'adapter pour freiner l'érosion de ses marges, que la réorganisation et le regroupement des activités commerciales et des fonctions administratives avec la suppression de trois postes de chef comptable, y compris celui de M. X, étaient destinés à pallier sa faiblesse en matière de développement et de commerce, a caractérisé l'****existence de menaces pesant sur la compétitivité de l'entreprise*** *»*.

l'espèce, la société Pages Jaunes avait mis en place en 2001 un projet de réorganisation commerciale, afin d'assurer la transition entre les produits traditionnels (annuaire papier et minitel) et ceux liés aux nouvelles technologies de l'information (Internet, mobile) qu'elle jugeait indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise compte tenu des conséquences prévisibles de l'évolution technologique et de son environnement concurrentiel. La Cour de cassation a admis la validité de ces licenciements : *« la réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient. Répond à ce critère la* ***réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques*** *liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement. Dès lors, la modification des contrats de travail résultant d'une telle réorganisation a elle-même une cause économique »* [1120].

En indiquant que les difficultés économiques à venir étaient liées à des évolutions technologiques, la Cour de cassation indique que la source des difficultés futures doit être démontrée par l'employeur et appelle des mesures d'anticipation même s'il n'est pas nécessaire que les difficultés économiques existent à la date du licenciement. Ainsi, s'il importe peu que le secteur d'activité de l'entreprise ne connaisse pas de difficultés économiques, le risque, la menace doivent déjà exister à la date du licenciement. Tel est le cas d'un contexte concurrentiel préoccupant.

431 Ainsi, si certains commentateurs ont cru voir en ces arrêts un revirement de jurisprudence, nous estimons qu'il n'en est rien. Il s'agit toujours pour le juge, dans la lignée de l'arrêt *Thomson Vidéocolor* de 1995, de contrôler, en présence d'un licenciement consécutif à une réorganisation de l'entreprise que celle-ci était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise eu égard, précisément à la situation de l'entreprise mais également aux caractéristiques du marché. Les difficultés économiques à venir doivent être

[1120] Cass. soc., 11 janvier 2006, n°05-40.977 et 04-46.201, *CSBP*, mars 2006, n°178, A 12, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 2006, n°15 du 13 avril 2006, jurisprudence, p.1013, note J. PÉLISSIER ; J.-E. RAY, « Revirement ? Quel revirement ? Dix ans après l'arrêt Vidéocolor, les arrêts Pages Jaunes du 11 janvier 2006 », *Dr. soc.* 2006, p.138-142 ; *JCP*, S, n°4 du 24 janvier 2006, jurisprudence, 1076, note F. FAVENNEC-HÉRY ; *JCP*, E, n°8 du 23 février 2006, 1310, note P. MORVAN ; J.-Y. FROUIN, « Retour sur la notion de sauvegarde de la compétitivité », *RJS* 3/06, p.187-189 ; *RJS* 3/06, n°322 ; P. WAQUET, « Emploi et profit », *RJS* 5/06, p.351-358.

raisonnablement prévisibles et non simplement éventuelles. Elles doivent résulter d'un événement particulier, identifiable qui doit être démontré et qui permet de penser légitimement que des conséquences sur la compétitivité interviendront à plus ou moins long terme, d'où la nécessité de réorganiser pour en limiter l'impact. Et pour analyser cette menace pesant sur la compétitivité, les juges peuvent se faire remettre un certain nombre de documents, tels que les bilans comptables et financiers de l'entreprise ou des filiales du groupe appartenant au même secteur d'activité, ainsi que des éléments pertinents relatifs à l'évolution « prévisible » du marché. Comme le soulignent Mme CARLES et M. MILET [1121], l'objectivité de ces prévisions est garantie par le fait qu'elles émanent de tiers (économistes, analystes financiers, etc.) sans lien avec l'employeur.

Ainsi, par exemple, une Cour d'appel peut retenir que *« l'évolution du marché des pneumatiques, la baisse des prix de ces produits et l'augmentation du coût des matières premières plaçaient l'entreprise dans l'impossibilité de réaliser les investissements qui étaient nécessaires pour remédier à la faible dimension des sites de production par rapport à ceux des concurrents et à la diversification excessive des fabrications, et que cette situation lui imposait de se réorganiser pour pouvoir affronter la concurrence »*. La Cour de cassation juge alors *« qu'elle a ainsi fait ressortir que la nouvelle organisation mise en place qui procédait d'une gestion prévisionnelle des emplois destinée à prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise et du secteur d'activité du groupe dont elle relevait »* [1122].

À l'inverse, à défaut, pour l'employeur, de prouver la source des difficultés futures et en quoi l'anticipation est de mise, le juge dénie le caractère sérieux du licenciement [1123].

[1121] M. CARLES et L. MILET, « Licenciements préventifs pour sauvegarder la compétitivité : quelles limites ? », *RPDS* février 2006, p.65.

[1122] Cass. soc., 21 novembre 2006, n°05-40.656, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* du 15 mars 2007 diffusé sur Internet, n°579 ; *Dr. soc.* janvier 2007, p.114, obs. G. COUTURIER ; *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 5 décembre 2006, n°985 ; *RDT* février 2007, p.105, note A. LYON-CAEN ; *RJS* 2/07, n°205.

[1123] Cass. soc., 31 mai 2006, n°04-47.376, « Où en est-on après les arrêts Pages jaunes ? », *Semaine Sociale Lamy* du 12 juin 2006, n°1265, p.10-11 : *« En statuant comme elle l'a fait, par des motifs d'ordre général impropres à caractériser l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont relevait l'entreprise, la Cour d'appel a violé le texte susvisé »*.

432 La solution dégagée le 11 janvier 2006 s'inscrit donc dans un courant actuel qui privilégie l'anticipation et où le maître mot est prévention. Il ne faut en aucun cas en déduire un recul du contrôle judiciaire, un retour à un simple contrôle du détournement de pouvoir. En effet, le juge n'examine pas simplement si la mesure de licenciement économique a été prise dans l'intérêt de l'entreprise. Au contraire, il regarde si la compétitivité de l'entreprise était menacée et si une réorganisation de l'entreprise était nécessaire. Ce n'est que si la proportionnalité de la mesure lui apparaît sérieuse que le juge légitimera le licenciement intervenu.

433 Néanmoins, nous devons insister sur le fait que, dès lors que l'employeur a convaincu le juge de la nécessité de la réorganisation pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, il est libre de choisir les modalités de mise en œuvre de la réorganisation, y compris si l'option choisie n'est pas la plus favorable à l'emploi [1124]. Il faut, en effet, distinguer entre la nécessité de la réorganisation, qui est soumise au contrôle du juge, et ses modalités qui, à l'inverse, relèvent du pouvoir de gestion de l'employeur. Ce dernier est le seul décisionnaire en matière de gestion et d'administration de l'entreprise. Si le juge vérifie la stricte adéquation entre la situation économique et le licenciement, il ne peut apprécier l'opportunité du licenciement.

Il nous semble ainsi qu'il ressort de l'ensemble de ces arrêts un remarquable équilibre entre la liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi, principes d'égale valeur morale et juridique.

En effet, la position de la Cour de cassation n'apporte pas à la liberté d'entreprendre une atteinte excessive puisque l'entreprise peut anticiper les difficultés économiques et prendre les mesures qui s'imposent pour faire face aux risques de la compétitivité. Elle ne sacrifie pas pour autant le droit à l'emploi des salariés puisque l'employeur qui réorganise l'entreprise ne peut le faire qu'en poursuivant l'objectif de sauvegarder la compétitivité de son entreprise et, *in fine*, de limiter au maximum les conséquences sur l'emploi.

[1124] Cass. ass. plen., 8 décembre 2000, n°97-44.219, *Bull. civ.*, ass. plen., n°11.

Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 20 juin 2007, n°05-45.924, *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* du 24 août 2007, n°202, p.2.

434 La recherche d'un équilibre entre droit à l'emploi et liberté d'entreprendre irrigue donc l'ensemble du contrôle judiciaire de la cause sérieuse du licenciement. Quelle que soit la situation alléguée par l'employeur, qu'elle soit ou non inhérente au salarié, le juge vérifie, *a posteriori*, outre qu'elle est bien réelle, qu'elle est suffisamment sérieuse pour justifier un licenciement. Ce n'est pas à un simple contrôle de détournement de pouvoir auquel se livre le juge mais bien à un contrôle de la proportionnalité de la mesure prise. Le licenciement doit être proportionné à la faute, au trouble objectif subi par l'entreprise ou encore à la situation économique à laquelle est confrontée l'entreprise.

Dans certains cas, magistrats et législateur ont souhaité aller plus loin et ne rendre le licenciement justifié que s'il est constaté qu'il constitue, non pas une mesure proportionnée, mais bel et bien « l'ultime remède ». Le licenciement ne doit, en effet, intervenir qu'au terme d'une recherche sérieuse d'un reclassement du salarié. Il en va ainsi en présence d'une inaptitude du salarié ou d'un licenciement pour motif économique, quel qu'il soit. Le but est, avant tout, de maintenir le salarié dans un emploi.

§ 2 - La cause sérieuse affermie par l'obligation préalable de reclassement

435 Pendant longtemps, la relation de travail est soumise à la règle de l'autonomie de la volonté : seule la volonté librement exprimée crée des obligations. À condition de ne pas heurter les exigences d'ordre public, ce n'est donc que ce que les parties ont librement décidé qui doit recevoir exécution. Aussi, est-il inconcevable, pour les juges de l'époque, d'imposer aux parties des engagements sur lesquels elles ne se sont pas entendues. En particulier, l'employeur ne doit être contraint d'envisager le maintien de l'emploi du salarié inapte [1125]. Dans cette analyse, le contrat de travail est figé, non adaptable ou révisable en fonction de circonstances postérieures à sa conclusion, notamment la détérioration de l'état de santé du

[1125] Cass. civ., 18 mai 1938, *Gaz. Pal.* 1938, 2, p.275.

salarié. Cette *« analyse contractuelle de la relation de travail »* [1126] est donc incompatible avec une quelconque obligation patronale de reclassement.

Pourtant, en se basant sur l'article 1134 du Code civil, la jurisprudence évolue. L'exigence de bonne foi permet d'introduire dans l'exécution du contrat de travail une certaine forme de loyauté de l'employeur envers le salarié et en conséquence fonder une obligation de reclassement : il semble légitime d'attendre des deux parties consciencieuses qu'elles fassent tout pour éviter la rupture de leurs relations de travail.

Mais, c'est surtout à partir des années 1980 qu'apparaît la nécessité de « sécuriser les parcours professionnels » [1127]. Aussi, la loi du 7 juillet 1981 renforce-t-elle les droits de la personne du salarié dans le cadre des relations de travail. En effet, en cas d'inaptitude d'origine professionnelle, elle institue une obligation patronale de reclassement [1128]. Le bénéficiaire en est le salarié dont l'état de santé s'est altéré suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle et a été déclaré, à l'issue de la suspension de son contrat de travail, inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait jusqu'alors.

Puis, en 1992, le législateur étend le champ d'application de cette obligation de reclassement à tous les salariés dont l'état de santé affecte la capacité de travail [1129]. L'employeur doit, quelle que soit l'origine de l'inaptitude, effectuer des recherches réelles et consciencieuses visant à proposer au travailleur inapte un emploi approprié aux capacités

---

[1126] P. CHAUMETTE, « Le médecin du travail, l'employeur et l'inspecteur du travail », *Dr. soc.* 1983, p.188.

[1127] La notion de « sécurisation des parcours » (parcours de formation, parcours d'insertion, parcours professionnel) est apparue dans l'ordonnance Schwartz du 26 mars 1982.

[1128] Article L. 122-32-5 du Code du travail : *« Si le salarié est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre, à l'issue des périodes de suspension, l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer, compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existant dans l'entreprise et après avis des délégués du personnel, un autre emploi approprié à ses capacités et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail »*.

[1129] Loi du 31 décembre 1992 instituant l'article L. 122-24-4 du Code du travail.

réduites de l'intéressé [1130].

La volonté du législateur est de briser l'automaticité qui existe entre inaptitude et perte d'emploi. En effet, la finalité de l'obligation de reclassement est d'empêcher la privation d'emploi. Et ce, dans un contexte de montée du chômage mais aussi de mise en exergue d'un « droit à l'emploi ». Droit qui peut être déduit d'une interprétation dynamique du *« droit d'obtenir un emploi »*, inscrit dans le Préambule de la Constitution du 7 octobre 1946 [1131] et reconnu comme principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel [1132]. Par delà le droit d'obtenir un emploi *stricto sensu*, le principe est entendu comme consistant à *« rechercher d'abord le maintien du salarié dans l'emploi occupé, en lui proposant éventuellement un autre emploi »* [1133]. Le droit à l'emploi est, dès lors, compris comme un droit au maintien de l'emploi et source comme tel d'obligations juridiques positives.

C'est cette même logique du droit au maintien dans l'emploi qui incite la jurisprudence à créer de toutes pièces, à partir de 1992, une obligation de reclassement en matière de licenciement économique [1134]. Ici, encore, le licenciement ne doit constituer qu'une mesure ultime. Cette obligation est finalement reprise par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 [1135] et consacrée par le Conseil constitutionnel [1136]. Ainsi, l'article L. 321-1

[1130] Le rapport rendu par H. GOSSELIN au Ministre de l'emploi en mars 2007 préconise d'ailleurs de fusionner le régime des deux types d'inaptitude dans la mesure où le législateur et la Chambre sociale de la Cour de cassation ont progressivement rapproché les obligations qui pèsent sur l'employeur en cas d'inaptitude constatée par le médecin du travail : Rapport « Aptitude et inaptitude médicale au travail : diagnostic et perspectives », § 2.3.3.1, p.74, disponible sur Internet à l'adresse suivante : www.liaisons-sociales.com/PDF/complement_2216_rapport_gosselin.pdf.

[1131] *« Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi »*.

[1132]
- Conseil constitutionnel, 28 mai 1983, *AJDA* 1986, p.619.
- Conseil constitutionnel, 16 janvier 1986, *Dr. soc.* 1986, p.376.
- Conseil constitutionnel, 13 janvier 2005, *Dr. soc.* 2006, p.494-500.

[1133] B. LARDY-PÉLISSIER, « L'obligation de reclassement », *D.* 1998, chronique, p.400.

[1134] Cass. soc., 1er avril 1992, *Bull. civ.*, V, n°228 ; *Dr. soc.* 1992, p.480 ; *RJS* 5/92, n°598 : *« Le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise n'est pas possible »*.
Solution constante depuis.

[1135] Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002, article 108.

dernier alinéa du Code du travail précise que *« Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent ou, à défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, sur un emploi d'une catégorie inférieure ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient »*.

436 Ainsi, **en présence d'un motif économique ou d'une inaptitude physique du salarié, le licenciement n'est pourvu d'une cause sérieuse que s'il constitue la mesure ultime**. Il ne suffit pas, contrairement, aux autres motifs, que le licenciement soit fondé sur une cause réelle et soit proportionné (à la faute commise par le salarié, à la situation objective de l'entreprise qui subit un trouble ou encore à la situation économique à laquelle se trouve confrontée l'entreprise). Encore faut-il, ici, que le licenciement ne soit que l'ultime solution pour l'employeur [1137]. À défaut, le licenciement ne sera pas justifié par une cause sérieuse. **Les intérêts du salarié doivent être préservés, même si par ailleurs la cause est sérieuse eu égard à l'intérêt de l'entreprise**. Et cette préservation passe par l'obligation préalable de reclassement.

L'obligation de reclassement fait donc partie intégrante de la cause sérieuse de licenciement. Elle constitue une limite au droit de licencier qui trouve son fondement dans l'exigence de maintien de l'emploi. Encore convient-il, pour prendre la mesure du

---

[1136] Conseil constitutionnel, 13 janvier 2005. Décision disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr. Dans cette décision, relative à la loi de programmation pour la cohésion sociale, dans son considérant 28, le Conseil constitutionnel estime que **le droit au reclassement des salariés licenciés découle directement du droit de chacun d'obtenir un emploi**, garanti par le cinquième alinéa du préambule de la Constitution de 1946.

[1137] En ce sens : ◆ G. COUTURIER affirme que le licenciement économique ne doit être admis que comme l'« issue ultime » (*ultimum remedium*), « Quel avenir pour le droit du licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne », *Dr. soc.* 1997, p.78.

◆ A. MAZEAUD parle quant à lui de « mesure ultime », *Droit du travail*, Montchrestien, 2004, n°614, p.442.

◆ P.-H. ANTONMATTÉI préfère évoquer « la solution ultime », « Les alternatives aux licenciements » in *Les licenciements pour motif économique*, Litec, collection Droit, tome IX, 1997, p.31.

◆ F. HÉAS formule enfin le licenciement économique comme « l'ultima ratio », « Les obligations de reclassement en droit du travail », *Dr. soc.* 1999, p.507.

degré d'exigence requis, d'examiner, tant en matière de licenciement économique que de licenciement motivé par une inaptitude du salarié, l'étendue de l'obligation de reclassement (A), le cadre dans lequel elle s'exerce (B) et, enfin, les modalités suivant lesquelles elle doit être mise en œuvre (C).

A - L'étendue de l'obligation de reclassement

437 Il convient, liminairement, de préciser ce que recouvre l'expression « obligation de reclassement ». En effet, l'obligation de reclassement *stricto sensu* ne se confond pas avec l'obligation de rechercher un reclassement. Tandis que la première vise un résultat précis, la seconde consiste en une action : celle de tenter le reclassement du salarié. En matière de licenciement économique et de licenciement motivé par une inaptitude physique, il s'agit bien du second type d'obligation : l'employeur a l'obligation de rechercher sérieusement toutes les solutions alternatives susceptibles de permettre la survie des relations professionnelles et doit formuler des propositions de reclassement au salarié qui sera amené à les accepter ou les refuser. Ceci implique que l'employeur maîtrise la totalité du processus de recherche du reclassement, tandis que le résultat à atteindre lui échappe partiellement.

438 Ainsi, lorsque l'employeur est confronté à une inaptitude de son salarié, il doit rechercher et proposer au salarié inapte un emploi approprié aux capacités réduites de l'intéressé. Cet emploi doit être *« aussi comparable que l'emploi précédemment occupé »* [1138], c'est à dire équivalent ou identique [1139]. À défaut, ce peut être un emploi différent, voire de catégorie inférieure. Dès lors, la diminution de rémunération est possible s'il s'agit de maintenir le salarié inapte dans son emploi.

439 Nous retrouvons cette même logique en présence d'un licenciement motivé par un motif économique : les recherches de l'employeur doivent, en priorité, s'orienter sur les emplois de même catégorie, puis sur des emplois équivalents, ou, à défaut, sur les emplois de

[1138] Article L. 122-24-4 et L. 122-32-5 du Code du travail.

[1139] En matière de réintégration des salariés protégés, la notion d'emploi équivalent recouvre l'emploi qui comporte le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial. Il semble que la même notion soit retenue à propos de l'obligation patronale de reclassement d'un salarié inapte.

catégorie inférieure, sous réserve, cependant, d'obtenir l'accord exprès du salarié [1140].

L'employeur doit donc proposer au salarié les postes, dans la mesure où ils existent, se rapprochant le plus possible de l'emploi précédemment occupé [1141]. Ainsi, ne remplit pas son obligation de reclassement l'employeur qui licencie une salariée, aide-comptable, qui avait la compétence et l'expérience lui permettant d'occuper l'emploi vacant au service de comptabilité et qui recrute par la suite une personne extérieure à l'entreprise [1142].

Ce n'est que s'il n'existe pas d'emploi de même catégorie que l'employeur devra proposer un emploi de catégorie inférieure [1143]. Aussi est déclaré sans cause sérieuse le licenciement économique lorsque est proposé à une attachée de presse un poste de vendeuse avec une rémunération réduite de 75% alors qu'il existe un autre emploi d'attachée de presse vacant dans l'entreprise [1144].

La question la plus délicate concerne les emplois de catégorie différente ou de qualification supérieure. L'article L. 321-1 du Code du travail exige que *« tous les efforts de formation et d'adaptation »* [1145] aient été réalisés avant un licenciement. Sur ce fondement, le juge peut, en conséquence, sanctionner l'employeur qui licencie alors que le salarié aurait eu les capacités, moyennant une formation d'adaptation [1146], d'occuper un poste de catégorie différente ou de

---

[1140] Article L. 321-1 du Code du travail.

[1141] Cass. soc., 24 janvier 1990, n°89-41.003, *Bull. civ.*, V, n°32 : L'emploi équivalent est celui qui comporte le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial.

[1142] Cass. soc., 1er avril 1992, n°89-43.494, *Bull. civ.*, V, n°228.

[1143] Cass. soc., 27 octobre 1998, *Bull. civ.*, V, n°458 ; *RJS* 12/98, n°1457.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 12 juillet 2006, n°04-44.714, *RJS* 10/06, n°1045 : *« L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, ne doit proposer au salarié, dont le licenciement économique est envisagé, un emploi de catégorie inférieure qu'à défaut de possibilités de reclassement dans un emploi de même catégorie correspondant à sa qualification »*.

[1144] Cass. soc., 27 octobre 1998, n°96-42.843, *Bull. civ.*, V, n°458.

[1145] L'obligation d'adaptation était, d'abord, d'origine jurisprudentielle : Cass. soc., 25 février 1992, n°89-41.634 : *« L'employeur tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois »*.

[1146] Cette obligation d'adaptation et de formation du salarié doit être continue et avoir lieu tout au long de sa vie professionnelle.

qualification supérieure. Ainsi, lorsque les magistrats constatent, par exemple, qu'un responsable de dépôt (agent de maîtrise) disposait de compétences suffisantes pour occuper un poste de cadre commercial disponible dans l'entreprise mais que le poste ne lui a pas été proposé, le licenciement est jugé sans cause sérieuse [1147]. La même solution est adoptée en présence d'un chef d'entreprise qui ne démontrait pas en quoi un salarié, engagé en qualité d'agent technique, n'était pas apte à occuper le poste de chef de secteur créé lors d'une restructuration [1148]. Cela étant, adapter le salarié à une évolution de son emploi, ce n'est pas former le salarié, au sens de lui donner une formation de base. Il s'agit seulement de le mettre en mesure d'occuper un emploi qui peut être un peu différent de celui qui était le sien, cela par une courte formation pour un emploi de faible qualification ou par un complément de formation pour un emploi de qualification un peu plus pointue. En d'autres termes, il ne revient pas à l'employeur dans le cadre de son obligation de reclassement, et en particulier du devoir d'adaptation qui l'accompagne nécessairement, de donner au salarié une formation qualifiante [1149]. De même, le licenciement pour motif économique est justifié si l'employeur démontre l'incapacité du salarié à s'adapter [1150] ou son refus de suivre une formation [1151].

440 Concernant le type de contrat de travail qui doit être proposé au salarié, la priorité reste le contrat à durée indéterminée à temps plein. À défaut, des contrats à temps partiel [1152] ou à durée déterminée peuvent être proposés [1153].

441 Dans tous les cas, les propositions de reclassement doivent être sérieuses. Cela signifie que l'employeur doit effectuer, de façon loyale et sérieuse, des actes positifs de recherche

---

[1147] Cass. soc., 16 mars 1994, n°92-41.078.

[1148] Cass. soc., 26 octobre 1995, n°94-40.108.

[1149] Cass. soc., 3 avril 2001, n°99-42.188, *Bull. civ.*, V, n°114 : *« Si l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, au besoin en leur assurant une formation complémentaire, il ne peut lui être imposé d'assurer la formation initiale qui leur fait défaut »*.

[1150] Cass. soc., 21 juin 2000, n°98-43.742.

[1151] Cass. soc., 26 février 2003, n°01-41.030, *Bull. civ.*, V, n°70.

[1152] CA Chambéry, 23 septembre 1997, SA Nidelpha c/ Mlle Escoll.

[1153] Cass. soc., 29 janvier 2002, n°00-41.885.

pour reclasser le salarié menacé de licenciement [1154].

Pour apprécier le caractère sérieux des prospections, les juges du fond se livrent, sous le contrôle de la Cour de cassation, à une appréciation *in concreto*. Et ce, au regard des moyens et des possibilités qu'offre l'entreprise, différentes selon que le salarié travaille au sein d'une multinationale, une PME ou une micro entreprise [1155].

Ainsi, ont été considérées comme insuffisantes le simple envoi du *curriculum vitae* du salarié dont le licenciement est envisagé à un cabinet de recrutement [1156] ou la mise en place d'une antenne emploi, c'est à dire une structure proposant des postes à pourvoir à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise [1157] ou encore la diffusion par note de service [1158] ou par voie d'affichage de la liste des emplois à pourvoir [1159]. Il est par ailleurs évident que l'existence de recrutements externes, qui ont lieu à une période concomitante au licenciement du salarié et

---

[1154] Y compris si l'employeur cesse totalement son activité, du moins lorsque le salarié est déclaré inapte suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle : Cass. soc., 7 mars 2007, n°05-43.872, *JCP*, S, n°18 du 2 mai 2007, 1315, note P.-Y. VERKINDT; *RJS* 5/07, n°585: *« La cessation d'activité ou tout autre motif économique ne libère pas l'employeur de son obligation de respecter les règles particulières aux salariés victimes d'accident du travail ou d'une maladie professionnelle »*.

[1155] H. GOSSELIN, dans son rapport, pense qu'il devrait être inscrit dans la loi que le respect de l'obligation de reclassement *« est apprécié en considération des moyens dont dispose l'entreprise »* à l'image de ce qui a été introduit par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 dans l'article L. 321-4-1 dernier alinéa relativement au plan social : *« La validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou, le cas échéant, l'unité économique et sociale ou le groupe » :* Rapport « Aptitude et inaptitude médicale : diagnostic et perspectives », mars 2007, § 2.3.3.1.5, p.80 disponible sur Internet à l'adresse suivante : www.liaisons-sociales.com/PDF/complement_2216_rapport_gosselin.pdf.

[1156] Cass. soc., 18 juin 2003, n°00-46.262, *CSBP* 2003, n°153, S 374, obs. F.-J. PANSIER.

[1157] Cass. soc., 30 novembre 1994, n°93-43.275.
Dans le même sens : Cass. soc., 16 décembre 1998, n°96-41.989, *Bull. civ.*, V, n°560.

[1158] CA Versailles, 28 juin 1996, *RJS* 4/97, n°393.

[1159] Cass. soc., 12 mars 2003, n°00-46.700, *RJS* 5/03, n°585 : *« La Cour d'appel, qui a constaté que l'employeur s'était borné à informer son personnel par voie d'affichage que des possibilités de reclassement existaient dans les sociétés du groupe dont les adresses étaient indiquées et que les salariés intéressés étaient invités à prendre contact avec la société mère a pu décider qu'en l'absence de proposition individualisée, l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement »*.
Dans le même sens : Cass. soc., 18 janvier 2005, n°02-46.737.

concernent des postes pouvant lui être proposés, établit un manquement de l'employeur à son obligation de reclassement [1160].

À noter, cependant, que l'obligation de reclassement n'oblige pas l'employeur à imposer à un autre salarié une modification de son contrat de travail afin de libérer son poste pour le proposer en reclassement à un autre salarié [1161].

442 En matière de licenciement pour motif économique collectif, ces recherches doivent être individuelles [1162], Ainsi, la Cour d'appel de Bourges précise, dans un arrêt du 9 octobre 1998, que l'obligation de reclassement *« doit être mise en œuvre à l'égard de chaque salarié pris individuellement après analyse de sa situation personnelle »* [1163]. Le reclassement doit être tourné vers le salarié en tant qu'individu. Il s'agit d'un droit individuel au reclassement. Aussi, cette finalité individuelle implique que l'employeur formule des propositions de reclassement adaptées au salarié, pris dans son individualité. Ses qualités et son expérience professionnelles [1164], son niveau hiérarchique [1165], son ancienneté [1166], sa mobilité et sa

---

[1160] Cass. soc., 7 avril 2004, n°01-44.191, *RJS* 6/04, n°666.

[1161] Cass. soc., 15 novembre 2006, n°05-40.408, *JCP*, S, n°3 du 16 janvier 2007, jurisprudence, 1020, note P.-Y. VERKINDT ; *Semaine Sociale Lamy* du 27 novembre 2006,n °1284, p.11. En l'espèce, il s'agissait d'un salarié déclaré inapte.
La solution est identique en matière de licenciement économique : Cass. soc., 28 novembre 2000, n°98-46.140 : *« Dans le cadre de son obligation de reclassement, un employeur ne peut être tenu de proposer à un salarié une mesure de préretraite à l'effet de libérer son poste pour le proposer en reclassement à un autre salarié »*.

[1162] CA Reims, 31 mai 1995, SA Aube Chaussettes c/ Neto : l'employeur doit faire preuve d'efforts de *« reclassement individuel vis-à-vis de son salarié »*.

[1163] CA Bourges, 9 octobre 1998, Mlle Ratoy c/ SA Imprimerie Bussière.

[1164] CA Paris, 12 mars 1996, Machefer c/ Banque franco-portugaise.

[1165] Cass. soc., 19 février 1992, *CSBP* 1992, n°43, p.251 ; *RJS* 1992, n°100.

[1166] CA Reims, 8 mars 1995, Leroy c/ SA Compagnie des emballages plastiques.

disponibilité [1167], ses capacités physiques [1168] constituent autant d'éléments qui doivent être pris en compte par l'employeur soucieux d'adresser au salarié des offres de reclassement « sérieuses ».
Il convient toutefois d'observer que l'examen individuel auquel doit se livrer l'employeur ne permet pas à ce dernier de se substituer au salarié, en préjugeant de son refus [1169]. C'est au salarié qu'il appartient de se prononcer, en dernier ressort, sur le sort à réserver à telle ou telle proposition de reclassement.

Proposition de reclassement dont le périmètre géographique est d'ailleurs vaste.

B - Le cadre d'appréciation de l'obligation de reclassement

443 Les recherches de reclassement doivent s'effectuer au plus près de l'environnement professionnel du salarié, c'est à dire dans son établissement. Mais elles doivent également s'élargir aux autres établissements de l'entreprise [1170] ainsi qu'aux sociétés du groupe auquel elle appartient.

444 Habituellement le groupe se définit comme un ensemble de sociétés comprenant la société mère qui détient la majorité du capital social des autres [1171]. Dans un premier temps, la

---

[1167] CA Nancy, 28 septembre 1995, Machet c/ SA Renault Agriculture.

[1168] Cass. soc., 17 mai 2000, n°98-40.595, *Bull. civ.*, V, n°189. En l'espèce, le salarié avait été déclaré inapte par le médecin du travail. Or, une offre de reclassement qui lui avait été faite dans le cadre du plan social était incompatible avec son aptitude physique.

[1169] CA Paris, 25 avril 1997, *RJS* 1997, n°800.

[1170] Cass. soc., 16 mars 1994, n°92-44.917 : La recherche des possibilités de reclassement doit se faire dans le cadre des différents établissements de l'entreprise. Le licenciement ne procède pas d'une cause réelle et sérieuse si les possibilités de reclassement n'ont pas été recherchées dans la société mais dans le cadre du seul établissement où le salarié était affecté.

[1171] À propos de la mise en place du comité de groupe, l'article L. 439-1 du Code du travail énonce que *« Un comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle* ».

Cour de cassation [1172] et le Conseil d'Etat [1173] ont retenu que l'examen des possibilités de reclassement devait s'effectuer à ce niveau. Mais, ensuite, très volontairement, la Cour de cassation a infléchi sa jurisprudence. Considérant qu'une assiette trop large imposait au chef d'entreprise une obligation quasiment impossible à respecter, et qu'en fait cette exigence excessive contribuait à diminuer la portée réelle de l'obligation de reclassement, elle a préféré choisir un niveau d'application plus réaliste et plus aisé à contrôler.

S'inspirant de la notion d'unité économique et sociale, la Chambre sociale a posé en règle que l'obligation de reclassement s'impose dans le groupe d'entreprises où une permutation [1174] des salariés est possible entre les différentes sociétés. Plus précisément, les juges doivent rechercher si les activités des entreprises, leur organisation ou le lieu de leur activité, permettent d'effectuer une permutation de tout ou partie du personnel [1175].

[1172] ◆ Cass. soc., 20 février 1991, *Bull. civ.*, V, n°86 : *« Les possibilités de reclassement du salarié doivent s'apprécier dans le cadre du groupe auquel appartient la société concernée »*.

◆ Cass. soc., 15 mai 1991, *Bull. civ.*, V, n°238 ; *Dr. soc.* 1991, p.514.

[1173] ◆ CE, 18 janvier 1980, *Dr. soc.* 1980, p.323, conclusions DOUDOUX.

◆ CE, 26 avril 1985, *D.* 1985, p.398, note F. MODERNE.

◆ CE, 31 octobre 1986 et 15 juin 1987, *JCP*, 1987, E, 16 551.

[1174] Sur la notion de « permutation » voir Q. URBAN « Le licenciement pour motif économique et le groupe », *Dr. soc.* 1993, p.275. Il fait observer que *« le préfix « per » ajouté pour éviter toute confusion avec la notion classique de mutation indique que les déplacements de salariés pourraient intervenir entre entreprises par un système souple d'équivalence de poste »*.

[1175] ◆ En matière de licenciement pour motif économique : Cass. soc., 25 juin 1992, *Dr. soc.* 1992, p.832 et les conclusions de l'avocat général R. KESSOUS, p.826 ; *RJS* 8-9/92, n°980.

Jurisprudence constante depuis : ▪ Cass. soc., 5 avril 1995, n°93-42.690, *Bull. civ.*, V, n°123.

▪ Cass. soc., 5 octobre 1999, *Bull. civ.*, V, n°368.

▪ Cass. soc., 18 novembre 2003, n°01-44.671, *RJS* 1/04, n°18.

◆ En matière de licenciement pour inaptitude d'origine professionnelle : Cass. soc., 24 octobre 1995, *Bull. civ.*, V, n°283.

◆ En matière de licenciement pour inaptitude d'origine non professionnelle : ▪ Cass. soc., 19 mai 1998, n°96-41.265, *Bull. civ.*, V, n°264.

▪ Cass. soc., 16 juin 1998, *Bull. civ.*, V, n°322.

La dépendance financière n'est donc pas une condition suffisante [1176]. Les juges apprécient plutôt la permanence et l'importance des relations entre les entreprises [1177] ainsi que leur appartenance à un même ensemble économique dès lors qu'une permutation du personnel est possible [1178], a déjà été effectuée [1179] ou proposée [1180].

Les conclusions de l'avocat général R. KESSOUS sont particulièrement éclairantes à cet égard : c'est le principe de réalité qui doit guider le juge, et *« celui-ci doit en tirer les conséquences sans privilégier les principes du droit civil dont la stricte application n'est pas suffisante à établir la vérité des situations »*. Aussi ajoute-t-il que le fondement de l'obligation

---

[1176] ◆ Cass. soc., 10 décembre 2002, *RJS* 2/03, n°171 : *« En statuant ainsi, au motif inopérant qu'il n'existe pas de lien de dépendance financière entre les diverses activités de l'employeur, sans rechercher si ces activités, leur organisation ou le lieu de leur exploitation permettaient d'effectuer une permutation du personnel, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale »*.

◆ Cass. soc., 6 juillet 2005, n°03-44.390, *Semaine Sociale Lamy* du 12 septembre 2005, n°1227, p.15 : *« La seule détention du capital de la société à l'origine du licenciement par d'autres sociétés n'implique pas la possibilité d'effectuer entre elles la permutation de tout ou partie du personnel et ne caractérise pas l'existence d'un groupe au sein duquel le reclassement doit s'effectuer »*.

[1177] Cass. soc., 10 juin 1998, n°96-42.134.

[1178] Cass. soc., 12 juin 2002, n°00-40.908, *Semaine Sociale Lamy* du 23 septembre 2002, n°1090, p.14 : *« Dès lors que la Cour d'appel a constaté que la SERL et la SCET étaient liées par un accord d'entreprise conférant aux salariés une identité de statut professionnel quelle que soit leur mobilité au sein du groupe, ce dont il résultait que la permutation de tout ou partie du personnel entre ces entreprises était possible, elle a caractérisé l'existence d'un groupe au sein duquel l'employeur devait rechercher les possibilités de reclassement »*.

À l'inverse, la Cour d'appel de Reims a estimé que le concessionnaire d'une marque automobile n'est pas tenu de rechercher les possibilités de reclassement au sein des autres concessionnaires de la marque dans la mesure où celui-ci ne peut interférer dans l'activité ou l'effectif de ces derniers : CA Reims, 25 septembre 1996, SA Garage Ardon C/ Cez. De même, la Cour d'appel d'Agen estime que *« la seule circonstance que l'employeur exploite en location-gérance et dans le cadre d'un contrat de franchise un fonds de commerce bénéficiant d'une grande enseigne nationale n'implique pas, en soi, la possibilité d'effectuer des permutations entre les magasins portant la même enseigne et ne caractérise donc pas le groupe servant de cadre au reclassement »* : CA Agen, 7 août 2002, *RJS* 3/03, n°339.

[1179] Cass. soc., 2 avril 1996, *CSBP* 1996, supplément au n°83, p.68.

[1180] CA paris, 3 décembre 1997, *RJS* 1998, n°1323.

de reclassement repose notamment *« sur la solidarité qui unit les sociétés du groupe »* [1181]. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 n'a pas contredit cette jurisprudence en matière de licenciement économique malgré une rédaction laissant place à des interprétations divergentes [1182].

L'objectif de la jurisprudence, par cette conception *sui generis* du groupe est d'étendre le cadre d'application de l'obligation de reclassement afin d'accroître les possibilités de maintien dans l'emploi de l'intéressé : une réduction de cet espace de reclassement aurait limité les contraintes pesant sur l'employeur en restreignant les opportunités de réaffectation de l'intéressé. Grâce à la notion de groupe ainsi définie, le principe d'autonomie juridique des sociétés est évincé au profit de la réalité des liens existant entre les entreprises. De la sorte, le juge dispose d'un outil particulièrement adapté pour exploiter toutes les possibilités de reclassement.

Cette appréciation extensible du groupe bénéficie ainsi au travailleur inapte ou au salarié menacé de licenciement économique mais renforce, subséquemment, la contrainte de l'employeur : l'obligation de reclassement n'est correctement exécutée que si l'employeur a investi au maximum le champ des possibilités de réaffectation qui pouvaient s'offrir à lui (filiales, entreprises du groupe, clients, fournisseurs, partenaires, voisins, etc.) même si elles se situent à l'étranger, dès lors que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers [1183] et que les propositions sont sérieuses [1184]. Et ce, quel que soit le niveau hiérarchique du salarié [1185].

[1181] R. KESSOUS, « La recherche d'un reclassement dans le groupe, préalable au licenciement économique », *Dr. soc.* 1992, p.829.

[1182] L'article L. 321-1 du Code du travail énonce que le reclassement doit être réalisé *« dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient »*.

[1183] Ainsi, dans une société intégrée à un groupe de dimension internationale se développant sur toute l'Europe, l'employeur ne satisfait pas à son obligation de reclassement quand il se borne à interroger succinctement et en termes généraux deux entreprises du groupe situées en France sur les possibilités de reclassement du salarié, sauf à démontrer que l'organisation interne du groupe ne permet pas d'effectuer des permutations du personnel et que le niveau hiérarchique du salarié exclut sa capacité à prendre un poste à l'étranger. Selon la Cour de cassation, les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger dès

C'est dire si l'obligation de reclassement a un périmètre très large [1186].

445 Périmètre large qui explique d'ailleurs, en partie, pourquoi la Cour de cassation a posé comme principe, en 2004, que *« l'avis d'**inaptitude à tout emploi dans l'entreprise** délivré par le médecin du travail ne dispense pas l'employeur de rechercher des possibilités de reclassement par la mise en œuvre de mesures telles que mutations ou transformations de postes de travail au sein de l'entreprise et le cas échéant du groupe auquel elle appartient »* [1187]. Les investigations patronales en vue d'une réaffectation du salarié inapte doivent être

---

l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers : Cass. soc., 7 octobre 1998, n°96-42.812, *Bull. civ.*, V, n°407 ; *RJS* 11/98, n°1352.
Solution identique adoptée par le Conseil d'Etat à propos des salariés protégés. Cette juridiction ajoute néanmoins, de manière pragmatique que lesdits salariés doivent avoir manifesté un intérêt pour un tel reclassement : CE, 4 février 2004, *Jur. soc. UIMM*, mai 2004, p.153 ; *RJS* 4/04, n°436 ; *TPS*, avril 2004, n°115.

[1184] La DGEFP rappelle à cet égard, dans l'instruction n°2006-01 du 23 janvier 2006, que *« la proposition d'une entreprise concernant des postes au sein du groupe, dans des unités de production à l'étranger, pour des salaires très inférieurs au SMIC ne peut être considérée comme sérieuse »*.

[1185] CE, 26 février 2007, *RJS* 6/07, n°715. Cet arrêt annule, en effet, l'instruction DGEFP 2006-01 du 23 janvier 2006 du ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement en ce qu'elle excluait la possibilité de faire des propositions de reclassement à l'étranger à des salariés n'appartenant pas à la catégorie des cadres supérieurs.

[1186] Exemple d'obligation de reclassement correctement remplie : Cass. soc., 29 juin 2005, *RJS* 10/05, n°965 : *« L'arrêt relève, d'une part, que l'employeur a recherché les postes à pourvoir, en France ou à l'étranger, parmi les entreprises du groupe dont les activités, l'organisation et le lieu d'exploitation permettraient la permutation du personnel et retient, d'autre part, que des propositions personnalisées, précises et concrètes de reclassement, correspondant à leur qualification, ont été faites à chacune des salariées qui les ont refusées. La Cour d'appel a pu décider que l'employeur avait satisfait à son obligation de reclassement »*.

[1187] Cass. soc., 10 mars 2004, n° 03-42.744, *Bull. civ.*, V, n°84 ; *CSBP* 2004, n°161, S 232, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2004, p.556, obs. G. COUTURIER ; *TPS*, mai 2004, n°139.
Confirmation de jurisprudence :
- Cass. soc., 7 juillet 2004, n°02-47.458, 02-43.141 et 02-45.350, *Dr. soc.* 2004, p.1039, obs. B. GAURIAU ; *RJS* 10/04, n°1028 et n°1030 ; *TPS*, octobre 2004, n°290.
- Cass. soc., 19 octobre 2005, n°02-46.173, *RJS* 1/06, n°38.
- Cass. soc., 20 septembre 2006, *RJS* 11/06, n°1171.
- Cass. soc., 28 mars 2007, *RJS* 6/07, n°723.
- Cass. soc., 23 mai 2007, n°06-42.068, *Semaine Sociale Lamy* du 11 juin 2007, n°1311, p.15.

La Chambre sociale avait posé ce principe auparavant en matière d'inaptitude d'origine professionnelle. Voir par

menées dans un cadre élargi, bien supérieur au seul périmètre de l'entreprise. Or, les articles L. 122-24-4 et L. 122-32-5 du Code du travail circonscrivent l'appréciation du médecin du travail à l'emploi précédemment occupé (pour apprécier l'inaptitude) et aux tâches existant dans l'entreprise (pour apprécier quel autre emploi est susceptible d'être proposé). La contrainte qui pèse sur l'employeur doit être appréciée plus largement : les investigations en vue d'une réaffectation du salarié totalement inapte doivent être menées dans l'ensemble du groupe de reclassement, tel que nous l'avons défini précédemment. Ce champ dépasse donc le cadre d'examen du médecin du travail. C'est pourquoi toutes les mesures de mutation, transformation de poste ou aménagement du temps de travail doivent être étudiées dans ce groupe afin de permettre le maintien dans l'emploi du salarié même entièrement inapte à son ancien poste.

Il n'en demeure pas moins que cette jurisprudence, peut paraître inappropriée à de nombreux praticiens du droit. En effet, dès lors que l'inaptitude s'étend à la totalité des emplois de l'entreprise, et sachant que les recherches de reclassement doivent tenir compte de l'avis du médecin du travail [1188], l'exécution d'une quelconque obligation patronale de reclassement peut paraître vaine. Certes, un avis d'inaptitude définitive à toute tâche dans l'entreprise ne signifie aucunement que l'intéressé soit irrémédiablement inapte à tout travail. Pour autant, il semble illusoire de faire peser sur l'employeur une obligation de reclassement dès lors que le médecin du travail, même après avoir été sollicité, ne formule aucune indication sur les types de postes pouvant convenir au salarié déclaré inapte par ses soins. Comment l'employeur peut-il se substituer à l'appréciation du médecin du travail pour savoir quel genre de poste proposer ? Souvent, en pratique, la recherche n'est alors que superficielle, formelle ayant essentiellement pour but de prouver que des démarches effectives ont été engagées mais n'ont

---

exemple : Cass. soc., 23 octobre 2001, *RJS* 1/02 n°28 : *« L'avis de ce praticien* [le médecin du travail]*, même s'il déclare le salarié inapte à tout emploi dans l'entreprise, ne dispense pas l'employeur de l'obligation de consulter les délégués du personnel et de rechercher toute possibilité de reclassement au sein de l'entreprise »*.

[1188] Jurisprudence constante :
- Cass. soc., 19 juillet 1995, *Bull. civ.*, V, n°254 ; *RJS* 10/95, n°1016.
- Cass. soc., 22 octobre 1996, n°93-43.787, *Bull. civ.*, V, n°337.
- Cass. soc., 24 avril 2001, n°97-44.104, *Bull. civ.*, V, n°127 ; *RJS* 7/01, n°857.
- Cass. soc., 13 juillet 2004, n°02-42.134.

pu aboutir à une solution de reclassement [1189]. Cette remarque prend encore plus d'acuité lorsque l'employeur ne fait pas partie d'un groupe. Comment, en cette hypothèse, rechercher un reclassement pour le salarié déclaré définitivement inapte à tous postes dans l'entreprise ? Il a été avancé [1190], pour justifier la solution, que le chef d'entreprise, en vertu de l'article L. 241-10-1 du Code du travail, devait seulement *« prendre en considération »* les observations et propositions du médecin du travail, ce qui signifie qu'il ne doit pas impérativement et scrupuleusement les suivre, le médecin du travail n'étant qu'un *« conseiller du chef d'entreprise »* [1191]. Nous ne partageons pas cette opinion dans la mesure où, selon nous, l'employeur doit toujours effectuer des recherches sérieuses de reclassement. Or, s'il ne suit pas les observations formulées par le médecin du travail, nous pensons que les recherches effectuées, quand bien même seraient-elles réelles et consciencieuses, ne pourraient être regardées par le juge comme sérieuses. Le but, ne l'oublions pas, est avant tout de préserver l'état de santé du salarié qui déjà est détérioré. Il nous paraît, en conséquence, impératif pour l'employeur de se conformer à l'avis émis par le médecin du travail.

Aussi, nous nous prononçons pour l'abandon de la jurisprudence imposant à l'employeur de rechercher un reclassement dès lors que celui-ci, lorsqu'il n'appartient pas un groupe, est confronté à un avis régulier du médecin du travail déclarant son salarié inapte définitif à tout emploi dans son entreprise. Le rapport consacré à l'aptitude et remis en mars 2007 au ministre de l'emploi, M. LARCHER, par M. GOSSELIN, va d'ailleurs en ce sens [1192]. Il préconise,

---

[1189] E. LAFUMA, J.-P. LHERNOULD, H. TISSANDIER, « Repenser le régime de l'obligation de reclassement du salarié inapte », *RDT*, septembre 2007, p.496 : *« Le régime juridique applicable aux salariés déclarés inaptes à tout emploi dans l'entreprise […] dévoie le principe de l'obligation de reclassement car la procédure actuelle ne permet pas une recherche réelle et effective d'un reclassement ; elle privilégie une stratégie de compensation financière »*.

[1190] ◆ F. HÉAS, « Les conséquences de l'inaptitude sur l'emploi du salarié », *JCP*, S, n°24 du 6 décembre 2005, 1395, p.14.

◆ E. LAFUMA, J.-P. LHERNOULD, H. TISSANDIER, « Repenser le régime de l'obligation de reclassement du salarié inapte », *RDT*, septembre 2007, p.497.

[1191] Article R. 241-51 du Code du travail.

[1192] H. GOSSELIN (Conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation), « Aptitude et inaptitude médicale au travail : diagnostic et perspectives ». Rapport disponible sur Internet à l'adresse suivante : www.liaisons-sociales.com/PDF/complement_2216_rapport_gosselin.pdf.

Pour un commentaire des propositions contenues dans ce rapport, voir : E. LAFUMA, J.-P. LHERNOULD, H.

dans ce seul cas, que l'employeur n'ait plus à rechercher de reclassement dans l'entreprise. Le médecin du travail en fournissant un avis d'inaptitude définitive à tout emploi dans l'entreprise « autoriserait » en quelque sorte l'employeur à licencier le salarié sans avoir à chercher de possibilités de reclassement [1193]. Ces cas seraient, au résultat, assez rares.

Nous le voyons, l'obligation de reclassement mise à la charge de l'employeur a un cadre d'appréciation très large. Les juges sont également particulièrement vigilants à la manière dont sont proposées concrètement les mesures de reclassement.

C - Les modalités concrètes de l'obligation de reclassement

446 Les mesures de reclassement proposées aux salariés menacés de licenciement économique doivent être, au terme de l'article L. 321-1 du Code du travail, *« écrites et précises »*.

Tout d'abord, ces mesures doivent être concrètes, ce qui signifie que les éventualités et simples promesses sont exclues. Ceci implique alors la disponibilité immédiate du poste proposé.
Dans une affaire portée devant la Cour d'appel de Versailles, le plan social présenté par l'employeur situé à Vélizy faisait état de « deux ou trois postes disponibles de conditionneurs polyvalents » à Reims au sein d'une autre société du groupe. Sur le point d'être licenciée pour motif économique, une salariée, dont la qualification correspond aux postes proposés se rend sur place et passe un entretien avec succès. Mais, il s'avère que la disponibilité des postes en

---

TISSANDIER, « Repenser le régime de l'obligation de reclassement du salarié inapte », *RDT*, septembre 2007, p.496-498.

[1193] *« Lorsque le médecin du travail, en concertation avec le salarié, aboutit à la conclusion que le salarié doit quitter l'entreprise pour préserver sa santé, il faut qu'il puisse prononcer une inaptitude définitive. Dans ces cas exceptionnels, où l'avis médical du médecin du travail pourrait s'assimiler à une véritable injonction thérapeutique, il devrait pouvoir accompagner son avis d'une mention indiquant que toute adaptation du poste ou tout reclassement dans l'entreprise est exclu.* ***L'employeur serait ainsi, et dans ce seul cas, déchargé de l'obligation de reclassement*** *de l'article L. 241-10-1 et, le cas échéant, de celles figurant aux articles L. 122-24-4 et L. 122-32-5 du Code du travail, incluant l'obligation de reprendre le paiement des salaires au bout d'un mois si le salarié n'a pas été reclassé ou licencié. Cette faculté ne serait bien sûr ouverte aux médecins du travail que sur le fondement d'une justification médicale, connue du salarié et susceptible d'un recours »* : Rapport « Aptitude et inaptitude médicale au travail :diagnostic et perspectives », § 2.3.2.2.2, p.67.

question est subordonnée au départ de salariés en préretraites FNE et que les conventions FNE ne sont finalement pas délivrées par l'administration. Faute de pouvoir être reclassée, la salariée est licenciée. Selon les conseillers prud'hommes et la Cour d'appel, *« en proposant comme poste susceptible de favoriser le reclassement et d'éviter des licenciements des postes non disponibles, la société a manqué à ses obligations de recherches sérieuses et vérifiées de reclassement »* [1194].

L'exigence de précision posée par la loi a ensuite pour effet de consacrer le caractère individuel de l'obligation de reclassement de l'employeur et son autonomie à l'égard de l'obligation (de caractère collectif celle-là) qui lui est faite par l'article L. 321-4-1 du Code du travail d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi visant au reclassement des salariés toutes les fois où une entreprise employant au moins cinquante salariés envisage le licenciement économique d'au moins dix salariés [1195].

[1194] CA Versailles, 20 février 2001, Gomes-Devarennes c/ SA Max Pax-France.

Dans le même sens : ◆ CA Reims, 18 juin 1997, Guillemin c/ SA Monoprix. En l'espèce, la proposition de reclassement était ainsi formulée : *« notre directeur des ventes […] avec lequel je me suis entretenu de votre situation me dit qu'il pourrait vous proposer un poste à l'identique dans un magasin parisien »*. La Cour d'appel considère que la proposition de reclassement doit être accompagnée d'*« indications et caractéristiques sur la nature du ou des postes offerts »* et ne pas être conditionnelle. L'employeur est alors regardé comme n'ayant pas satisfait l'exigence de reclassement.

◆ Cass. soc., 23 juin 1998, n°96-42.364. En l'espèce, l'employeur proposait comme seule mesure de reclassement un poste mal défini restant à créer.

[1195] Cass. soc., 16 décembre 1998, *Bull. civ.*, V, n°560 ; *RJS* 2/99, n°178

Confirmation de jurisprudence : ◆ Cass. soc., 26 mars 2002, n°00-40.898, *CSBP* 2002, n°141, S 270, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 6/02, n°665 : *« Dans le cadre de son obligation de reclassement de tout salarié dont le licenciement économique est envisagé, il appartient à l'employeur, même quand un plan social a été établi, de rechercher s'il existe des possibilités de reclassement, prévues ou non dans le plan social, et de proposer aux salariés dont le licenciement est envisagé des emplois disponibles »*.

◆ Cass. soc., 29 janvier 2003, *RJS* 4/03, n°429 : *« Ayant constaté que la société s'était bornée à communiquer à sa salariée un extrait du plan social énumérant et décrivant les mesures de reclassement qui étaient prévues dans l'entreprise et dans le groupe dont elle relevait, la Cour d'appel en a exactement déduit que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement »*.

◆ Cass. soc., 14 janvier 2004, n°02-46.678, *CSBP* 2004, n°159, S 170, obs. F.-J. PANSIER ; *TPS*, mars 2004, n°74.

Enfin, la loi exige que les offres de reclassement soient proposées par écrit au salarié menacé de licenciement économique. La Cour de cassation insiste sur ce formalisme : il est inutile pour l'employeur de faire valoir par d'autres moyens qu'il a bien respecté son obligation de reclassement : *« les offres de reclassement doivent être précises et écrites »* [1196] Aussi a-t-il été jugé que la simple information par voie d'affichage [1197], par Intranet [1198] ou la diffusion d'une note de service [1199] mentionnant les postes disponibles étaient insuffisantes.

447 En matière de licenciement faisant suite à la constatation de l'inaptitude du salarié par le médecin du travail, il n'existe pas de disposition législative similaire exigeant que les offres de reclassement soient précises et écrites. Il est uniquement demandé à l'employeur de *« faire connaître par écrit les motifs qui s'opposent au reclassement »* du salarié lorsque l'inaptitude

---

[1196] ◆ Cass. soc., 20 septembre 2006, n°04-45.703, *JCP*, S, n°48 du 28 novembre 2006, 1949, note B. BOSSU ; *RJS* 11/06, n°1163 ; G. COUTURIER, « Les offres de reclassement », *Dr. soc.* 2006, p.1151-1155.

◆ Cass. soc., 6 mars 2007, n°05-40.156, *CSBP* n°192, juillet/août 2007, A 57, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 5/07, n°568 : *« L'allégation des efforts réalisés pour permettre le reclassement ne peut suppléer l'absence d'offres écrites et précises adressées par l'employeur à chaque salarié dont le reclassement est possible ; un tel manquement rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse »*.

[1197] Cass. soc., 18 janvier 2005, *RJS* 3/05, n°259 : *« La Cour d'appel a constaté que l'employeur n'avait pas communiqué à chacun des salariés dont le licenciement était envisagé des offres de reclassement précises, concrètes et personnalisées. Elle en a exactement déduit qu'il avait ainsi manqué à son obligation de reclassement, préalable au licenciement, et que les licenciements étaient en conséquence dépourvus de cause réelle et sérieuse, peu important :[…] qu'une liste des postes vacants ait été affichée dans l'entreprise »*.

[1198] Cass. soc., 26 septembre 2006, n°05-43.841, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation diffusé sur Internet,* n°652 du 1er janvier 2007, n°75 ; *JCP*, S, n°5 du 30 janvier 2007, jurisprudence, 1056, note D. CORRIGNAN-CARSIN : *« Justifie légalement sa décision relative à l'absence de cause réelle et sérieuse d'un licenciement pour motif économique, la Cour d'appel qui relève que, pour l'exécution de son obligation préalable de reclassement, l'employeur avait seulement prévu de diffuser la liste des postes disponibles au sein du groupe sur son site Intranet »*.

[1199] ◆ CA Paris, 1er mars 1994, *RJS* 4/94, n°529.

◆ CAA Douai, 29 novembre 2005, *RJS* 5/06, n°605.

est d'origine professionnelle [1200].

Pour autant, il semble, qu'une fois encore, la jurisprudence aligne les règles relatives aux deux types d'obligation de reclassement. En effet, l'attitude attendue de l'employeur correspond à celle exigée de lui lors du contrôle par le juge de l'obligation de reclassement en cas de licenciement économique. Les offres de reclassement doivent être précises. À défaut, elles ne seront par regardées comme sérieuses.

Une différence doit, toutefois, être relevée. Elle concerne l'inaptitude professionnelle. Dans cette hypothèse précise où l'inaptitude a pour origine un accident du travail ou une maladie professionnelle, l'employeur a l'obligation de consulter les délégués du personnel à propos du reclassement du salarié dont les capacités de travail sont amoindries [1201]. À défaut, l'employeur est regardé comme ayant failli à son obligation de reclassement [1202]. Le licenciement est alors automatiquement jugé sans cause sérieuse. Et l'employeur ne peut prétendre se soustraire à cette obligation au motif de l'absence de délégués du personnel dans l'entreprise dès lors que leur mise en place est obligatoire et qu'aucun constat de carence n'a été établi [1203].

Enfin, soulignons que l'article L. 122-24-4 alinéa 2 du Code du travail exige que le reclassement du salarié inapte intervienne dans le mois suivant la reconnaissance de

---

[1200] Article L. 122-32-5 du Code du travail.

La Cour de cassation donne une interprétation rigoureuse de ce texte en imposant à l'employeur de remettre impérativement en main propre ou par courrier au salarié l'écrit prévu : Cass. soc., 10 mai 2006, n°04-45.589, *CSBP* 2006, n°183, S 359, obs. H. GILLIER.

[1201] Article L. 122-32-5 du Code du travail.

Le rapport relatif à l'inaptitude rendu en mars 2007 au ministre de l'emploi préconise de rendre obligatoire la consultation quelle que soit l'origine de l'inaptitude. Il souligne, en outre, qu' *« il serait utile de prévoir que c'est plutôt l'avis du CHSCT qui devrait être recueilli, sauf urgence avérée »* : Rapport « Aptitude et inaptitude médicale au travail : diagnostic et perspectives », § 2.3.3.1 p.74 disponible sur Internet à l'adresse suivante : www.liaisons-sociales.com/PDF/complement_2216_rapport_gosselin.pdf.

[1202] Cass. soc., 18 juin 2002, *TPS*, octobre 2002, n°289, p.8 : *« L'absence de consultation des délégués du personnel constitue un manquement à l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur »*.

[1203] Cass. soc., 7 décembre 1999, *Bull. civ.*, V, n°470 ; *Dr. soc.* 2000, p.226, obs. J. SAVATIER ; *RJS* 2000, n°35.

l'inaptitude [1204]. À défaut, l'employeur est tenu de verser au salarié le salaire correspondant à l'emploi qu'il occupait avant la suspension de son contrat de travail. Et ce, même si le médecin du travail a constaté que le salarié était inapte à tout emploi dans l'entreprise [1205].

448 L'obligation de reclassement mise à la charge de l'employeur est donc extrêmement contraignante tant en regard du type d'emplois pouvant être proposés, que du périmètre et des modalités dans lesquels elle doit être mise en œuvre [1206]. À ce titre, elle constitue une **limitation au droit de licencier**. Ce n'est que si l'employeur démontre au juge qu'il a correctement rempli son obligation [1207] mais qu'aucun reclassement n'est possible ou encore que le salarié a refusé le ou les offres de reclassement proposées que le licenciement [1208] sera

---

[1204] *« Le délai d'un mois, visé à l'article L. 122-24-4 du Code du travail, à l'issue duquel l'employeur est tenu de verser le salaire correspondant à l'emploi occupé avant la suspension du contrat de travail au salarié déclaré inapte à reprendre son emploi ou tout emploi dans l'entreprise suite à une maladie ou à un accident non professionnel, faute de l'avoir reclassé ou licencié, ne court qu'à partir de la date du second des examens médicaux par le médecin du travail »* : Cass. soc., 8 mars 2006, n°04-44.585, *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 18 avril 2006, n°953.
Confirmation de Cass. soc., 28 janvier 1998, n°95-44.301, *Bull. civ.*, V, n°39.

[1205] Cass. soc., 16 février 2005, n°02-43.792, *CSBP* 2005, n°170, S 183, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2005, p.578, obs. J. SAVATIER ; *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* du 28 février 2005, n°897 ; *RJS* 5/05, n°504.

[1206] Les obligations en termes de reclassement sont d'ailleurs plus fortes en France qu'ailleurs. C'est le cas s'agissant de l'exigence de reclassement interne, qui se retrouve néanmoins fortement en Allemagne et à un degré nettement moindre en Italie et en Espagne. C'est encore plus le cas pour le reclassement externe, la France étant la seule à exiger des efforts de l'entreprise en la matière et en termes de redynamisation des sites industriels : Rapport d'étape du Conseil d'Orientation pour l'Emploi sur la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels, mai 2007 : http://www.coe.gouv.fr/IMG/pdf/COE_SPP_-_Rapport_d_etape.pdf.

[1207] Cass. soc., 7 juillet 2004, n°02-47.686, *CSBP* 2004, n°164, S 364, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 10/04, n°1030 : *« La preuve de l'impossibilité de reclassement incombe à l'employeur »*.

[1208] En aucun cas, le refus du salarié d'un poste de reclassement ne permet de lui imputer la responsabilité de la rupture. Il s'agit toujours d'un licenciement.
Par ailleurs, la Chambre sociale souligne que *« le refus par un salarié d'un poste proposé par l'employeur dans le cadre de son obligation de reclassement n'implique pas, à lui seul, le respect par celui-ci de cette obligation »* : Cass. soc., 29 novembre 2006, n°05-43.470, *JCP*, S, n°7 du 13 février 2007, jurisprudence, 1105, note P.-Y. VERKINDT.

regardé comme reposant sur une cause sérieuse [1209]. Encore faut-il, en sus, rappelons-le, que la cause soit réelle (l'inaptitude a été régulièrement constatée par le médecin du travail ; la situation économique et son effet sur l'emploi sont avérés) et que le licenciement constitue une mesure proportionnée à la situation invoquée. L'idée fondamentale, ici, est que le licenciement n'est justifié que lorsqu'il n'existe aucun moyen de sauvegarder le contrat de travail et donc de préserver l'emploi. En présence d'une inaptitude ou d'un motif économique, le licenciement ne doit constituer que la solution ultime, une fois que toutes les recherches permettant de maintenir l'emploi ont échoué ou ont été refusées par le salarié. La cause sérieuse se trouve donc affermie par l'obligation de reclassement dans le but de consolider la protection du salarié.

449 Certains se sont demandés d'ailleurs si, tôt ou tard, ce principe du licenciement comme ultime solution ne conduira pas à renouveler entièrement la conception des pouvoirs du chef d'entreprise [1210]. Quel que soit le motif invoqué, le licenciement ne pourrait plus intervenir

---

[1209] Le refus du poste de reclassement par le salarié ne peut être fautif. L'unique motif de licenciement demeure l'impossibilité de reclassement.

◆ En matière de licenciement d'un salarié inapte : Cass. soc., 9 avril 2002, n°99-44.678 et n°99-44.192, *CSBP* 2002, n°141, S 272 et S 273, obs. F.-J. PANSIER ; P. ADAM, « Inaptitude d'origine non professionnelle et refus par le salarié d'une proposition de reclassement », *D.* 2003, n°5, sommaires commentés p.306-309 ; *Dr. soc.* 2002, p.661, obs. J. SAVATIER ; *JCP*, G, 2002, II, 10 137, note N. REXAND-POURIAS ; *RJS* 7/02, n°807 ; *TPS*, juillet 2002, n°217, p.13 : *« Ne peut constituer en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement le refus par le salarié du poste de reclassement proposé par l'employeur en application de l'article L. 122-24-4 du Code du travail lorsque la proposition de reclassement emporte modification du contrat de travail »* ; *« Une faute grave ne peut se déduire du seul refus par un salarié du poste de reclassement proposé par l'employeur en application de l'article L. 122-24-4 du Code du travail. Il appartenait à l'employeur de tirer les conséquences du refus de la salariée soit en formulant de nouvelles propositions de reclassement, soit en procédant au licenciement de l'intéressée au motif de l'impossibilité de reclassement »*.

◆ En matière de licenciement économique : Cass. soc., 29 janvier 2003, n°00-46.322, *CSBP* 2003, n°149, S 169, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2003, n°24, jurisprudence, commentaires, p.1592, note S. MORACCHINI-ZEIDENBERG ; *Dr. ouvrier*, juillet 2003, note P. ADAM ; *JCP*, E, 26 juin 2003, chronique, p.1091, note P. MORVAN ; *RJS* 4/03, n°436 ; *RPDS*, novembre 2003, n°703, p.363, note A. LE MIRE ; *TPS*, avril 2003, n°138, p.12 : *« Le salarié menacé de licenciement économique est en droit de refuser les mesures de reclassement qui lui sont proposées par l'employeur »*.

[1210] F. GÉA, « Le « principe de l'ultime remède» et l'obligation prétorienne de reclassement en matière de licenciement pour motif économique » in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p.311.

que s'il était fondé sur une cause réelle et ultime. Le licenciement ne devrait plus seulement être proportionné au fait allégué (faute, maladie prolongée, mésentente, difficultés économiques, etc.) mais, devrait, en outre, être la dernière solution dont dispose l'employeur. Le chef d'entreprise ne disposerait plus de son pouvoir de licencier que s'il a épuisé auparavant toutes les autres solutions. À défaut, le licenciement serait jugé sans cause réelle et sérieuse par les juges.

Tel était l'objectif poursuivi par le législateur de 2002 [1211] en matière de licenciement économique. Une telle mesure ne pouvait être envisagée par un chef d'entreprise que dans trois hypothèses prédéfinies : des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen, des mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise et enfin, des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise. Le Conseil constitutionnel a, de manière très motivée, déclaré cette disposition législative inconstitutionnelle : *« En édictant ces dispositions,* ***le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive, au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi*** *; dès lors, les dispositions de l'article 107 doivent être déclarées non conformes à la Constitution »* [1212]. Cette décision nous montre bien que, contrairement à ce que prédit, entre autres, F. GÉA [1213], le principe du licenciement comme « ultime remède » n'est donc pas prêt à être généralisé à l'ensemble des pouvoirs du chef d'entreprise.

450 À l'opposé, certains militent pour un abandon de l'obligation de reclassement, ou tout le moins pour son atténuation, car faisant peser une trop lourde charge sur l'employeur. Dans cette optique, dès lors que le licenciement repose sur une cause réelle et constitue une mesure proportionnée, il doit être considéré comme justifié. Et ce, afin de faciliter le licenciement et, en conséquence, « flexibiliser » l'embauche. Les arguments trouvent d'ailleurs à s'appliquer tant en matière de licenciement économique que de licenciement pour inaptitude.

[1211] Article 107 de la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

[1212] Conseil constitutionnel, 12 janvier 2002, *D.* 2003, n°17, jurisprudence, sommaires commentés, p.1129, obs. L. GAY ; *JCP*, G, 2002, II, 10 091, note C. FRANCK ; *RJS* 3/02, n°275.

[1213] F. GÉA, « Le « principe de l'ultime remède» et l'obligation prétorienne de reclassement en matière de licenciement pour motif économique » in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p.311.

En matière d'inaptitude d'origine non professionnelle, il est argué que l'obligation de reclassement fait supporter à l'employeur, au moins dans une certaine mesure, une détérioration de la santé du travailleur. En effet, dans le cas d'une inaptitude d'origine professionnelle, l'obligation de reclassement peut être rattachée à l'obligation de sécurité de résultat que la jurisprudence fait peser sur l'employeur en vertu du contrat de travail. Si c'est le travail qui est la cause de l'inaptitude, il est légitime d'organiser le reclassement du salarié dans un emploi compatible avec ses nouvelles capacités physiques. Mais pour M. SAVATIER *« la situation est différente en cas de réalisation d'un risque affectant la santé du travailleur et non imputable aux conditions de travail »* [1214]. Aussi, *« il est difficile de justifier le versement par l'employeur d'indemnités à raison de l'évolution de la santé d'un salarié le rendant inapte à son emploi, si cette inaptitude n'a pas une origine professionnelle »* [1215]. En effet, comme le souligne le rapport de M. GOSSELIN, les entreprises attirent l'attention sur le coût que peuvent représenter l'absence pour maladie, puis le temps de recherche d'un reclassement avec éventuellement l'aménagement du poste de travail, et enfin le licenciement pour inaptitude d'un salarié, notamment lorsque celui ci a acquis une certaine ancienneté. Or, ces coûts sont supportés par les entreprises alors qu'ils correspondent en matière d'accident ou de maladie non professionnelle à un risque qui leur est étranger [1216].

M. SAVATIER propose, par conséquent, non pas de supprimer l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur, mais de mutualiser le risque de santé. M. GOSSELIN reprend en quelque sorte cette idée lorsqu'il propose, dans son rapport, de verser une aide financière aux entreprises de moins de cinquante salariés afin de couvrir l'ensemble des besoins des petites entreprises (aide à l'adaptation du poste et au reclassement, contribution à la prise en charge du coût du remplacement du salarié absent, etc.). Cette aide permettrait à l'employeur de ne pas supporter seul le coût engendré par l'amoindrissement des capacités physiques du salarié

[1214] J. SAVATIER, « L'obligation de reclassement d'un salarié déclaré par le médecin du travail inapte à tout emploi dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p.31.

[1215] J. SAVATIER, « L'obligation de reclassement d'un salarié déclaré par le médecin du travail inapte à tout emploi dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p.34.

[1216] H. GOSSELIN, rapport « Aptitude et inaptitude médicale au travail : diagnostic et perspective »., mars 2007, §1.2.1.2.4, p.29. Rapport disponible sur Internet à l'adresse suivante : www.liaisons-sociales.com/PDF/complement_2216_rapport_gosselin.pdf.

tout en ne portant pas atteinte aux droits des salariés en matière de protection de leur santé au travail [1217].

En matière de licenciement économique, les propos sont plus tranchés concernant l'obligation de reclassement. Certains économistes préconisent, en effet, l'abandon pur et simple de l'obligation faite à l'employeur de rechercher toutes les possibilités de reclassement pour les salariés dont l'emploi doit être supprimé. En lieu et place, l'employeur prononçant un tel licenciement serait redevable d'une contribution de solidarité finançant le « reclassement » des salariés, par le service public de l'emploi (qui, lui-même s'appuierait sur des organismes professionnels rémunérés aux résultats), et représentant le prix de l'emploi supprimé (« la valeur sociale de l'emploi ») [1218].

Selon P. MORVAN, *« du point de vue de l'employeur, cette taxe représenterait plutôt le prix de la tranquillité devant les conseils de prud'hommes que le salarié congédié ne pourrait plus utilement saisir »* [1219]. De façon générale, cette proposition d'une taxation du type « bonus malus » a été accueillie avec beaucoup de circonspection par les juristes mais également par le Conseil d'Orientation pour l'Emploi. Ce dernier estime qu' *« en termes de gestion des ressources humaines, la suppression de l'obligation de reclassement et son remplacement par une taxe sur le licenciement risqueraient de libérer les entreprises de toute obligation vis-à-vis de leurs salariés*. [Elle remettrait] *en cause toutes les évolutions récentes en faveur du développement d'une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et d'une formation accrue des salariés pour adapter leurs compétences. Les entreprises ne seraient au*

[1217] H. GOSSELIN, rapport « Aptitude et inaptitude médicale au travail : diagnostic et perspective »., mars 2007, §2.3.3.2.3, p.83. À côté de l'Etat, les organismes de sécurité sociale concourraient au financement du dispositif visant l'inaptitude professionnelle mais aussi non professionnelle. Rapport disponible sur Internet à l'adresse suivante : www.liaisons-sociales.com/PDF/complement_2216_rapport_gosselin.pdf.

[1218] Rapport de P. CAHUC et F. KRAMARZ (2004) : « De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle », spécialement p.12 : *« Le service public de placement renforcé se substituera à l'obligation de reclassement des entreprises. Il sera financé par une adaptation et une généralisation de la « contribution Delalande » consistant à relier les cotisations patronales aux licenciements : cette contribution permettra de mobiliser environ 5 milliards d'euros, soit près de quatre fois la dotation de l'État à l'ANPE »*., La Documentation française. Le rapport est disponible en intégralité sur Internet à l'adresse suivante : http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000092/0000.pdf.

[1219] P. MORVAN, « La chimère du contrat de travail unique, la fluidité et la créativité », *Dr. soc.* novembre 2006, p.959.

final plus responsabilisées et pourraient se contenter d'une gestion quantitative de leurs ressources humaines, axée sur des paramètres financiers (coût du travail/ coût du licenciement) » [1220].

451 Or, et il s'agit là d'un élément essentiel, **en droit du travail, l'entreprise ne peut être regardée uniquement comme une unité économique ayant pour but de réaliser des profits. Elle a également une dimension sociale** : l'entreprise crée le lien social et l'emploi est une valeur. L'emploi se présente ainsi comme un vecteur d'intégration du salarié dans la vie sociale. Par conséquent, le maintien dans l'emploi, qui est l'objectif poursuivi par l'obligation de reclassement, constitue un élément majeur de sécurisation des parcours professionnels.

Ainsi, les études réalisées sur le « devenir » des salariés inaptes montrent que ces salariés sont souvent exclus du marché du travail [1221]. Les éléments d'appréciation dévoilent que la situation est particulièrement critique pour les salariés de plus de cinquante ans. Tous les travaux mettent en évidence une surreprésentation des seniors parmi les populations de salariés déclarés inaptes. Dès lors, un effort vigoureux en faveur du maintien des salariés dans l'emploi est nécessaire.

De façon semblable, les éléments statistiques laissent percevoir qu'une fois inscrits comme demandeurs d'emploi, les salariés licenciés pour un motif économique rencontrent de grandes difficultés à se réinsérer [1222]. En conséquence, dans une optique de « sécurisation des parcours professionnels » des salariés, il semble indispensable de maintenir, en ce domaine également, une obligation de recherche de solutions internes à l'entreprise ou, à défaut, de reclassements externes. C'est d'ailleurs ce même objectif de maintien dans l'emploi que poursuit la loi du 18

[1220] Rapport d'étape du Conseil d'Orientation pour l'Emploi sur la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels, mai 2007, disponible sur Internet à l'adresse suivante : http://www.coe.gouv.fr.

[1221] Rapport remis par H. GOSSELIN au Ministre de l'emploi en mars 2007 disponible sur Internet à l'adresse suivante : www.liaisons-sociales.com/PDF/complement_2216_rapport_gosselin.pdf.

[1222] Voir notamment l'enquête réalisée par l'UNEDIC auprès de ses services qui montre qu'à la sortie du dispositif de convention de reclassement personnalisé, plus de 61,3% des bénéficiaires sont encore au chômage (Source : *Liaisons sociales Bref social*, n°14933 du 17 août 2007, p.3).

janvier 2005 en imposant l'ouverture de négociations sur la Gestion Prévisionnelle de l'Emploi et des Compétences (GPEC) [1223].

Ainsi, nous assistons à une incontestable **tentative de conciliation entre liberté d'entreprendre des entreprises et droit des salariés à l'emploi**. L'obligation de reclassement n'implique pas systématiquement le maintien de l'emploi mais les entreprises doivent envisager de façon consciencieuse et diligente toutes les possibilités permettant d'éviter le licenciement lorsque le salarié se trouve en position de vulnérabilité en raison, soit de son état de santé [1224], soit de la situation économique de l'entreprise voire du bassin d'emploi. À défaut, le licenciement est regardé par le juge comme ne reposant pas sur une cause sérieuse. De la sorte, la cause sérieuse se trouve affermie, en ces hypothèses, par l'obligation de reclassement dans le but de consolider la protection de l'emploi et, *in fine*, celle du salarié placé en état de faiblesse.

[1223] Article L. 320-2 du Code du travail.

Pour approfondir le sujet de la GPEC, voir notamment : B. TEYSSIÉ, « À propos d'une négociation triennale : commentaire de l'article L. 320-2 du Code du travail », *Dr. soc.* 2005, p.377-385 ; H.-J. LEGRAND, « Sur un nouvel objet juridique non identifié, la « GPEC » », *Dr. soc.* mars 2006, p.330-333 ; P.-H. ANTONMATTÉI, « GPEC et licenciement pour motif économique : le temps des confusions judiciaires », *Dr. soc.* mars 2007, p.289-292 ; H. ROUILLEAULT, « Obligation triennale de négocier, où en est-on ? », *Dr. soc.* septembre – octobre 2007, p. 988-995 ; S. BÉAL et M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi », *JCP*, S, n°1-2 du 9 janvier 2007, p.23-26 ; R. DALMASSO, J. DIRRINGER, L. JOLY et T. SACHS, « Variations autour de la gestion prévisionnelle des emplois », *RDT*, septembre 2007, p.513-518 ; F. LEPANY, « GPEC : un préalable obligatoire au plan de sauvegarde de l'emploi », *Semaine Sociale Lamy* du 9 octobre 2006, n°1277, p.9-10 ; N. DE SEVIN et F. ZUNZ, « La GPEC n'est pas toujours une réponse adaptée aux problèmes de sureffectif », *Semaine Sociale Lamy* du 9 octobre 2006, n°1277, p.10-11 ; F. FAVENNEC-HÉRY, « Du droit du licenciement économique au droit de l'employabilité du salarié », *Semaine Sociale Lamy* du 22 janvier 2007, n°1291, p.3-7 ; G. BÉLIER et S. GUEDES DA COSTA, « GPEC / PSE : deux dispositifs autonomes », *Semaine Sociale Lamy* du 22 janvier 2007, n°1291, p.8-11.

[1224] De manière plus large, le salarié victime d'un accident ou d'une maladie d'origine non professionnelle se trouve également en position de vulnérabilité. À ce titre, il pourrait être envisagé d'imposer une obligation de reclassement à l'employeur qui souhaite licencier un salarié malade en raison du trouble objectif que subit l'entreprise en raison de l'absence prolongée ou répétée. Mais nous avons souligné auparavant les difficultés pratiques qu'engendrerait une telle obligation (Voir les développements relatifs au trouble objectif apporté dans le bon fonctionnement de l'entreprise, cause sérieuse de licenciement).

452 De manière plus générale, nous pouvons conclure en soulignant que c'est cette même intention de protéger l'emploi qui a guidé le législateur de 1973 lorsque celui-ci a exigé de l'employeur qu'il fournisse toujours une cause sérieuse à l'appui du prononcé d'un licenciement. En effet, **dans la mesure où la situation professionnelle d'une personne en dépend, le légiférant a souhaité que le licenciement, décision unilatérale de rupture du cocontractant employeur, ne puisse être prise de façon arbitraire**. Aussi, en requérant une cause sérieuse, une mise en balance des intérêts est nécessaire : le motif qui conduit à prendre une décision de rupture ne doit pas être dérisoire au regard des inconvénients subis par le cocontractant. C'est un **principe de proportionnalité** qui trouve ici à s'appliquer avec, pour suite, la proclamation du pouvoir de contrôle *a posteriori* du juge. De la sorte, lorsqu'ils sont saisis, les magistrats doivent identifier si le degré de gravité des faits allégués justifie, de manière objective, un licenciement. En effet, le licenciement doit, objectivement, être justifié indépendamment de l'appréciation morale de celui qui le prononce.
En outre, dans la mesure où les pouvoirs patronaux trouvent leur légitimité mais également leurs limites dans la nécessité d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise, les juges doivent examiner si la décision de licencier est conforme à l'intérêt de l'entreprise [1225]. Elle l'est uniquement si elle contribue, dans le respect des intérêts propres à chacun des acteurs de l'entreprise, à améliorer son fonctionnement, à assurer son développement ou à permettre sa survie.

453 Ainsi, **dans tous les cas, quel que soit le motif avancé par l'employeur, le licenciement doit, objectivement, constituer une décision proportionnée et être prononcé dans l'intérêt de l'entreprise**. Le pouvoir patronal de licencier, prolongement de la liberté d'entreprendre, demeure donc entier. Néanmoins, afin de préserver également le droit des salariés à l'emploi, ce pouvoir est assujetti à un contrôle objectif de proportionnalité avec pour mètre étalon l'intérêt de l'entreprise.

[1225] Sur la notion d'« intérêt de l'entreprise », voir : B. TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.* 2004, n°24, p.1680 – 1687.

Conclusion du Chapitre

Ce chapitre nous a permis de mettre en relief la justification du licenciement.

La loi fondatrice en la matière est celle du 13 juillet 1973. Elle ne supprime pas le pouvoir de résiliation unilatérale de l'employeur mais y apporte un cadre précis en exigeant, notamment, que le licenciement repose toujours sur une « cause réelle et sérieuse ». L'employeur peut donc rompre le contrat de travail mais uniquement pour un motif dont les juges contrôleront, en cas de litige, le caractère réel et sérieux.
Le but poursuivi par le législateur en imposant une telle « cause réelle et sérieuse » était **d'objectiver la cause du licenciement afin d'objectiver subséquemment le pouvoir patronal de licencier**. La relation de travail est, en effet, intrinsèquement inégalitaire [1226], l'objectivation de la cause, sous le contrôle du juge, tente donc un rééquilibrage au moment de la rupture. L'employeur ne doit pas exercer son « pouvoir » de licencier de manière arbitraire.

454 Ainsi, tout d'abord, **le licenciement doit reposer sur une cause existante**, c'est à dire sur des faits réels et avérés. Au terme de notre étude, nous avons constaté que les juges ont concrétisé ce souhait en protégeant, progressivement, le salarié contre les jugements discrétionnaires de l'employeur. De la sorte, en matière de licenciement pour motif personnel, le licenciement ne peut plus être causé que par des éléments objectifs qui, en sus, sont imputables personnellement au salarié. Identiquement, lorsque le motif est économique, le juge contrôle la véracité des raisons économiques alléguées et si leur incidence sur l'emploi est exacte.
C'est donc une logique d'« **objectivité – réalité »** qui s'est imposée au fil des années et des arrêts. Aujourd'hui, le licenciement ne peut plus reposer que sur des éléments matériels, concrets.

455 Mais l'objectivité ne peut reposer uniquement sur l'exigence de véracité des faits allégués à l'appui du licenciement. Le législateur exige, en outre, que **le licenciement constitue, objectivement, une mesure proportionnée aux faits établis et une décision prise dans l'intérêt de l'entreprise**. Le licenciement doit, objectivement, être justifié

[1226] Le lien de subordination est, en effet, le critère qui permet de distinguer le contrat de travail d'autres contrats.

indépendamment des intérêts catégoriels respectifs de l'employeur et du salarié [1227].
Autrement dit, c'est une logique d'**« objectivité –impartialité »** qui doit guider l'employeur dans sa décision de licencier, puis le juge dans le contrôle qu'il exerce sur la cause sérieuse.

La résolution d'objectiver la justification irrigue donc l'ensemble du contentieux du licenciement. Et avec elle, la tentative de réaliser, chaque fois, une égalité de droits dans une situation où n'existe pas d'équivalence entre cocontractants.

456 Mais qu'est-ce que l'objectivité, sinon une chimère ? Nous sommes tous des êtres totalement subjectifs. Nous ressentons, voyons, entendons, interprétons, analysons selon nos qualités (ou nos défauts) et selon nos propres grilles de représentations. Comme le rappellent les philosophes, l'un des arts les plus difficiles consiste à observer le monde sans porter de jugement. Jusqu'où, alors, est-il réellement possible d'objectiver la rupture de la relation de travail et, plus largement, les rapports humains ? La question reste ouverte.

Il n'en demeure pas moins que **grâce à la notion de cause réelle et sérieuse, un contrôle objectif du motif de rupture du contrat de travail est préféré au contrôle subjectif** soutenu jusqu'en 1973.
Pour autant, un tel contrôle subjectif n'a pas totalement disparu du paysage de la cessation du contrat de travail. Il demeure effectivement, actuellement, en vigueur pour des modes de rupture autres que le licenciement. C'est ce que nous allons étudier dorénavant.

[1227] Contrairement à ce qui existe en Allemagne où le juge, lorsqu'il est amené à apprécier la légitimité d'un licenciement, doit procéder à un bilan consistant à mettre en balance les intérêts que la mesure permet de préserver et ceux auxquels elle porte atteinte. Ce mode de raisonnement implique une confrontation directe des intérêts respectifs de l'employeur et du salarié.

CHAPITRE II

La cause justificative des autres modes de rupture du contrat de travail : du contrôle restreint au contrôle normal

Pendant longtemps, chaque partie à un contrat de travail à durée indéterminée possédait le droit d'y mettre fin unilatéralement de façon discrétionnaire. La seule réserve était l'abus de droit. Le salarié demandeur avait ainsi la charge de la preuve d'un abus commis par son employeur dans l'exercice de son droit qui n'avait pas à être motivé.
Tout change avec la loi du 13 juillet 1973. L'homologie entre le licenciement et les autres modes de rupture du contrat de travail est définitivement rompue, au profit d'un ordre public de protection du salarié. Tout licenciement doit dorénavant être motivé et justifié par une cause réelle et sérieuse.

Pour autant, les ruptures non motivées et leur soumission au contrôle de l'abus de droit ne disparaissent pas du paysage des ruptures du contrat de travail (Section 1).
En effet, en premier lieu, le salarié conserve un droit discrétionnaire de rompre un contrat de travail à durée indéterminée qui ne lui convient plus. Toutefois, il ne doit pas se servir de ce droit de manière abusive. Par ailleurs, si la motivation de la rupture n'est nullement requise en période d'essai ou période de consolidation d'emploi du contrat nouvelles embauches, il n'en demeure pas moins que l'auteur ne doit pas utiliser abusivement son droit de rompre le contrat de travail. C'est ce que le juge contrôle, *a posteriori*, en cas de contentieux.
Sans remettre en cause la faculté de résiliation unilatérale du contrat synallagmatique conclu sans limitation de durée, le juge social en limite les excès *via* un contrôle que l'on peut qualifier de « restreint », par analogie avec celui de légalité déployé par les juridictions administratives sur les motifs d'un acte de l'Administration pris en vertu d'un pouvoir discrétionnaire.

Entre ces ruptures non motivées et celle nécessairement justifiée par une cause réelle et sérieuse, il existe une dernière catégorisation du pouvoir unilatéral de rompre. Un pouvoir qui est conditionné à certaines causes préétablies légalement et sur lequel le juge exerce un contrôle que nous qualifierons de « normal », à mi-chemin entre le contrôle « restreint » de l'abus de droit et le contrôle « maximum » de proportionnalité de la cause réelle et sérieuse de licenciement. Ce contrôle « normal » consiste, pour le juge, à rechercher si les faits sont « de nature » à justifier juridiquement la décision de rupture du contrat de travail. Il ne s'agit nullement de rechercher si la rupture était exactement proportionnée aux faits reprochés mais d'examiner si la rupture est motivée par une des causes légalement prévues (Section 2).

Section 1 - La rupture immotivée soumise au contrôle « restreint » de l'abus de droit

Tout en instituant l'exigence d'une cause réelle et sérieuse à l'appui d'un licenciement, la loi du 13 juillet 1973 a écarté cette condition pendant la période d'essai [1228]. C'est alors sur le terrain traditionnel de l'abus de droit que se placent les juges pour sanctionner un employeur ayant utilisé outrageusement sa liberté de rompre le contrat de travail, et ce qu'il s'agisse d'un contrat de travail à durée limitée ou non (§2). De façon similaire, l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 pose le principe de la libre rupture de la période de consolidation d'emploi du contrat nouvelles embauches (CNE). L'employeur n'a pas à alléguer de cause réelle et sérieuse à l'appui de la rupture. Toutefois, l'employeur ne doit pas abuser de son droit de rompre (§3). Enfin, si aucune disposition légale ne requiert du salarié qu'il légitime sa démission, il n'en demeure pas moins qu'il ne doit en aucun cas abuser de son droit (§1).

457 Aussi, convient-il, liminairement, de définir ce que recouvre la notion d'« abus de droit » [1229]. Cette tâche n'est guère aisée dans la mesure où la notion d'abus de droit englobe des réalités très différentes en fonction de la matière à laquelle elle s'applique. De manière très générale et succincte, l'abus de droit peut être défini comme l'usage excessif d'une prérogative juridique [1230]. Cette notion juridique permet ainsi de sanctionner tout usage d'un droit qui dépasse les bornes du raisonnable.

Deux grandes formes d'abus de droit semblent pouvoir être dégagées de l'étude de la jurisprudence : « l'abus intention de nuire » et « l'abus fraude ».
L'« abus intention de nuire », se caractérise par un acte qui n'est effectué que dans le seul dessein de nuire à autrui, qu'il soit mis en œuvre de mauvaise foi ou simplement avec une

---

[1228] Article 24 b de la loi du 13 juillet 1973 : *« Le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserve de l'application des règles ci-après définies. Ces règles ne sont pas applicables pendant la période d'essai »*.

[1229] Sur ce sujet, voir P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus de droit dans le contrat. Essai d'une théorie*, Préface R. BOUT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2000.

[1230] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2005, au terme « Abus ».

légèreté blâmable. Quant à l'« abus fraude », il correspond à l'acte de détournement des termes d'une loi ou d'un pouvoir pour atteindre un objectif contraire à celui poursuivi.

Nous allons voir, au fil de nos développements, que le juge social utilise pour sa part cumulativement les deux aspects de la notion d'abus de droit afin, non de remettre en cause la faculté de résiliation unilatérale de chacune des parties à un contrat à durée indéterminée, mais d'en limiter les excès.

§ 1 - La démission

458 En vertu de l'article 1780 du Code civil, *« le louage de service fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes »*. Il s'agit là d'une consécration du pouvoir absolu de la volonté. Aussi, le cocontractant salarié dispose t-il, dans un contrat de travail conclu sans limitation de durée, d'un droit de résiliation unilatérale, tout comme son cocontractant employeur. Mais la comparaison s'arrête à ce constat.
En effet, si la rupture émanant de l'employeur, qui est qualifiée de licenciement, est soumise à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, la démission, quant à elle, demeure sous l'emprise du droit civil.

La **liberté** de démissionner est totale. Le salarié n'a pas à motiver sa décision. Le seul désir de mettre fin à la subordination juridique (intrinsèque au contrat de travail) et donc sa volonté de reprendre sa liberté constitue un motif légitime pour le salarié. Il n'a pas à s'expliquer sur les mobiles à l'origine de sa décision. L'acte de démission trouve sa cause, au sens civiliste du terme, dans la volonté légitime de mettre fin au contrat de travail. Inversement à ce qui existe en matière de résiliation unilatérale à l'initiative de l'employeur, la loi n'exige pas que la démission repose sur une cause réelle et sérieuse. La démission est un pouvoir discrétionnaire.

459 Cependant, s'il s'agit bien d'un pouvoir discrétionnaire, il ne constitue pas pour autant un pouvoir arbitraire. En effet, lorsque le salarié abuse dans l'exercice de son droit de résiliation unilatérale, l'employeur peut intervenir, *a posteriori*, pour voir engagée sa responsabilité devant le juge. La juste limite de la libre faculté de rompre se situe donc dans l'abus de droit. Tel est le principe dégagé par l'alinéa 2 de l'article 1780 du Code civil en

1890 [1231] et repris ensuite en l'article L. 122-13 du Code du travail [1232]. Le salarié engage sa responsabilité et ouvre droit, pour l'employeur, au versement de dommages et intérêts en cas d'abus.

Mais les litiges concernant les démissions abusives sont rares en jurisprudence et les condamnations de salariés exceptionnelles. Ce sont le plus souvent les circonstances entourant la rupture qui en caractérisent l'abus et non le motif du départ.

Ainsi, la démission est jugée abusive chaque fois que le salarié exerce son droit avec l'intention de nuire à l'entreprise [1233], ou de mauvaise foi [1234], voire avec une légèreté blâmable [1235] appréciée *in abstracto*, par référence à un comportement jugé normal et

---

[1231] Article 1780 du Code civil, alinéa 2 : *« La résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages et intérêts »*.

[1232] Article L. 122-13 du Code du travail : *« La résiliation d'un contrat de travail à durée indéterminée, à l'initiative du salarié, ouvre droit, si elle est abusive, à des dommages et intérêts »*.

[1233] ◆ Cass. soc., 19 juin 1959, *Bull. civ.*, IV, n°833 : En l'espèce, le salarié, expert-comptable, quitte brusquement l'entreprise dans le but de nuire à l'employeur.

◆ Cass. soc., 28 mars 1966, *Bull. civ.*, IV, n°325 : En l'espèce, le salarié, représentant, abandonne brusquement une représentation pour entreprendre immédiatement la prospection de la même clientèle pour une entreprise rivale.

◆ CA Nîmes, 20 novembre 1991, Vaisselier C/ Sté Lacassagne : En l'espèce, le salarié, agent d'exploitation, principal rouage de l'entreprise, quitte soudainement et brutalement l'entreprise, en pleine activité saisonnière, ce qui dénote de sa part une volonté de nuire.

[1234] ◆ Cass. soc., 21 mars 1979, *Bull. civ.*, V, n°254 : En l'espèce, le salarié quitte immédiatement son employeur afin de créer une entreprise concurrente.

◆ CA Toulouse, 24 février 1995, SARL Relais des Troubadours c/ David : En l'espèce, le salarié chef cuisinier, démissionne alors que l'employeur doit assurer un banquet 2 jours plus tard.

◆ CA Besançon, 13 septembre 1996, Sté de construction de fours électriques de Besançon c/ Mme Girard : En l'espèce, le salarié, employé au service comptabilité, quitte brusquement l'entreprise au moment d'un contrôle fiscal alors que sa présence est indispensable en permanence.

[1235] ◆ Cass. soc., 26 avril 1967, *Bull. civ.*, IV, n°331 : Constitue une légèreté blâmable le fait pour le salarié d'avoir mis fin au contrat avant même la prise d'emploi, et ce, sans motif valable.

◆ Cass. soc., 11 janvier 1994, Snoussi c/ SA Sté Axon Câble : Constitue un abus de droit le départ brutal d'un ingénieur chimiste sans remise d'un rapport ou de notes sur les travaux en cours d'étude ou d'exécution.

raisonnable. Il faut cependant préciser que le non-respect du délai de préavis ne constitue pas à lui seul l'abus [1236].

L'étude du (rare) contentieux nous montre que la Cour de cassation retient une conception très restrictive de l'abus de droit en présence d'une démission. L'abus du salarié n'est qu'exceptionnellement retenu. Il ne s'agit pas, effectivement, pour les juges d'introduire un contrôle des mobiles à l'origine de la rupture *via* la notion d'abus de droit.

La prérogative accordée au salarié, subordonné juridiquement et économiquement à son cocontractant, doit s'exercer dans toute sa plénitude. Le contrôle judiciaire de l'abus de droit doit avoir seulement pour but d'assurer une certaine normalité des rapports juridiques. À l'inverse, dès lors que la faculté de résiliation est mise en œuvre par l'employeur, elle nécessite un contrôle plus attentif du juge. Comme l'explique S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, la notion d'abus du salarié *« remplit une fonction de protection de la vie sociale contre des comportements qui ne sauraient se justifier même par l'exercice d'un droit ou d'une liberté fondamentale »*. En revanche, *« la sanction des abus de l'employeur est plus spécialement dirigée vers l'intérêt de l'entreprise qui justifie et limite corrélativement les pouvoirs par lui détenus »* [1237]. Par conséquent, le contrôle des pouvoirs de l'employeur ne saurait se limiter à la malveillance ou l'excès. Et ce, y compris lorsque la rupture est déclenchée en période d'essai. C'est ce que nous allons examiner à présent.

§ 2 - La rupture de la période d'essai

460 Pendant longtemps, aucune disposition législative générale ne vise la période d'essai. Cette période n'est guère prévue qu'à l'égard des apprentis et des représentants de commerce. Mais, par analogie, la Cour de cassation l'étend très vite à l'ensemble des salariés et affirme que chaque cocontractant dispose durant l'essai de la faculté discrétionnaire de rompre unilatéralement le contrat. Ainsi, selon cette juridiction, l'employeur *« est seul juge de la question de savoir si* [le salarié] *a fait preuve de capacités nécessaires pendant la durée de*

[1236] Cass. soc., 16 novembre 2004, n°02-46.135, *CSBP* 2005, n°167, S 55, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 2/05, n°149 : *« En l'absence d'abus manifeste ou d'intention de nuire, le salarié qui démissionne et refuse d'effectuer le préavis conventionnel ne peut être tenu au paiement d'une indemnité de brusque rupture »*.

[1237] S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'abus du salarié », *JCP*, S, n°19 du 9 mai 2006, 1376, p.15.

l'épreuve, et que, le congédiement faisant présumer le grief d'incapacité, il n'a point à énoncer d'autre motif » [1238]. La Cour de cassation va même plus loin en décidant, dans un arrêt du 5 janvier 1945, que non seulement la rupture durant la période d'essai est discrétionnaire mais peut également être arbitraire : *« pendant la période d'essai, le contrat peut, sauf convention contraire, être rompu à tout moment quel que soit le motif, d'ordre technique ou non, pour lequel l'employé soumis à l'épreuve ne paraît pas convenir à l'emploi envisagé,* ***sans que puisse intervenir la notion d'abus*** *et sans qu'il puisse être question d'un retour au droit commun pour l'allocation d'indemnités »* [1239].

Le principe d'un pouvoir discrétionnaire de rompre pendant un temps limité d'épreuve est donc affirmé de manière traditionnelle. La liberté de décision pendant la période d'essai prévaut sur toute autre considération et notamment sur l'impératif de stabilité d'emploi.

461 La loi du 13 juillet 1973, tout en imposant à l'employeur qu'il justifie le licenciement qu'il prononce par une cause réelle et sérieuse, ne remet pas en cause l'existence de la période d'essai. Au contraire, et de manière singulière, c'est la première fois qu'une loi fait expressément référence, de manière générale, à ce temps contractuel afin de pouvoir l'exclure du régime du licenciement [1240]. Par conséquent, lorsqu'une période d'essai est convenue, chacune des parties peut, à sa guise, se libérer du lien contractuel et ceci sans contrainte de motivation.

Mais il ne faut pas en déduire que ce droit discrétionnaire de rupture [1241] est un droit arbitraire. En effet, contrairement à ce qu'avait pu laisser entendre un temps la Cour de

---

[1238] Cass. civ. 18 avril 1932, *Gaz. Pal.* 1932, 2, 183.

Dans le même sens :
- Cass. soc., 18 janvier 1957, *JCP*, 1957, II, 9887, note G. D.
- Cass. soc., 22 juillet 1970, *JCP*, 1970, IV, 247.

[1239] Cass. soc., 5 janvier 1945, *Dr. soc.* 1946, p.36, obs. J. CARBONNIER.

[1240] Article 24 b de la loi du 13 juillet 1973 : *« Le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserve de l'application des règles ci-après définies. Ces règles ne sont pas applicables pendant la période d'essai ».*

[1241] Expression utilisée expressément par la Cour de cassation pendant longtemps. Voir notamment : Cass. soc., 2 juin 1981, *Bulletin Social Francis Lefebvre* 8-9/81 et Cass. soc., 23 juillet 1984, *Bulletin Social Francis Lefebvre* 11/84.

cassation, il n'existe pas de présomption irréfragable de légitimité. Comme tout droit, celui-ci est susceptible d'abus.

462 Lorsque l'initiative de la rupture émane du salarié, l'abus de droit est examiné par la Cour de cassation identiquement à celui qui peut exister en présence d'une démission. Seul un abus de droit révélant une intention de nuire ou une légèreté blâmable permet d'engager la responsabilité du salarié envers son employeur. Comme en matière de démission, la Cour de cassation retient une conception extrêmement restrictive de l'abus en la matière [1242].

463 La question de l'abus de droit est plus délicate lorsque la rupture de la période d'essai émane de l'employeur.

Très vite, la Cour de cassation a assorti le principe de libre rupture de la réserve classique de « l'abus intention de nuire » tel que nous l'avons présenté précédemment. Tout comme le salarié, l'employeur ne doit pas utiliser son droit de rompre le contrat de travail en période d'essai dans la seule intention de nuire à son cocontractant. De la même façon, l'employeur ne doit pas agir avec une légèreté blâmable.
Ainsi, chaque fois que l'employeur abuse de son droit en agissant avec l'intention de nuire au salarié [1243] ou, plus largement, avec une légèreté blâmable [1244], sa responsabilité est engagée envers le salarié.

[1242] Voir cependant, l'arrêt Cass. soc., 9 mai 1979, n°78-40.704, *Bull. civ.*, V, n°392 déclarant abusive la décision du salarié d'interrompre la période d'essai. En l'espèce, le salarié, en période d'essai, participait à des épreuves de qualification et avait refusé de les poursuivre en réclamant une augmentation très importante de la rémunération prévue, une augmentation que l'employeur ne pouvait envisager. La Cour de cassation décide que ce salarié avait commis une faute dans l'exercice de son droit de reprendre sa liberté, et avait donc rompu abusivement la période d'essai, du fait que ces épreuves de qualification avaient lieu en présence d'experts internationaux réunis spécialement et de représentants de la société pour laquelle des travaux devaient être exécutés, et que la brusque décision du salarié n'avait pas permis à l'employeur de prendre d'autres dispositions.

[1243] Cass. soc., 10 mai 1973, n°72-40.016, *Bull. civ.*, V, n°296 : En l'espèce, est jugée abusive la rupture de la période d'essai de l'épouse et du fils d'un cadre (lui-même licencié abusivement), cette mesure étant sans rapport avec les conditions ou les résultats de l'essai de ces deux personnes, mais apparaissant exclusivement comme une mesure de rétorsion.

[1244] ◆ Cass. soc., 20 juin 1984, n°81-40.024 : La Cour de cassation décide que procède d'une légèreté blâmable de l'employeur la rupture de la période d'essai alors que le salarié directeur commercial avait été entravé dans l'exercice normal de ses fonctions. En l'espèce, l'entreprise infligeait à ce salarié des vexations et

Mais la question s'est très vite posée en jurisprudence de savoir si l'abus de droit de l'employeur ne pouvait revêtir une autre forme. En effet, la période d'essai est destinée à tester l'aptitude du salarié, ses capacités professionnelles et son adaptation à l'emploi qui lui est confié. Aussi, selon la Cour de cassation, la liberté de rupture trouve sa limite naturelle dans l'objet de l'essai.

Chaque fois que le salarié parvient à prouver que la décision de mettre fin au contrat de travail procède de considérations étrangères à l'appréciation de ses capacités professionnelles, il peut obtenir réparation sur le fondement de la rupture abusive. C'est ici la seconde conception de l'abus, celle de « l'abus fraude » qui s'applique : dès lors qu'un contractant détourne les termes d'une loi ou d'un pouvoir qui lui est donné pour atteindre un objectif contraire à celui poursuivi, il peut être condamné pour abus de droit.

L'employeur est libre de mettre fin au contrat de travail durant toute la période d'essai et sa décision est présumée légitime. L'employeur est effectivement présumé avoir un juste motif de renvoi : les résultats non concluants de l'essai. Mais il s'agit d'une **présomption simple**. C'est au salarié de prouver contre cette présomption [1245]. Il doit démontrer qu'il a été congédié pour un motif étranger à l'essai afin d'établir l'inexactitude du motif présumé. **Dès lors que l'employeur rompt le contrat de travail pour une cause non liée à la finalité de**

---

lui adressait des reproches incompatibles avec les responsabilités confiées, alors que ses compétences étaient attestées par différents éléments de fait.

◆ Cass. soc., 18 juin 1996, *JCP*, G, 1996, II, 22 739, note C. PUIGELIER : En l'espèce, la Cour de cassation estime que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable en mettant fin à l'essai avant la reprise du travail par le salarié en raison du dynamisme et de la qualité des prestations de son remplaçant.

◆ Cass. soc., 5 mai 2004, n°02-41.224, *Bull. civ.*, V, n°123 ; *CSBP* 2004, n°162, S 277, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2004, p.786, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 7/04, n°792 ; *TPS*, juillet 2004, n°224 : La Cour de cassation considère que l'employeur a agi avec une précipitation blâmable et a abusé de son droit de résiliation à propos de la rupture intervenue une semaine après l'embauche d'un salarié âgé de 45 ans alors que celui-ci venait de démissionner et effectuait un stage d'adaptation aux techniques de la société et qu'il n'avait pas encore été mis en mesure d'exercer ses fonctions.

◆ Cass. soc., 20 février 2007, n°05-44.553, *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 10 avril 2007, p.3 : *« Ayant relevé que le salarié n'avait pas été mis en mesure pendant la période d'essai d'exercer les fonctions de représentant de site qui lui avaient été attribuées par le contrat de travail et que la direction effective de l'agence avait été confiée à un autre salarié, la Cour d'appel a pu décider que l'employeur, en mettant fin à l'essai, avait agi avec une légèreté blâmable et abusé de son droit de résiliation »*.

[1245] Cass. soc., 20 décembre 1977, n°76-41.096, *Bull. civ.*, V, n°720.

l'essai [1246] **ou parce qu'il n'a pas permis au salarié de montrer ses capacités professionnelles relatives à l'emploi proposé** [1247]**, le détournement de pouvoir est retenu**

[1246] ◆ Cass. soc., 20 octobre 1998, n°97-41.087 : En l'espèce, la rupture de la période d'essai est motivée par une réclamation de la salariée au sujet de sa rémunération.

◆ Cass. soc., 28 mars 2001, n°99-42.471 : En l'espèce, l'employeur rompt le contrat de travail 15 jours après l'embauche, sans que le délai de prévenance prévu par le contrat ait été respecté et pour des motifs étrangers aux qualités professionnelles de l'intéressé alors que le salarié avait démissionné de son précédent emploi pour s'engager au sein de la société qui l'avait laissé dans l'ignorance de l'instabilité de son nouvel emploi.

◆ Cass. soc., 4 juillet 2001, n°99-44.469 : En l'espèce, la rupture est motivée par le refus du salarié d'accepter une proposition de l'employeur impliquant l'extension de son secteur d'activité ainsi que l'adjonction d'une clause de mobilité qui fait ressortir que la résiliation ne pouvait avoir pour cause l'insuffisance des capacités professionnelles du salarié.

◆ CA Grenoble, 19 mai 2003, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* du 15 juillet 2003, n°935 ; *Semaine Sociale Lamy* du 23 juin 2003, n°1128, p.14 : *« Si la période d'essai permet à l'employeur de tester l'aptitude professionnelle du salarié à exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté et peut être rompu discrétionnairement par chaque partie au contrat, sa rupture pour des motifs étrangers à cette aptitude professionnelle revêt nécessairement un caractère abusif. Ainsi, a commis un abus dans l'exercice de son droit de résiliation, une société spécialisée dans la réalisation de prestations informatiques qui, après avoir recruté un ingénieur développement en vue de la prospection de clients potentiels et de la constitution d'un « stock » de salariés afin de répondre à d'éventuelles demandes, a rompu sa période d'essai au seul motif que le client pour lequel le salarié avait été recruté ne signerait pas de contrat, détournant ainsi la période d'essai de son but ».*

◆ Cass. soc., 5 mai 2004, n°01-47.086, *Bull. civ.*, V, n°128 ; *CSBP* 2004, n°162, S 276, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2004, p.787, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 7/04, n°790 ; *TPS*, juillet 2004, n°225 : En l'espèce, l'employeur rompt le contrat de travail d'un conducteur de bus à la reprise de son arrêt de travail lié à l'agression dont il avait été victime. Pour les juges, cette rupture était en réalité fondée sur la volonté de l'employeur de ne pas conserver un salarié qui aurait pu être fragilisé par l'agression subie pendant l'exécution de son contrat de travail.

[1247] ◆ Cass. soc., 2 février 1994, n°90-43.836, *D.* 1995, jurisprudence, p.550, note P. PRZEMYSKI-ZAJAC : *« Commet un abus de droit de résiliation l'employeur qui agit avec une précipitation inhabituelle pour interrompre la période d'essai d'un salarié qui, en raison de difficultés matérielles rencontrées, n'a pu exercer normalement sa profession et n'a pas été mis en situation, durant la brève période qui a précédé la rupture, de donner la preuve de sa capacité ».*

◆ Cass. soc., 15 novembre 2005, n°03-47.546, *CSBP*, février 2006, n°177, S 98, obs. H. GILLIER : *« Si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus. Caractérise un tel abus la Cour d'appel qui constate que l'employeur avait mis fin à la période d'essai moins de 2 semaines après le début des relations contractuelles et que le salarié, qui venait de démissionner de son emploi précédent et avait été*

et l'employeur condamné au versement de dommages et intérêts.

Le problème principal tient ici en la preuve dans la mesure où l'employeur n'a pas à motiver la rupture, c'est à dire à indiquer et expliquer par écrit les raisons de sa décision en amont de tout contentieux. En vertu de l'article 1315 du Code civil [1248], C'est le salarié qui supporte seul la charge de la preuve : la charge de la preuve de l'abus de droit incombe à celui qui l'invoque.

464 Ce problème du fardeau de la preuve est, cependant, écarté en un cas : celui où le salarié se prétend victime d'une discrimination [1249]. En effet, en vertu de l'article L. 122-45 du Code du travail [1250], en cas de litige, *« le salarié [...] présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu, de ces éléments,* ***il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination****. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »*. La liste des motifs de discrimination est longue : origine ; sexe ; mœurs ; orientation sexuelle ; âge ; situation de famille ; grossesse ; caractéristiques génétiques ; appartenance ou non-appartenance, vraie ou

---

engagé après de longues négociations avec le Président Directeur Général, n'avait pas été mis en mesure de donner la preuve de ses véritables qualités et de sa capacité professionnelle compte tenu notamment de l'importance de ses fonctions ». En l'espèce, le salarié était directeur général adjoint.

◆ Cass. soc., 20 février 2007, n°05-44.553, *CSBP* n°191, juin 2007, S 253, obs. C. CHARBONNEAU : *« Si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus. Caractérise un tel abus la Cour d'appel qui constate que le salarié n'avait pas été mis en mesure d'exercer les fonctions de responsable de site qui lui avaient été attribuées par le contrat de travail et que la direction effective de l'agence avait été confiée à un autre salarié »*.

[1248] *« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver »*.

[1249] Ou d'un harcèlement qu'il soit sexuel (article L. 122-46 du Code du travail) ou moral (article L. 122-49 du Code du travail).

[1250] Article L. 122-52 du Code du travail à propos du harcèlement : *« En cas de litige relatif à l'application des articles L. 122-46 et L. 122-49, dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa* ***décision*** *est* ***justifiée par des éléments objectifs*** *étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »*.

supposée, à une ethnie, une nation ou une race ; opinions politiques ; activités syndicales ou mutualistes ; convictions religieuses ; apparence physique ; patronyme ; état de santé et enfin handicap.

Chaque fois que le salarié présente au juge des éléments de fait laissant supposer que la décision de rupture de la période d'essai de l'employeur est fondée sur un de ces motifs discriminatoires, ce dernier doit démontrer qu'il n'en est rien et que sa décision repose uniquement sur le jugement des aptitudes professionnelles du salarié. À défaut, le juge retient le caractère discriminatoire de la rupture. Ce n'est alors plus la sanction de l'abus de droit qui trouve à s'appliquer mais bien la **nullité de l'acte** [1251].

Au plan civil, la nullité de la rupture de la période d'essai est sanctionnée par la remise en l'état, c'est à dire par la réintégration du salarié dans son emploi dans les conditions originelles. Toutefois, si le salarié choisit de ne pas demander sa réintégration, il a droit, non seulement aux indemnités de rupture, mais aussi à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite de la rupture [1252]. En outre, la rupture discriminatoire de la période d'essai par l'employeur peut aussi constituer un délit, passible de sanctions pénales [1253].

465 Enfin, nous devons souligner que, par exception au principe de libre rupture de la période d'essai, **la motivation réapparaît lorsque l'employeur invoque un motif**

[1251] Exemple : Cass. soc., 16 février 2005, n°02-43.402, *CSBP* 2005, n°170, A 40, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, G, n°28 du 13 juillet 2005, II, 10 098, p.1356, note J. COLONNA ; *Jur. soc.*, octobre 2005, p.243 ; *RJS* 4/05, n°4 ; *Semaine Sociale Lamy* du 7 mars 2005, n°1205, p.10 : En l'espèce, il s'agissait d'un salarié engagé par contrat à durée indéterminée qui était tombé malade au cours de sa période d'essai. À son retour dans l'entreprise, l'employeur lui avait adressé un courrier l'informant de la rupture de son contrat de travail. Cette rupture est jugée nulle par la Cour de cassation qui estime que l'employeur avait manifestement souhaité écarter le salarié en raison de ses récents problèmes de santé.

[1252] Et au moins égale à celle prévue en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

[1253] Et ce, si la rupture est prononcée en infraction aux dispositions de l'article L. 225-2 du Code pénal. Ce texte sanctionne les personnes qui refusent d'embaucher ou qui licencient un salarié en raison, notamment de son origine ou de son appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Ainsi, doit être sanctionné en application de ce texte l'employeur qui se sépare d'un salarié après quelques jours d'essai et qui indique sur le certificat de travail que ce salarié « a donné satisfaction dans son travail mais étant donné sa nationalité (Marocaine), n'a pas été adopté par le personnel » : Cass. crim., 14 octobre 1986, n°85-96.369, *Bull. crim.*, n°287.

disciplinaire. En effet, le principe du contradictoire et celui du respect des droits de la défense débordent le cadre du seul licenciement. Le pouvoir disciplinaire se différencie du pouvoir de direction. Ainsi, l'appréciation des compétences professionnelles durant la période d'essai se rattache au pouvoir de direction. C'est pourquoi, la liberté de rupture de l'employeur est préservée. À l'inverse, la rupture causée par des agissements du salarié que l'employeur considère fautifs relève du droit commun disciplinaire. En conséquence, l'employeur doit respecter les dispositions du Code du travail relatives à la discipline [1254]. En particulier, en vertu de l'article L. 122-41 [1255], l'employeur doit communiquer au salarié le motif de la rupture dans la lettre de notification. À défaut d'une telle motivation, le juge peut octroyer au salarié des dommages et intérêts pour le préjudice subi.

La question qui se pose alors est de savoir si le juge peut contrôler non seulement la matérialité de la faute alléguée mais encore son degré de gravité et en conséquence apprécier la proportionnalité de la sanction à la faute commise. Ce qui lui permet, éventuellement d'annuler la rupture de la période d'essai puisque seul le licenciement, selon le dernier alinéa de l'article L. 122-43 du Code du travail [1256], échappe à la nullité. Selon nous, le juge doit s'en tenir à un raisonnement par analogie avec le droit du licenciement, à savoir ne pas pouvoir annuler la sanction disciplinaire lorsqu'elle se traduit par une rupture de la période d'essai [1257]. En effet, comme nous l'avons indiqué dans nos précédents développements, la

---

[1254] Cass. soc., 10 mars 2004, n°01-44.750, *Bull. civ.*, V, n°80 ; *CSBP* 2004, n°161, A 38, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2004, n°30, p.2189, obs. B. GÉNIAUT ; *JCP*, E, n°26 du 24 juin 2004, jurisprudence, 979, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *JCP*, E, 4 novembre 2004, chronique, p.1775, note F. BOUSEZ ; *RJS* 6/04, n°646 ; *TPS*, mai 2004, n°142, obs. P.-Y. VERKINDT : *« Si l'employeur peut sans motif et sans formalité mettre fin à la période d'essai, il doit, lorsqu'il invoque un motif disciplinaire, respecter la procédure disciplinaire »*.

[1255] Article L. 122-41 du Code du travail : *« Aucune sanction ne peut être infligée au salarié sans que celui-ci soit informé dans le même temps et par écrit des griefs retenus contre lui.*
Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction […], elle doit être ***motivée*** *et notifiée à l'intéressé »*.

[1256] Article L. 122-43 : *« […] Le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise.*
Les dispositions des alinéas précédents ne sont pas applicables en cas de licenciement ».

[1257] C'est d'ailleurs la solution retenue par la Cour de cassation en matière de CDD : Cass. soc., 12 novembre 2003, n° 01-42.130, *CSBP* 2004, n°157, S 53, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* 2004, p.304, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 1/04, n°36 ; *TPS*, janvier 2004, n°3 : *« **Si les juges du fond tiennent de l'article L. 122-43 du Code du travail le pouvoir d'annuler une sanction disciplinaire** en raison de l'inobservation du*

rupture de la période d'essai doit recevoir purement et simplement la qualification de démission ou de licenciement selon la partie qui l'initie puisqu'il s'agit dans tous les cas d'une manifestation de volonté unilatérale [1258]. Aussi, nous semble t-il logique que le juge ne dispose pas du pouvoir d'annuler une sanction disciplinaire qui se traduit par le licenciement en période d'essai.

La Cour de cassation ne s'est, à ce jour, pas prononcée sur le sujet. Et ce, en raison de la rareté du contentieux. En effet, le principal problème en la matière tient, une fois encore, en la preuve. C'est au salarié qu'il incombe de démontrer que la rupture de la période d'essai est intervenue pour un motif disciplinaire et non en raison de l'inadaptation professionnelle à la fonction.

466 Une évolution sur ce point nous semble en conséquence fortement souhaitable.

Sans calquer la procédure entière de licenciement, il nous semble concevable d'**imposer une obligation générale de motivation** en cas de cessation de la période d'essai [1259]. La partie qui romprait la période d'essai devrait être amenée à préciser à l'autre la raison de la rupture. Comme le suggèrent D. JACOTOT et C. BOURRIER [1260], il s'agirait d'un écrit, outil formel dans lequel devraient figurer les informations permettant de révéler le ou les motifs de la rupture. Les employeurs hésiteraient ainsi certainement à dissimuler une faute disciplinaire ou encore à inclure dans ce document des renseignements erronés.

Certains trouveront dans cette exigence un excès dissuasif pour l'employeur d'embaucher et un surcroît possible de contentieux. Selon nous, la motivation aurait, au contraire, l'avantage

---

délai d'un jour franc entre la date fixée pour l'entretien et celle du prononcé de la sanction, ***ils ne disposent pas de cette faculté lorsqu'un licenciement est prononcé ou qu'un contrat à durée déterminée est rompu pour faute grave****. En ce dernier cas, l'inobservation du délai précité constitue une irrégularité de procédure ouvrant droit à réparation du préjudice en résultant pour le salarié ».*

[1258] En ce sens :
- G. POULAIN, « La liberté de rupture en période d'essai », *Dr. soc.* 1980, p.476.
- J. MOULY, note sous Cass. soc., 13 mars 1985, *D.* 1985, jurisprudence, p.443.
- P. MALLARD, « Le licenciement en période d'essai ? » *Dr. soc.* 2006, p.1158.

[1259] En ce sens :
- P. AUVERGNON, « Les ruptures en période d'essai », *Dr. soc.* 1992, p.796-811.
- M.-C. AMAUGER-LATTES, « Réflexion sur le droit applicable à la rupture de la période d'essai », *JCP*, E, 21 octobre 2004, étude, 1546, p.1673-1676.

[1260] D. JACOTOT et C. BOURRIER, « L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée », *D.* 1996, chronique, p.343-346.

d'empêcher des employeurs peu scrupuleux de détourner la période d'essai de son objet. Assurément, les chefs d'entreprise, désireux de recruter, n'ont à apprécier durant cette période contractuelle, que l'adéquation entre le poste et la compétence de l'individu. En outre, une telle obligation de motivation offrirait au salarié la possibilité de connaître le motif de la rupture. Ce qui n'implique pas, selon nous, inéluctablement une augmentation des litiges postérieurement à la rupture. En effet, il ne s'agit pas, *via* cette obligation de motivation, de réintroduire un contrôle de la proportionnalité par le juge, à l'image de celui auquel il procède en matière de cause réelle et sérieuse de licenciement. Le contrôle de l'abus de droit ainsi que celui du respect des droits fondamentaux pourraient, d'un point de vue juridique, seuls demeurer. En revanche, chaque fois qu'une faute disciplinaire serait alléguée, le travail du juge s'en trouverait facilité. Ce faisant, le législateur mettrait fin à ce que D. CORRIGNAN-CARSIN a pu appeler *« la prime au silence et à l'opacité »* [1261].

467 Au terme de cette présentation nous distinguons donc que si la rupture de l'essai n'a pas à être motivée, elle ne relève pas pour autant de la catégorie des droits arbitraires.
La théorie de l'abus de droit permet au juge, non de limiter le pouvoir de gestion de l'employeur (puisqu'il n'appartient pas aux juges du fond *« de substituer leur appréciation à celle de l'employeur quant aux insuffisances professionnelles invoquées par l'employeur pour rompre l'essai »* [1262]) mais d'en limiter les excès. De plus, le principe de non-discrimination et celui du respect des droits de la défense en matière disciplinaire, permettent de faire triompher les libertés fondamentales (qui transcendent le droit du travail) sur le pouvoir de direction de l'employeur pendant la période d'essai.

Dans ce domaine, comme dans beaucoup d'autres, **la jurisprudence cherche à établir un équilibre entre l'intérêt de l'entreprise et celui du salarié**. Il faut que l'employeur puisse juger en toute liberté si le salarié qu'il a embauché avec une période d'essai répond à ses attentes. Mais la décision de rupture, même à ce stade de la relation

---

[1261] D. CORRIGNAN-CARSIN, note sous Cass. soc., 10 mars 2004, *JCP*, E, n°26 du 24 juin 2004, p.1066.
Dès 1992, P. AUVERGNON dénonçait l'intérêt de se taire en cas de rupture de la période d'essai et parlait à ce propos de *« prime aux pratiques sociales fort peu sophistiquées »* : *Dr.soc.* 1992, p.797.

[1262] Cass. soc., 25 mars 1985, *Bull. civ.*, V, n°202.

contractuelle, est une décision grave qui ne peut être prise ni de manière inconsidérée (en ne prenant pas en compte le but de la période d'essai) ni à, plus forte raison, pour des motifs que le droit juge illicites.

Ce faisant, **en détachant le contrôle de l'abus de droit de la seule intention de nuire de l'employeur, la Chambre sociale l'a objectivé**. Le pouvoir de résiliation unilatérale de l'employeur en période d'essai, n'est légitime qu'au regard de la finalité de cette phase contractuelle.

Cette objectivation du contrôle de l'abus de droit se retrouvera sans doute identiquement lorsque la Cour de cassation sera amenée à se prononcer sur la justification de la rupture intervenant en période de consolidation d'emploi du contrat de travail nouvelles embauches.

§ 3 - La rupture de la période de consolidation d'emploi du contrat de travail « nouvelles embauches »

468 Afin de favoriser l'embauche dans les entreprises d'au plus vingt salariés [1263], la loi du 26 juillet 2005 [1264] a habilité le Gouvernement à créer par ordonnance un nouveau contrat de travail. C'est l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 [1265] qui a créé le contrat dit « nouvelles embauches » (CNE). En vertu de l'article 2 de l'ordonnance, ce contrat de travail conclu sans détermination de durée, *« est soumis aux dispositions du Code du travail, à l'exception, pendant les deux premières années courant à compter de la date de sa conclusion, de celles des articles L. 122-4 à L. 122-11, L. 122-13 à L. 122-14-14 et L. 321-1 à L. 321-17 de ce*

[1263] Pour un bilan du CNE un an après son entrée en vigueur, voir : « Le contrat nouvelles embauches un an après », DARES, Premières Informations et premières synthèses, mars 2007, n°09.1, disponible sur Internet à l'adresse suivante : http://www.travail-solidarite.gouv.fr/etudes-recherche-statistiques/etudes-recherche/publications-dares/premieres-informations-premieres-syntheses/2007-091-contrat-nouvelles-embauches-un-an-apres-4259.html .

[1264] Loi n°2005-846 du 26 juillet 2005, *J.O.* du 27 août 2005.

[1265] *J.O.* du 3 août 2005, texte n°25, p.12 689-12 691.

Code ». Ce qui signifie que pendant les **deux premières années du contrat** [1266], à compter de la date de conclusion, les dispositions relatives à la rupture du contrat de travail des salariés sous CDI ne s'appliquent pas. En particulier, **est évincée l'exigence d'une cause réelle et sérieuse** [1267]. Et ce, dans le but affiché de faciliter la rupture afin de flexibiliser l'embauche.

[1266] Une circulaire Questions / Réponses du ministère de l'emploi (disponible sur le site Internet : http://www.travail-solidarite.gouv.fr/) précise que les parties peuvent user de leur liberté contractuelle pour fixer la durée de la période d'aménagement des règles de rupture dans la limite des deux ans posée par l'ordonnance. L'employeur et le salarié peuvent donc convenir, par voie contractuelle, de raccourcir la période de consolidation d'emploi.

Soulignons, par ailleurs, que **la Cour d'appel de Paris a estimé, le 6 juillet 2007, que les dispositions de l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 créant le CNE sont contraires à la convention n°158 de l'OIT en ce qu'elles prévoient une période de consolidation de deux années, durée qui excède les limites du « raisonnable ».** Elle souligne, en effet, que, *« durant une période de deux années, le contrat « nouvelles embauches » prive le salarié de l'essentiel de ses droits en matière de licenciement, le plaçant dans une situation comparable à celle qui existait antérieurement à la loi du 13 juillet 1973 et dans laquelle la charge de la preuve de l'abus de la rupture incombait au salarié ; Cette régression, qui va à l'encontre des principes fondamentaux du droit du travail, dégagés par la jurisprudence et reconnus par la loi prive les salariés des garanties d'exercice de leur droit au travail ; Dans la lutte contre le chômage, la protection des salariés dans leur emploi semble être un moyen au moins aussi pertinent que les facilités données aux employeurs pour les licencier et il est pour le moins paradoxal d'encourager les embauches en facilitant les licenciements »*. Ajoutant *« qu'aucune législation de pays européens, comparables à la France, n'a retenu un délai aussi long durant lequel les salariés sont privés de leurs droits fondamentaux en matière de rupture du contrat de travail »*, elle conclut que *« **le contrôle de proportionnalité ne permet pas de considérer que le délai de deux années institué par l'ordonnance du 2 août 2005 soit raisonnable** »*. La Cour d'appel de Paris en déduit donc que le CNE doit être requalifié en contrat de travail à durée indéterminée de droit commun : CA Paris (18ème chambre), 6 juillet 2007, *JCP*, S, n°29 du 17 juillet 2007, 1565, note P. MORVAN ; J.-P. LHERNOULD, « Le CNE à bout de souffle », *RJS* 8-9/07, p.695-700 ; *RPDS*, juillet 2007, p.235, note L. MILET ; *Semaine Sociale Lamy*, n°1316 du 16 juillet 2007, p.2-3.
Cet arrêt confirme le jugement rendu par le Conseil de prud'hommes de Longjumeau le 28 avril 2006 (*JCP*, S, n°21-22 du 23 mai 2006, 1424, note P. MORVAN ; *RJS* 7/06, n°877 ; L. MILET, « Le contrat « nouvelles embauches » déclaré non conforme aux engagements internationaux de la France », *RPDS*, mai 2006, p.165 ; F. FAVENNEC-HÉRY, « Le CNE est-il conforme à la convention n°158 ? », *Semaine Sociale Lamy* du 12 juin 2006, n°1265, p.6-8).

[1267] **Disposition jugée contraire à la convention n°158 de l'OIT par la Cour d'appel de Paris le 6 juillet 2007** : *« Qu'il en résulte qu'**en excluant la nécessité d'asseoir la rupture du contrat « nouvelles embauches » sur un motif réel et sérieux, l'ordonnance du 2 août 2005 déroge à l'article 4 de la convention n°158** »*.

Durant toute la durée de la période de consolidation d'emploi, salarié et employeur peuvent donc rompre à tout moment le contrat de travail. Et ce, en outre, sans avoir à fournir de motif.

469 Mais, une fois encore, une rupture non préalablement motivée n'équivaut pas à une rupture arbitraire. En effet, comme tout droit, celui de rompre un CNE pendant la période de consolidation d'emploi peut être exercé abusivement. Aussi, employeur et salarié, bien que n'ayant pas de motif à avancer pour rompre le contrat de travail durant cette période, doivent ne pas l'exercer abusivement, c'est à dire avec l'intention de nuire au cocontractant ou en faisant preuve d'une légèreté blâmable [1268].
De ce point de vue, la jurisprudence relative à la rupture abusive de la période d'essai sert de référence au juge [1269].

Article 4 de la convention n°158 de l'OIT qui prévoit qu'*« un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service »*.
CA Paris (18ème chambre), 6 juillet 2007, *JCP*, S, n°29 du 17 juillet 2007, 1565, note P. MORVAN ; J.-P. LHERNOULD, « Le CNE à bout de souffle », *RJS* 8-9/07, p.695-700 ; *RPDS*, juillet 2007, p.235, note L. MILET ; *Semaine Sociale Lamy*, n°1316 du 16 juillet 2007, p.2-3.

[1268] Par exemple, l'employeur qui résilie le contrat de travail peu après le recrutement ou peu de temps avant l'expiration de la période de consolidation, tout en s'engageant à le réembaucher dans les mois suivants, fait preuve d'une légèreté blâmable lors de la rupture, susceptible d'être sanctionnée sur le terrain de l'abus de droit.

[1269] Exemples d'abus retenus par les juges du fond lors de la rupture de CNE (cités par F. GUIOMARD et E. SERVERIN, « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », *RDT*, septembre 2007, p.502-512) :

- Conseil de prud'hommes de Lunéville, 20 novembre 2006. En l'espèce, la rupture est intervenue consécutivement à une demande par le salarié d'un congé de paternité.
- Conseil de prud'hommes de Grenoble, 19 mai 2006, n°06/00204. En l'espèce, la rupture est intervenue consécutivement à une demande d'adaptation du poste de travail.
- Conseil de prud'hommes de Saint-Dizier, 26 juin 2006, n°F 06/0029. En l'espèce, le salarié faisait valoir que son employeur lui avait dit de « foutre le camp » et « qu'il ne voulait plus le voir ».
- Conseil de prud'hommes de Brest, 19 septembre 2006. En l'espèce, l'abus est retenu en raison du caractère précipité de la rupture.

Mais le concept de l'abus peut aussi prendre une autre forme. Notion cadre, elle a un contenu malléable qui permet sans aucun doute au juge de prendre en compte la finalité de la période de consolidation d'emploi. En effet, nous avons vu dans nos développements antérieurs, que l'abus du droit de rompre la période d'essai s'apprécie en fonction de la finalité de cette phase contractuelle, c'est à dire la vérification de l'aptitude professionnelle du salarié au poste proposé. Or, si le CNE poursuit ce dessein, il obéit aussi et surtout à une finalité différente. Il ambitionne de supprimer les contraintes inhérentes au licenciement afin d'encourager les petites entreprises à embaucher. Aussi, chaque fois que l'employeur détourne le but poursuivi par la loi, l'abus de droit doit être retenu [1270]. Plus largement, selon nous, et conformément à l'article 4 de la Convention n°158 de l'O.I.T. [1271], **la cause de la rupture de la période de consolidation d'emploi ne doit pouvoir tenir qu'en l'intérêt de l'entreprise**. Toute mesure motivée par un mobile autre que celui du bon fonctionnement de l'entreprise doit être déclarée, par le juge, abusive. Effectivement, le pouvoir de rompre de l'employeur n'est justifié que parce qu'il est effectué dans l'intérêt de l'entreprise.

Ce faisant, la théorie civiliste de l'abus de droit pourrait sortir renouvelée de sa rencontre avec le CNE. Selon une conception large de la notion, le juge pourrait procéder à un **contrôle objectif de la cause de la rupture** : un **contrôle de conformité à l'intérêt de l'entreprise**. Contrôle qui ne s'étend pas pour autant jusqu'à celui de la cause réelle et sérieuse. Il s'agit uniquement pour le juge, en cas de contentieux postérieur à la rupture, de vérifier que le salarié apporte la preuve que la relation contractuelle sous CNE a été interrompue par l'employeur pour une cause autre que celui du bon fonctionnement de l'entreprise. Il ne s'agit nullement de prolonger le contrôle du juge jusqu'à la proportionnalité, comme cela existe en présence d'un licenciement où est requise une cause réelle et sérieuse.

[1270] Le détournement de pouvoir peut, par exemple, découler d'une rupture de la période de consolidation d'emploi « préméditée » alors que la situation financière de l'entreprise au moment du recrutement ne permettait pas dès la conclusion du contrat de travail d'envisager de conserver le salarié.
Il peut également être relevé lorsque l'objectif de l'employeur consiste uniquement à assurer ponctuellement « l'intérim » d'un poste : Conseil de prud'hommes de Grenoble, 19 mai 2006, *JCP*, S, n°25 du 20 juin 2006, 1493, note P. MORVAN ; *JCP*, G, n°27 du 5 juillet 2006, 10 016, note D. JACOTOT ; *RJS* 7/06, n°877.

[1271] L'article 4 de la Convention n°158 de l'OIT précise qu'*« un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service »*.

470 Par ailleurs, soulignons que l'employeur doit également tenir compte des dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail qui prohibe les mesures discriminatoires [1272]. Il en va de même des dispositions relatives au salarié ayant subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement moral ou sexuel ou qui a témoigné de tels agissements ou les a relatés. L'employeur ne doit pas violer l'un de ces droits fondamentaux en rompant la période de consolidation d'emploi.

Rappelons qu'en ces domaines, la charge de la preuve est allégée au profit du salarié. Le salarié peut, effectivement, se contenter de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ou d'un harcèlement. Il appartient, ensuite, à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. C'est dire que l'employeur est tenu, pour se défendre, d'expliciter sa décision de rupture. Il faut en démontrer le bien-fondé, c'est à dire motiver sa décision devant le juge. Ce mécanisme probatoire vient ainsi corriger le principe de la libre rupture sans motivation du CNE durant la période de consolidation d'emploi, donnant ainsi tort aux auteurs qui pensent que l'ordonnance du 2 août 2005 marque un retour aux solutions en vigueur avant la loi du 13 juillet 1973 [1273]. Le droit de la rupture du contrat de travail s'est effectivement, depuis lors, enrichi de nouvelles règles qui s'étendent à l'ensemble des ruptures unilatérales à l'initiative de l'employeur.

471 Il en va ainsi du principe du contradictoire et du respect des droits de la défense qui ont un domaine d'application qui déborde largement celui du seul licenciement. Aussi, le Conseil d'Etat a t-il jugé que l'employeur qui envisage de rompre le CNE, y compris en cours de période de consolidation d'emploi, à la suite d'une faute commise par le salarié, doit respecter les dispositions du Code du travail relatives à la discipline. En particulier, comme l'exige l'article L. 122-41 [1274], l'employeur a l'obligation d'informer par écrit le salarié des griefs retenus contre lui. Puis, en cas de rupture, l'employeur doit communiquer au salarié le

---

[1272] Conseil de prud'hommes de Castres, 5 octobre 2006, jugement de partage, n°06/000169. En l'espèce, le CNE est rompu suite à la déclaration par la salariée de son état de grossesse.

[1273] Voir, notamment P. MORVAN, « Le contrat de travail « nouvelles embauches » », *JCP*, S, n°11 du 6 septembre 2005, 1117, p.7-17.

[1274] Article L. 122-41 du Code du travail : *« Aucune sanction ne peut être infligée au salarié sans que celui-ci soit informé dans le même temps et par écrit des griefs retenus contre lui.*
Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction […], elle doit être ***motivée*** *et notifiée à l'intéressé ».*

motif de la rupture dans la lettre de notification [1275].

Le litige risque le plus souvent de porter sur la qualification de rupture disciplinaire. En effet, l'employeur n'ayant pas motivé la lettre de rupture arguera sans doute devant le juge qu'il s'est conformé aux dispositions de l'ordonnance du 2 août 2005 qui se bornent, en cas de rupture à l'initiative de l'employeur, à imposer la notification par lettre recommandée, sans réclamer l'énonciation des motifs de la rupture. Le salarié, soutiendra, au contraire, qu'il s'agit bien d'une rupture disciplinaire de la période de consolidation d'emploi soumis à la procédure de l'article L. 122-41 du Code du travail.

472 Une évolution sur ce point nous semble en conséquence fortement souhaitable.

Tout comme nous l'avons suggéré précédemment à propos de la rupture de la période d'essai, sans calquer la procédure entière de licenciement (auquel cas, le CNE ne présenterait guère de dissemblance avec le CDI classique), il nous semble concevable d'**imposer une obligation de motivation**. La partie qui rompt la période de consolidation d'emploi devrait être amenée à préciser par écrit à l'autre le motif de la rupture **[1276]**.

Une telle motivation de la rupture permettrait ici essentiellement à l'employeur de prendre conscience de la gravité de la rupture du contrat de travail en regard du rôle social de l'entreprise. Quant au salarié, une telle motivation lui offrirait de connaître le motif de la rupture. Ce qui n'implique pas davantage de contentieux d'après rupture puisque ici non plus, il ne s'agit pas, *via* cette obligation de motivation, de réintroduire un examen du type de celui existant à propos de la cause réelle et sérieuse. Le but consiste surtout à faire prévaloir la transparence en cas de rupture. Le salarié doit savoir pourquoi le contrat de travail est rompu

---

[1275] Exemple d'application cité par F. GUIOMARD et E. SERVERIN, « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », *RDT*, septembre 2007, p.510 : Conseil de prud'hommes Perpignan, 12 décembre 2006, n°F 05/01083.

[1276] **La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs fustigé, le 6 juillet 2007, cette absence d'information du salarié sur les motifs de la rupture**, le salarié devant en outre *« supporter la charge de la preuve d'un abus de droit de son employeur »*. S'appuyant sur une décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999, la Cour précise que *« la simple notification de la rupture prévue par l'ordonnance du 2 août 2005 n'équivaut pas à l'information exigée »*. En effet, le CNE entre dans la catégorie des contrats nécessitant *« une protection de l'une des parties »*, le salarié se trouvant *« dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de son contractant »* : CA Paris (18ème chambre), 6 juillet 2007, *JCP*, S, n°29 du 17 juillet 2007, 1565, note P. MORVAN ; J.-P. LHERNOULD, « Le CNE à bout de souffle », *RJS* 8-9/07, p.695-700 ; *RPDS*, juillet 2007, p.235, note L. MILET ; *Semaine Sociale Lamy*, n°1316 du 16 juillet 2007, p.2-3.

afin de tirer les enseignements de cette expérience malheureuse. Quant au juge, une telle motivation lui permettrait, chaque fois qu'une faute disciplinaire ou un motif économique sont allégués, de faciliter son travail de vérification des procédures idoines [1277].
Une telle orientation pourrait, selon nous, tout à fait, trouver sa place comme suggestion dans le cadre de l'évaluation à laquelle sera soumise le CNE au plus tard le 31 décembre 2008 [1278].

473 À moins qu'à cette date, le CNE (à l'image du mort-né CPE [1279] qui poursuivait la même finalité économique de lutte contre le chômage en facilitant le licenciement) soit amené, purement et simplement, à disparaître du panel des contrats de travail. En effet, l'ordonnance du 2 août 2005, instituant ce contrat de travail, a été jugée par le Conseil de prud'hommes de Longjumeau le 28 avril 2006 [1280] puis, nous l'avons détaillé, par la Cour

---

[1277] En effet, en vertu de l'article 2 alinéa 8 de l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005, *« Par exception aux dispositions du deuxième alinéa, les ruptures du contrat de travail envisagées à l'initiative de l'employeur sont prises en compte pour la mise en œuvre des procédures d'information et de consultation régissant les procédures de licenciement économique collectif prévues au Chapitre I du Titre II du Livre III du Code du travail »*. Soulignons, toutefois, que, du fait des seuils requis pour mettre en place les procédures de licenciements collectifs, ces contentieux ne seront pas fréquents dans les entreprises concernées par le contrat de travail nouvelles embauches (celles qui emploient au plus vingt salariés).

[1278] Article 5 de l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 : *« Les conditions de mise en œuvre du « contrat nouvelles embauches » institué par la présente ordonnance et ses effets sur l'emploi feront l'objet, au plus tard au 31 décembre 2008, d'une évaluation par une commission associant les organisations d'employeurs et de salariés représentatives au plan national et interprofessionnel »*.

[1279] Le CPE a été institué par la loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances (*JO* 2 avril 2006, p.4950), validée par le Conseil constitutionnel le 30 mars 2006 (décision n°2006-535 DC, *JO* 2 avril 2006, p.4964 ; *JCP*, G, n°16 du 19 avril 2006, jurisprudence, 10 064, note G. DRAGO ; *Semaine Sociale Lamy* du 3 avril 2006, n°1255, p.2-3). Puis, après deux mois de crise, le gouvernement a décidé de le remplacer par un dispositif de soutien à destination des jeunes qui connaissent des difficultés particulières d'insertion.

[1280] Conseil de prud'hommes Longjumeau, 28 avril 2006, *JCP*, S, n°21-22 du 23 mai 2006, 1424, note P. MORVAN ; *RJS* 7/06, n°877 ; L. MILET, « Le contrat « nouvelles embauches » déclaré non conforme aux engagements internationaux de la France », *RPDS*, mai 2006, p.165 ; F. FAVENNEC-HÉRY, « Le CNE est-il conforme à la convention n°158 ? », *Semaine Sociale Lamy* du 12 juin 2006, n°1265, p.6-8.

d'appel de Paris le 6 juillet 2007 [1281] non conforme aux articles 4, 7, 8, 9 et 10 de la convention n°158 de l'OIT. Il convient donc désormais d'attendre la décision de la Cour de cassation (puisque le ministère public a formé un pourvoi) pour connaître le sort réservé au contrat « nouvelles embauches ».

Mais la condamnation du CNE peut également être intervenir d'une instance internationale. En effet, en août 2005, le syndicat Force Ouvrière a déposé une réclamation auprès du BIT afin que ce dernier se prononce sur la conformité du CNE à différentes normes de l'OIT. Le BIT a jugé cette réclamation recevable et désigné un comité tripartite. Ce comité devait, dans un premier temps, présenter ses observations et recommandations au mois de novembre 2006. Puis, la date a été repoussée en mars 2007. Enfin, le BIT a renoncé à s'exprimer avant l'élection présidentielle française. En conséquence, il convient d'être particulièrement attentif dans les semaines ou mois à venir puisque, parmi les recommandations que le BIT peut formuler, il est envisageable que le législateur français soit amené à revoir (voire abandonner ?) le dispositif du CNE.

474 Au terme de nos développements relatifs aux ruptures immotivées du contrat de travail, nous constatons que la notion civile d'abus de droit a vu son contenu transmuté au contact du droit de la rupture du contrat de travail.

Si l'abus de droit demeure un instrument juridique limitant la portée des droits qui peuvent être consentis aux cocontractants, il constitue également un important outil d'évolution juridique entre les mains du juge social. En effet, le contrôle subjectif de l'intention de nuire ou de la légèreté blâmable de la partie qui rompt existe toujours et il permet de normaliser les rapports juridiques. Ni l'employeur, ni le salarié ne doivent exercer leur droit de rompre de manière arbitraire. Mais, ce **contrôle subjectif, originel, est désormais supplanté par le contrôle objectif de l'abus de droit**. Le juge, lorsqu'il est saisi, s'assure que le pouvoir octroyé aux cocontractants (et en particulier à l'employeur, qui intrinsèquement se trouve en position de domination juridique) est exercé en conformité avec le but des textes qui l'ont engendré. Ainsi, en matière de rupture de la période d'essai, le pouvoir de résiliation unilatérale de l'employeur, n'est légitime que s'il est mis en œuvre pour des considérations

[1281] CA Paris (18ème chambre), 6 juillet 2007, *JCP*, S, n°29 du 17 juillet 2007, 1565, note P. MORVAN ; J.-P. LHERNOULD, « Le CNE à bout de souffle », *RJS* 8-9/07, p.695-700 ; *RPDS*, juillet 2007, p.235, note L. MILET ; *Semaine Sociale Lamy*, n°1316 du 16 juillet 2007, p.2-3.

tenant aux capacités professionnelles du salarié. Quant au pouvoir de rompre la période de consolidation d'emploi du CNE, il trouve sa légitimité dans le but de promouvoir l'emploi en encourageant les petites entreprises à embaucher. Il ne s'agit aucunement d'écarter l'ensemble du statut érigé par le droit du travail. La cause de la rupture doit, en conséquence, être appréhendée au seul regard de l'intérêt de l'entreprise.

L'obstacle essentiel à cette objectivation du contrôle de l'abus consiste en la charge de la preuve puisque, en vertu du droit commun, il appartient à celui qui invoque l'abus de le prouver. En conséquence, il est souvent difficile en présence d'actes unilatéraux qui n'ont pas à être motivés, de prouver le détournement de pouvoir. C'est la raison pour laquelle nous proposons qu'une obligation de motivation soit instituée en période d'essai ou période de consolidation d'emploi.

Une telle difficulté probatoire ne se retrouve pas en matière de résiliation judiciaire, de prise d'acte de la rupture ou encore de rupture anticipée du contrat à durée déterminée puisque le contractant qui met en œuvre la rupture doit lui-même justifier son acte devant le juge s'il veut obtenir gain de cause.

Section 2 - La rupture conditionnée soumise au contrôle « normal » de « nécessité »

475 Entre le contrôle « maximum » de proportionnalité de la cause réelle et sérieuse du licenciement et le contrôle « restreint » de l'abus de droit, le juge social exerce un troisième type de contrôle sur la cause justificative de la rupture. Il s'agit d'un contrôle que nous qualifions de « normal » en comparaison avec le contrôle juridictionnel des motifs des actes administratifs.
Sommairement, il s'agit ici pour le juge social de vérifier que les faits allégués sont de nature à justifier juridiquement la décision, c'est à dire la rupture du contrat de travail. Il ne s'agit nullement de rechercher si la rupture était exactement proportionnée aux faits reprochés mais d'examiner si la rupture est motivée par une des causes légalement prévues.

Cause qui est parfois fournie par le Code civil. En effet, le contrat de travail, né dans une perspective civiliste, y demeure aujourd'hui légalement soumis [1282]. Aussi, à la manière du juge civil, le juge social procède à la vérification d'une inexécution contractuelle pour prononcer la résiliation judiciaire de ce contrat (§1). Identiquement, en cas de contentieux postérieur à la rupture cette fois, le juge social examine si la rupture anticipée du contrat conclu pour une durée déterminée intervient *« pour les causes que la loi autorise »* [1283] (§3). Enfin, de manière originale, le juge du travail examine *a posteriori* la justification fournie par le salarié qui a pris acte de la rupture de son contrat pour y appliquer les effets soit d'une démission soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (§2).

[1282] Article L. 121-1, alinéa 1er du Code du travail : *« Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun »*.

[1283] Article 1134 alinéa 2 du code civil.
En matière de contrat de travail à durée déterminée, c'est l'article L. 122-3-8 du Code du travail qui envisage les cas de rupture anticipée : *« Sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure. Il peut toutefois, par dérogation aux dispositions du précédent alinéa, être rompu à l'initiative du salarié lorsque celui-ci justifie d'une embauche pour une durée indéterminée »*.

§ 1 - La justification de la demande de résiliation judiciaire

476 En vertu de l'article 1184 du Code civil, *« la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement […] La résolution doit être demandée en justice »*.
La question s'est donc rapidement posée de savoir si n'importe quel manquement contractuel permettait de demander la rupture du contrat de travail.

À cette question, les juges y ont répondu inégalement selon la partie requérante. En effet, le droit de la rupture du contrat de travail diffère largement en fonction de la partie qui souhaite mettre fin aux relations de travail..
Ainsi, nous avons vu que la démission n'est soumise à aucune exigence de motivation. Seul l'abus de droit commis par le salarié peut être sanctionné par le juge dans le cadre d'un contrôle « restreint ». À l'opposé, le droit du licenciement requiert de l'employeur qu'il justifie le licenciement qu'il prononce par une cause réelle et sérieuse. Exigence soumise au contrôle entier du juge qui vérifie que la mesure est proportionnée aux faits allégués.

Ainsi, si la Cour de cassation a longtemps admis la recevabilité de la demande de résiliation judiciaire formulée par l'employeur en cas d'inexécution contractuelle [1284] ou de faute grave [1285] commise par le salarié, tel n'est plus le cas aujourd'hui.
Afin d'éviter que la résiliation judiciaire, mode civiliste de cessation des relations contractuelles, ne permette de contourner les garanties mises en place par le droit du travail au profit de la partie faible qu'est le salarié, la Cour de cassation a fermé purement et simplement cette voie à l'employeur. Et ce, que le contrat de travail soit ou non doté d'un terme.

À l'heure actuelle, la résiliation judiciaire ne peut donc plus être sollicitée que par le salarié (B). À défaut, nous l'avons mentionné antérieurement, la rupture est requalifiée, à titre de sanction pour l'employeur, en licenciement.

[1284] En matière de contrat de travail à durée indéterminée, la résiliation judiciaire était recevable dès lors qu'elle était fondée sur l'inexécution par le salarié de ses obligations, même si celle-ci ne présentait pas le caractère d'une faute grave : Cass. soc., 9 avril 1987, *D.* 1987, jurisprudence, p.437, note J. MOULY.

[1285] Cass. soc., 20 mars 1990, *Bull. civ.*, V, n°121 ; *D.* 1991, jurisprudence, p.143, note J. MOULY ; *JCP*, E, 1990, II, 15 884, n°4, p.610, obs. P.-H. ANTONMATTÉI.

Par exception, la loi autorise en une hypothèse la demande en résiliation judiciaire par les deux parties. Il s'agit du contrat d'apprentissage. Nous étudierons brièvement les faits qui permettent de justifier la rupture de ce contrat de travail de type particulier (A).

A - La justification de la demande de résiliation judiciaire d'un contrat d'apprentissage

La résiliation judiciaire du contrat d'apprentissage, passé le délai probatoire des deux premiers mois, ne peut être demandée que pour l'une des causes énoncées par l'article L. 117-17 du Code du travail [1286].

477 De cette manière, la résiliation judiciaire du contrat d'apprentissage, lorsqu'elle est sollicitée par l'apprenti, ne peut être prononcée que par suite d'un manquement de l'employeur à ses obligations ou d'une faute grave commise par ce dernier.
Selon les juges, l'employeur manque à ses obligations notamment, s'il n'assure pas la formation prévue par le contrat d'apprentissage [1287], notamment en affectant l'apprenti à un autre poste [1288], s'il oblige son apprenti âgé de seize ans à travailler régulièrement le samedi et le dimanche après sa semaine de cours, dépassant ainsi la durée légale de travail hebdomadaire et journalière [1289].
La faute grave de l'employeur est, quant à elle, reconnue, par exemple, lorsque ce dernier

[1286] Article L. 117-17 du Code du travail : *« Le contrat peut être résilié par l'une ou l'autre des parties durant les deux premiers mois de l'apprentissage. Passé ce délai, la résiliation du contrat ne peut intervenir que sur accord exprès et bilatéral des cosignataires ou, à défaut, être prononcée par le conseil de prud'hommes en cas de faute grave ou de manquements répétés de l'une des parties à ses obligations ou en raison de l'inaptitude de l'apprenti à exercer le métier auquel il voulait se préparer [..] »*.

[1287] Cass. soc., 2 février 2005, n° 02-45.259, *CSBP* 2005, n°170, S 167, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2005, p.683, note C. ROY-LOUSTAUNAU : *« La Cour d'appel qui a constaté que les manquements de l'employeur étaient tels qu'ils compromettaient la formation de l'apprenti, a pu décider que la rupture était imputable à l'employeur »*.

[1288] CA Montpellier, 16 juin 1994, Vincenzi c/ Frontil.

[1289] CA Poitiers, 25 mai 2004, Bonnaud c/ Marchand.

porte des coups sur la personne de l'apprenti, qu'il le gifle, qu'il exerce des violences [1290] ou encore quand il confie à l'apprenti des tâches excédant celles qu'il peut lui demander dans le cadre de sa formation [1291].

478 Du point de vue de l'employeur, il ne peut demander la résiliation judiciaire qu'en cas de manquements répétés de l'apprenti à ses obligations, de faute grave ou de l'inaptitude à exercer le métier auquel se préparait l'apprenti.

Les manquements répétés de l'apprenti à ses obligations revêtent divers aspects. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'apprenti ne se présente plus à son travail [1292] ou encore lorsque l'apprenti ne veut pas travailler et obtient des résultats très faibles [1293].

Quant à la faute grave de l'apprenti, elle est appréciée au cas par cas, en fonction des circonstances de chaque espèce. Ainsi, de nombreuses décisions retiennent la faute grave en cas de vol avéré [1294]. De la même façon, constituent une faute grave les violences commises par l'apprenti [1295] ou les refus d'obéissance [1296].

Enfin, l'inaptitude de l'apprenti à exercer le métier auquel il voulait se préparer concerne tant celle révélée dans l'entreprise que celle avérée dans le centre de formation des apprentis. Dans le premier cas, la résiliation judiciaire du contrat d'apprentissage peut être justifiée par une inaptitude physique de l'apprenti à l'exercice de son métier [1297] ou par une inaptitude

---

[1290] Voir :
- Cass. soc., 5 février 1992, *Bull. civ.*, V, n°64 ; *RJS* 3/92, n°325.
- Cass. soc., 28 avril 1994, *Bull. civ.*, V, n°148 ; *RJS* 6/94, n°739.

[1291] Cass. soc., 8 novembre 1984, *Bull. civ.*, V, n°422.

[1292] CA Dijon, 12 novembre 1991, Blanco c/ Favier.

[1293] CA Toulouse, 17 juillet 1998, Akram c/ EURL Restaurant de l'Abbaye.

[1294] Voir par exemple :
- CA Douai, 27 juin 1997, Horrent c/ Vandemoortele.
- CA Grenoble, 8 décembre 2003, SARL Saint-Clair Electricité Goddet.

[1295] CA Nancy, 27 mai 1998, Balabouka c/ Humbert.

[1296] Cass. soc., 7 mai 1996, *RJS* 6/96, n°697.

[1297]
- CA Nîmes, 22 novembre 1989, Cartoux c/ Bonet : arrêt rendu à propos d'un apprenti appareillé à la jambe gauche, ce qui lui interdisait d'exercer le métier de peintre.
- CA Dijon, 2 novembre 2004, SA Ets Milli c/ Maillet : arrêt concernant un apprenti déclaré inapte à pratiquer son métier à la suite d'un accident du travail.

professionnelle [1298]. Dans le second cas, la résiliation judiciaire est admise, par exemple, lorsque l'apprenti est exclu du centre de formation des apprentis [1299].

Pour les juges, la liste fournie par l'article L. 117-17 du Code du travail est exhaustive. Ainsi, l'employeur ne peut invoquer à l'appui de sa demande de résiliation judiciaire des difficultés économiques [1300], un changement de son activité professionnelle [1301] ou encore la cessation d'activité de l'entreprise [1302]. Ces éléments ne figurent pas au rang des motifs autorisant la résiliation judiciaire du contrat d'apprentissage.

L'article L. 117-17 du Code du travail encadre donc très strictement la rupture anticipée du contrat d'apprentissage passé les deux premiers mois en ne l'autorisant que par la résiliation judiciaire. Et ce, dans le but d'assurer une grande stabilité contractuelle, nécessaire au bon déroulement de la formation de l'apprenti.

Une telle liste limitative de faits justifiant la rupture ne se retrouve pas en présence d'une demande de résiliation judiciaire d'un contrat de travail ordinaire. Le juge examine au cas par cas si les faits allégués sont de nature à justifier une rupture du contrat de travail. C'est ce que nous allons étudier dorénavant en présence d'une demande formulée par le salarié.

B - La justification de la demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail par le salarié aux torts de l'employeur

479 Au regard des règles de droit civil, et plus précisément du caractère synallagmatique du contrat, une partie peut obtenir la résiliation judiciaire de celui-ci si l'autre manque à ses engagements contractuels.
Nous avons antérieurement étudié que la jurisprudence sociale refuse cette voie de rupture à l'employeur. L'explication tient à ce que le droit du travail écarte la réciprocité des droits des

[1298] CA Nancy, 9 juin 1992, Gomes c/ SARL Divoux.

[1299] CA Nancy, 30 juin 1999, Baudoin c/ Sa Lhuillier Seyer.

[1300] CA Montpellier, 13 janvier 1999, Zamani c/ Sté Gares, Roger et Cédric.

[1301] CA Nancy, 21 mars 2005, Dresch c/ Henry.

[1302] CA Chambéry, 7 septembre 1999, Bertoni c/ Guillemaut.

deux parties au contrat de travail. Si l'employeur et le salarié peuvent l'un et l'autre rompre unilatéralement le contrat à durée indéterminée, ils ne peuvent le faire dans des conditions analogues. Le droit de l'employeur est subordonné à des conditions de forme et de fond et oblige celui-ci à verser des indemnités au salarié licencié. Au contraire, nous avons souligné que le salarié peut librement démissionner et, sauf abus de sa part, n'a pas à indemniser l'employeur. En conséquence, l'usage de la résiliation judiciaire par le salarié ne prive aucunement l'employeur de droits qui lui seraient garantis par le droit du travail. N'ayant pas pour effet de mettre en échec les règles de droit du travail, la résiliation judiciaire consacrée de façon générale par le Code civil doit pouvoir être prononcée lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements contractuels. Encore convient-il de déterminer le degré de gravité des manquements qui permettent au juge de prononcer la résiliation du contrat de travail.

480 En droit commun des obligations, il est acquis que le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation quant à la gravité des manquements contractuels invoqués [1303], ce qui explique que la résiliation ne peut être prononcée par le juge des référés [1304].
La position retenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation à propos du contrat de travail est identique : *« Il relève du pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier si l'inexécution de certaines obligations résultant d'un contrat synallagmatique présente une gravité suffisante pour en justifier la résiliation »* [1305]. La Chambre sociale n'exerce aucun contrôle sur la notion de gravité du manquement.

481 En droit des obligations, l'inexécution contractuelle justifiant une résiliation judiciaire peut être totale mais également partielle, auquel cas le juge civil mesure la gravité de l'inexécution pour apprécier si elle met en péril l'ensemble du contrat et justifie ou non sa

[1303] Cass. civ., 14 avril 1891, *DP* 1891, 1, 329, note PLANIOL.

[1304] Cass. civ. 3ème, 27 novembre 1990, *Bull. civ.*, III, n°254.
Dans le même sens : Cass. soc., 13 mai 2003, n° 01-17.452, *Bull. civ.*, V, n°161 ; *RJS* 7/03, n°878.

[1305] Cass. soc., 15 mars 2005, n°03-41.555, *CSBP* 2005, n°171, S 236, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* 2005, p.824, note C. RADÉ ; *RJS* 6/05, n°625 ; *TPS* mai 2005, n°141, obs. P.-Y. VERKINDT.
Cet arrêt est la confirmation d'une jurisprudence constante. Voir entre autres: Cass. soc., 24 février 2004, n°02-44.295.

résiliation [1306]. Ainsi, si elle est grave une inexécution partielle peut justifier la résolution totale du contrat. Et ce, quand bien même l'inexécution n'a causé aucun préjudice consommé à la partie demanderesse [1307].

En matière de contrat de travail, il est très rare que l'inexécution soit totale. Le plus souvent, le salarié qui s'adresse au juge afin qu'il prononce la résiliation de son contrat de travail reproche à l'employeur de manquer à une partie seulement de ses obligations contractuelles. En effet, en matière de contrat de travail, les obligations sont multiples.
Ainsi, la résiliation judiciaire a été admise à propos du refus de l'employeur de fournir du travail au salarié [1308], du manquement de l'employeur à son obligation de maintenir la rémunération contractuellement convenue [1309], du paiement constamment en retard des salaires [1310], voire du non-paiement des salaires [1311] ou des congés payés [1312] ou encore du comportement violent [1313] ou de harcèlement de l'employeur [1314].

[1306] Cass. com., 2 juillet 1996, *Bull. civ.*, IV, n°198 : *« La résolution peut être prononcée par le juge en cas d'inexécution partielle dès lors qu'elle porte sur une obligation déterminante de la conclusion du contrat »*.

[1307] Cass. civ., 3ème, 4 mai 1994, *Bull. civ.*, III, n°84.

[1308] Cass. soc., 24 janvier 2007, n°05-41.913, *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 13 février 2007, p.3 : *« En retirant purement et simplement ses fonctions à l'intéressé, aussitôt remplacé par un autre salarié, avant de le mettre à l'écart sans bureau ni vestiaire, et en persistant dans cette décision malgré les demandes réitérées du salarié qui n'avait plus jamais retrouvé son poste de travail, l'employeur a gravement manqué à ses obligations contractuelles »*.

[1309] ◆ Cass. soc., 20 janvier 1998, *Bull. civ.*, V, n°21 ; *CSBP* 1998, n°98, A 22, obs. A. PHILBERT ; *JCP*, G, 1998, II, 10 081, note J. MOULY ; *RJS* 3/98, n°286. En l'espèce, la résiliation judiciaire est prononcée aux torts de l'employeur qui avait unilatéralement modifié la rémunération d'un salarié, directeur commercial.

◆ Cass. soc., 22 mai 2002, n°01-41.756 et 01-41.817.

◆ Cass. soc., 22 mars 2006, *RJS* 6/06, n°722 : *« Ayant constaté que le salarié s'était vu imposer une réduction de son salaire et que l'employeur s'était acquitté des sommes qu'il devait à ce titre que lors de l'audience de conciliation devant le Conseil de prud'hommes, la Cour d'appel a pu décider qu'il avait manqué à ses obligations contractuelles et prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail à ses torts »*.

[1310] Cass. soc., 14 octobre 1998, n°96-42.924.

[1311] ◆ Cass. soc., 6 décembre 1994, *RJS* 1/95, n°45.

◆ Cass. soc., 20 juin 2006, n°05-40.662, *Dr. soc.* novembre 2006, note C. RADÉ ; *JCP*, S, n°47 du 21 novembre 2006, 1920, note P. MORVAN : *« Des difficultés financières ne peuvent justifier le manquement à*

Dans tous les cas, les juges du fond vérifient la réalité de l'inexécution [1315]. Il ne doit pas s'agir de suppositions ou de présomptions sur l'inexécution.

l'obligation de payer les salaires. Il appartient à l'employeur qui ne peut, en raison de telles difficultés, assurer la pérennité du travail et le règlement des salaires soit de licencier le salarié pour ce motif économique soit de se déclarer en état de cessation des paiements. À défaut, le salarié est en droit d'obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail ».

◆ Cass. soc., 15 novembre 2006, n°04-47.729, *CSBP* mars 2007, n°188, A 25, obs. F.-J. PANSIER. En l'espèce, il s'agissait du non-paiement d'heures supplémentaires à un salarié représentant du personnel.

[1312] Cass. soc., 8 octobre 1996, *RJS* 1996, n°1155.

[1313] ◆ Cass. soc., 10 janvier 2001, n°98-45.813.

◆ CA Lyon, 12 janvier 2005, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation (diffusé sur Internet)* du 15 mars 2005, n°547 : *« Une agression physique et verbale de l'employeur, totalement inadmissible, quand bien même le reproche qu'il a adressé à sa salariée serait fondé, constitue une faute caractérisée rendant impossible le maintien du contrat de travail et entraînant sa résiliation judiciaire, aux torts de l'employeur, à la date de l'agression »*.

[1314] ◆ CA Grenoble, 30 avril 2001, *RJS* 11/01, n°1245 : *« Il y a lieu de faire droit à la demande de la salariée en prononçant la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur lorsque l'intéressée, secrétaire, a été affectée à des travaux de manutention et de nettoyage et a été déplacée de son bureau pour être installée au fond de la salle de réception avec pour tout matériel une simple table d'écolier, sans tiroir, une chaise et au pied de sa table un carton pour ranger ses affaires alors que des bureaux restaient inoccupés »*.

◆ Cass. soc., 10 décembre 2003, n°01-45.123, *Semaine Sociale Lamy* du 5 janvier 2004, n°1150, p.14 : *« C'est à juste titre qu'une Cour d'appel prononce la résiliation judiciaire du contrat de travail d'une salariée aux torts de l'employeur après avoir fait ressortir la réalité et la gravité du comportement du supérieur hiérarchique de l'intéressée, à qui étaient reprochés des faits de violence et de harcèlement »*.

◆ CA Nancy, 7 septembre 2005, *RJS* 2/06, n°294 : *« Il y a lieu de prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail d'une salariée exerçant des fonctions d'assistante dentaire aux torts de l'employeur dès lors qu'il est établi que celui-ci a eu, dans son cabinet, un comportement en paroles et en gestes caractéristique d'un harcèlement moral consistant à affubler fréquemment l'intéressée d'un prénom français désuet qui devenait ridicule s'agissant d'une jeune femme d'origine et de type maghrébin et donc vexatoire pour elle et en tenant des propos blessants et racistes sur le compte des femmes maghrébines en présence de clients. Par ailleurs, cet employeur a eu, à maintes reprises, des gestes à connotation sexuelle dépourvus de toute équivoque sur la personne même de la salariée et non désirés par celle-ci qui en éprouvait de la gêne »*.

[1315] Cass. soc., 19 octobre 2004, *RJS* 1/05, n°34 : *« La Cour d'appel, qui a constaté que les faits invoqués par la salariée à l'appui de sa demande de résiliation judiciaire du contrat de travail n'étaient pas établis [...] a légalement justifié sa décision »*.

482 Par ailleurs, les juges contrôlent que la gravité des faits allégués : le ou les manquements contractuels de l'employeur doivent être de nature à justifier la cessation du contrat de travail [1316]. À l'image du contrôle dit « normal » exercé par les juridictions administratives sur les motifs des actes de l'Administration, le juge social doit s'assurer que les faits sont de nature à justifier juridiquement la décision, c'est à dire ici la rupture du contrat de travail. Il ne semble pas être question pour autant d'un contrôle « maximum » de proportionnalité comme cela existe en présence d'un licenciement où la décision de rompre doit conjointement être basée sur une cause réelle et équilibrée à la situation, voire constituer l'« ultime remède ». Il s'agit davantage d'un contrôle de nécessité. En effet, le salarié qui demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail n'a pas à démontrer que la rupture constitue une juste mesure proportionnée à l'inexécution de l'employeur, voire s'avère être la seule solution qui s'impose à lui. Il doit exclusivement prouver, sous le contrôle du juge, que le manquement allégué est réel et suffisamment grave pour nécessiter une rupture, sans aller

---

[1316] ◆ Cass. soc., 15 mars 2005, n °03-40.555, *CSBP* 2005, n°171, S 236, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* 2005, p.824, note C. RADÉ ; *RJS* 6/05, n°625 ; *TPS* mai 2005, n°141 : *« Il relève du pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier si* ***l'inexécution*** *de certaines des obligations résultant d'un contrat synallagmatique* ***présente une gravité suffisante pour en justifier la résiliation*** *»*.

◆ Cass. soc., 4 avril 2006, n°04-46.278, *Semaine Sociale Lamy* du 2 mai 2006, n°1259, p.15 : *« C'est par une appréciation souveraine qu'une Cour d'appel estime que* ***le manquement imputé à l'employeur était réel mais n'était pas suffisamment sérieux pour justifier la résiliation du contrat de travail*** *»*. En l'espèce, le salarié se plaignait de ne pas avoir reçu la totalité de certaines primes mais la Cour d'appel a estimé que l'employeur n'était pas animé par une volonté délibérée de léser le salarié.

◆ Cass. soc., 20 décembre 2006, n°05-43.666, *CSBP* avril 2007, n°189, S 162, obs. F.-J. PANSIER : *« Il relève du pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier si l'inexécution de certaines obligations résultant d'un contrat synallagmatique présente une gravité suffisante pour justifier la résiliation […] La Cour d'appel, appréciant les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a estimé que si l'employeur avait omis de procéder à la reprise du paiement du salaire au terme du délai d'un mois prévu à l'article L. 122-24-4 du Code du travail, à compter de la deuxième visite de l'examen médical de reprise du travail,* ***cette seule omission****, au cours d'une procédure d'inaptitude dans laquelle il avait fait des efforts approfondis avec le médecin du travail en vue de reclasser le salarié dans l'entreprise et alors que le rappel des salaires avait été réglé dès le mois suivant,* ***ne constituait pas un manquement d'une importance et d'une persistance suffisante pour entraîner la rupture du contrat de travail*** *»*.

obligatoirement jusqu'à prendre l'aspect d'une faute grave. Il en va de la sorte, par exemple, d'un manquement de l'employeur à l'exécution de bonne foi du contrat de travail [1317].

483 Ainsi lorsque les juges du fond estiment que les manquements de l'employeur présentés par le salarié à l'appui de sa demande sont établis et suffisamment graves, l'action en résiliation judiciaire est déclarée admissible. Rappelons que ce n'est alors pas la sanction du droit commun des obligations qui reçoit application mais bien le droit du licenciement. En effet, de manière constante, les juges procèdent à une « requalification – sanction » de la rupture en « licenciement » [1318].

L'action en résiliation judiciaire permet alors au salarié d'obtenir la même indemnisation que si l'employeur l'avait licencié. Cette application du droit du licenciement a évidemment pour but de sanctionner l'employeur qui n'a pas exécuté correctement le contrat de travail quand bien même celui-ci n'avait pas la volonté de le rompre.

[1317] Cass. soc., 10 mai 2006, n° 05-42.210, *JCP*, S, n°38 du 19 septembre 2006, 1727, note B. BOSSU : *« Un employeur manque à l'exécution de bonne foi du contrat de travail en cessant de faire bénéficier une salariée de l'avantage lié à sa fonction consistant à la faire prendre à son domicile compte tenu de la spécificité de son travail et de l'horaire exceptionnel de prise du travail »*. En l'espèce, l'employeur faisait prendre la salariée à son domicile par la navette de l'entreprise depuis plus de dix ans. À la suite de la cessation de cette « pratique », la salariée demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail en soutenant qu'elle était mise dans l'impossibilité de travailler. La Cour de cassation accueille sa demande en se fondant, non pas sur l'inexécution d'une clause contractuelle ou du statut collectif applicable dans l'entreprise, mais sur la notion de bonne foi.

[1318] Voir par exemple : ◆ Cass. soc., 6 mars 1996, n°93-40.785 : *« La Cour d'appel, après avoir exactement décidé que la rupture du contrat de travail s'analysait en un licenciement »*.

◆ Cass. soc., 10 avril 1996, n°94-42.834 : *« La Cour d'appel […] a ainsi […] constaté […] que la rupture du contrat de travail, exactement analysée en un licenciement qui ouvre droit au profit du salarié, à l'indemnité légale de licenciement […] »*.

◆ Cass. soc., 4 janvier 2000, *TPS*, mars 2000, n°86 : *« 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, à défaut de lettre de licenciement motivée, en un licenciement sans cause réelle et sérieuse »*.

◆ Cass. soc., 22 février 2006, n°03-47.639, *CSBP* mai 2006, n°180, A 32, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, S, n°15 du 11 avril 2006, 1294, note P.-Y. VERKINDT ; *RJS* 5/06, n°560 : *« Constitue une faute de l'employeur lui rendant imputable la rupture du contrat de travail, le fait de modifier unilatéralement la part variable de la rémunération du salarié, comportement s'analysant en un licenciement sans cause réelle et sérieuse »*.

484 À l'inverse, chaque fois que les manquements contractuels de l'employeur ne sont pas établis ou n'apparaissent pas suffisamment graves pour conclure à la rupture aux torts de l'employeur, la relation de travail est maintenue. En aucun cas, la demande de résiliation judiciaire ne peut être assimilée à une démission [1319].

Telle est la différence majeure de régime entre la résiliation judiciaire, mode de rupture issu du droit civil, et la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié, mode de rupture créé par la jurisprudence sociale. En effet, nous allons constater maintenant que lorsque le salarié parvient à justifier sa prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par des manquements contractuels de l'employeur, la solution jurisprudentielle est identique à celle d'une demande de résiliation judiciaire fondée, c'est à dire que c'est le droit du licenciement qui reçoit application. À l'inverse, chaque fois que l'inexécution n'est pas prouvée, le juge ne fait qu'appliquer les effets d'une démission à la rupture mise en œuvre par le contractant salarié.

§ 2 - La justification de la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail

485 Lorsque le salarié quitte l'entreprise puis saisit la juridiction prud'homale afin de faire reconnaître que la rupture est justifiée par l'inexécution, par l'employeur, de ses obligations contractuelles, les magistrats parlent de « prise d'acte ».

Dans un premier temps, face à un tel acte unilatéral, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que la rupture du contrat de travail par le salarié, motivée par des fautes qu'il reprochait à l'employeur, ne caractérisait pas une volonté claire et non équivoque de démissionner, peu important le caractère réel ou non des fautes ainsi alléguées et ne pouvait,

[1319] Cass. soc., 26 septembre 2006, n° 04-48.588, *CSBP* janvier 2007, n°186, S 29, obs. C. CHARBONNEAU ; *RDT*, janvier 2007, p.28, note T. GRUMBACH et J. PÉLISSIER ; *RJS* 12/06, n°1273 : *« Le juge saisi d'une demande de résiliation judiciaire d'un contrat de travail qui estime que les manquements reprochés à l'employeur ne justifient pas la rupture du contrat doit débouter le salarié de sa demande »*.

subséquemment, s'analyser qu'en un licenciement. Licenciement qui, en sus, n'étant pas motivé, était réputé sans cause réelle et sérieuse en vertu de la jurisprudence *Rogié* [1320].

Au vu de cet arrêt, le salarié était donc libre de quitter son entreprise et de faire imputer la responsabilité de la rupture à l'employeur, quand bien même, *in fine*, les manquements reprochés n'étaient pas réels.

486 Cette jurisprudence, qui a amené les glossateurs à parler de droit à « l'auto - licenciement » pour le salarié, a rapidement été corrigée. Depuis 2003, l'employeur ne peut se voir imputer la responsabilité de la rupture que si le juge constate que les faits qui lui sont reprochés sont fondés [1321]. Le juge doit ainsi contrôler les faits qui ont conduit un salarié à prendre acte de la rupture de son contrat de travail. La réalité des griefs doit être examinée mais aussi leur caractère suffisamment grave.

C'est la raison pour laquelle, comme en matière de résiliation judiciaire, le juge des référés ne peut se prononcer sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail. Seuls les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain à ce propos [1322].

[1320] Cass. soc., 29 novembre 1990, *Bull. civ.*, V, n°598 ; *Dr. soc.* 1991, p.99, note J. SAVATIER.

[1321] Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-42.335, 01-42.679 et 01-43.578, *Bull. civ.*, V, n°209 ; *D.* 2003, n°35, jurisprudence, p.2396, note J. PÉLISSIER ; P. LYON-CAEN, « Les conséquences de la « prise d'acte » par l'employeur d'une démission équivoque », *Dr. soc.* 2003, p.814-816 ; G. COUTURIER et J.-E. RAY, « Auto - licenciement : dérives et revirement», *Dr. soc.* 2003, p.817-826 ; *JCP*, G, 3 septembre 2003, II, 10 138, note E. MAZUYER ; *JCP*, E, 9 octobre 2003, 1438, note C. PUIGELIER ; J.-Y. FROUIN, « Rupture du contrat de travail : prise d'acte par l'employeur ou par le salarié – Commentaires des arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 25 juin 2003 », *RJS* 8-9/03, p.647-649 ; *RPDS*, novembre 2003, n°703, p.362, note M. CARLES : *« Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse* ***si les faits invoqués la justifiaient****, soit, dans le cas contraire, d'une démission ».*

[1322] ◆ Cass. soc., 11 mai 2005, n°03-45.228.

◆ Cass. soc., 13 décembre 2006, n°05-44.073, *CSBP* avril 2007, n°189, S 159, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, S, n°8 du 20 février 2007, 1121, note C. PUIGELIER : *« Les juges du fond apprécient souverainement l'existence d'un manquement de l'employeur susceptible de justifier la prise d'acte de la rupture du salarié rendant imputable à l'employeur la rupture du contrat de travail ».*

Ainsi, dès lors que les juges du fond constatent que le contrat de travail est bien rompu, ils doivent rechercher si les faits invoqués justifiaient ou non la rupture mise en œuvre par le salarié. Ils ne peuvent faire l'économie d'une telle discussion, sous peine d'être censurés par la Cour de cassation [1323].

487 La question qui se pose est alors de savoir quels faits doivent être examinés par le juge pour déterminer l'imputabilité de la rupture. Le juge doit-il s'en tenir aux faits mentionnés par le salarié dans l'écrit par lequel il prend acte de la rupture ou bien le juge doit-il tenir compte de l'ensemble des faits allégués par le salarié devant lui ?

Dans un arrêt du 19 octobre 2004, la Chambre sociale a tout d'abord affirmé que *« seuls les faits invoqués par le salarié à l'appui de sa prise d'acte de la rupture permettent de requalifier la démission en licenciement »* [1324]. Cette formulation très générale pouvait laisser penser que la lettre de prise d'acte fixe les limites du litige, avec pour conséquence que le salarié ne peut invoquer d'autres motifs que ceux mentionnés dans sa lettre de prise d'acte de rupture du contrat de travail. Il n'en est rien.

En effet, il n'est pas interdit au salarié d'invoquer d'autres faits que ceux contenus dans sa lettre prenant acte de la rupture de son contrat de travail. Autrement dit, contrairement à ce qui existe en présence d'une lettre de licenciement, l'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail ne fixe pas les limites du litige. Le juge est tenu d'examiner l'ensemble des manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié, même si ce dernier ne les a pas mentionnés dans cet écrit [1325].

[1323] Ainsi, doit être censurée la Cour d'appel qui a qualifié la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail en licenciement sans cause réelle et sérieuse sans avoir caractérisé un manquement de l'employeur à ses obligations, propre à justifier la décision du salarié de mettre fin au contrat de travail : Cass. soc., 16 décembre 2003, n°01-43.916.

De même, est censuré l'arrêt qui énonce qu'à défaut de démission réelle, il est impossible d'imputer la responsabilité de la rupture du contrat de travail au salarié et que la rupture doit en conséquence s'analyser comme un licenciement, sans qu'il y ait lieu de rechercher si les faits dénoncés par le salarié sont ou non motivés : Cass. soc., 14 janvier 2004, n°01-47.026.

[1324] Cass. soc., 19 octobre 2004, n°02-45.742, *Bull. civ.*, V, n°263 ; *CSBP* 2005, n°166, S 12, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, E, n°15-16 du 14 avril 2005, jurisprudence, n°625, note E. MAZUYER, p.674-676 ; *TPS*, janvier 2005, n°1.

[1325] ◆ Cass. soc., 29 juin 2005, n°03-42.804, *CSBP* 2005, n°175, A 78, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 2005, n°39, jurisprudence, p.2723, note P. LOKIEC ; *Dr. soc.* 2005, p.1058, note G. COUTURIER ; *RJS* 10/05,

Les juges du fond, investis du pouvoir de contrôler les griefs invoqués par le salarié doivent donc, pour fonder leur décision, prendre en compte aussi bien les manquements mentionnés dans la lettre de prise d'acte que ceux avancés au cours de l'instance, y compris ceux que le salarié a avancés à l'appui d'une demande antérieure de résiliation judiciaire [1326]. Encore faut-il, pour être recevables, que ces griefs soient suffisamment graves. En effet, tous les griefs invoqués par le salarié ne peuvent justifier la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur. À l'image des manquements invoqués à l'appui d'une demande par le salarié de résiliation judiciaire, le juge social exige que les faits invoqués à l'appui d'une prise d'acte soient réels mais aussi et surtout de nature à justifier la rupture.

488 Ont été considérés par les juges du fond comme des manquements de nature à justifier la prise d'acte : la modification unilatérale du contrat de travail [1327], et, plus précisément, la

---

n°959 ; *Semaine Sociale Lamy* du 11 juillet 2005, n°1223, p.11.

◆ Cass. soc., 15 février 2006, n°03-47.363, *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 27 février 2006, n°945 ; *Semaine Sociale Lamy* du 3 avril 2006, n°1255, p.12-13.

◆ Cass. soc., 5 avril 2006, n°05-40.779, *RJS* 6/06, n°697.

◆ Cass. soc., 5 juillet 2006, n°04-40.134, *CSBP* décembre 2006, n°185, S 472, obs. F.-J. PANSIER ; *JCP*, S, n°39 du 26 septembre 2006, 1757, note J.-Y. FROUIN ; *RJS* 10/06, n°1091.

◆ Cass. soc., 7 novembre 2006, n°05-43.549, *CSBP* 2007, n°187, S 70, obs. C. CHARBONNEAU.

◆ Cass. soc., 16 janvier 2007 et Cass. soc., 24 janvier 2007, *RJS* 4/07, n°416.

[1326] ◆ Cass. soc., 31 octobre 2006, n°04-46.280, 04-48.234 et 05-42.158, *CSBP* février 2007, n°187, A 20, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* janvier 2007, p.113, obs. J. SAVATIER ; *JCP*, S, n°48 du 28 novembre 2006, 1948, note P.-Y. VERKINDT ; *RDT*, janvier 2007, p.28, note T. GRUMBACH et J. PÉLISSIER ; *RJS* 1/07, n°46 : *« La prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à l'employeur entraîne la cessation immédiate du contrat de travail en sorte qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de résiliation judiciaire introduite auparavant ; s'il appartient au juge de se prononcer sur la seule prise d'acte, il doit* ***fonder sa décision sur les manquements de l'employeur invoqués par le salarié tant à l'appui de la demande de résiliation judiciaire devenue sans objet qu'à l'appui de la prise d'acte*** *».*

◆ Cass. soc., 28 mars 2007, n°05-44.125, *Semaine Sociale Lamy* du 30 avril 2007, n°1305, p.15.

[1327] ◆ CA Versailles, 26 février 2004, *RJS* 7/04, n°861 : *« L'employeur a procédé à une modification unilatérale du contrat de travail d'un salarié qui, depuis son embauche, avait le statut de rédacteur - reporter travaillant sans horaires fixes tant au sein de l'entreprise qu'à l'extérieur pour la rédaction d'articles, de reportages et d'entretiens, en lui imposant une affectation immédiate et brutale à des fonctions de rédacteur sédentaire tenu de respecter au sein de l'entreprise les horaires prescrits aux autres membres du personnel non journalistes. La nécessité pour l'entreprise de procéder à une telle modification n'étant pas démontrée, cette mesure étant au contraire intervenue 15 jours après la réception par l'employeur du refus par l'intéressé*

modification des conditions de rémunération du salarié [1328] ou encore de la durée du travail [1329] ; le non-paiement du salaire [1330] ou d'une partie seulement du salaire [1331] ; le refus de

d'établir un témoignage favorable aux intérêts de la société dans le litige l'opposant à un autre salarié ayant introduit une action devant la juridiction prud'homale, la prise d'acte de la rupture de son contrat par le salarié apparaît justifiée et doit produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

◆ CA Poitiers, 24 janvier 2006, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* diffusé sur Internet, n°664 du 1er juillet 2007, n°1449 : *« Une modification unilatérale du contrat de travail d'un salarié par l'employeur constitue un fait suffisamment grave pour justifier que le salarié ne puisse poursuivre le contrat de travail par le fait de l'employeur et le fonde à prendre acte de la rupture à ses torts ».*

[1328] ◆ Cass. soc., 13 juillet 2005, n°03-45.247, *Semaine Sociale Lamy* du 25 juillet 2005, n°1225, p.15.

◆ Cass. soc., 1er octobre 2003, *JCP*, E, 18 décembre 2003, 1793, note P. LOKIEC. En l'espèce, il s'agissait d'une modification de la partie fixe de la rémunération.

◆ Cass. soc., 18 octobre 2006, n°05-41.643, *Semaine Sociale Lamy* du 30 octobre 2006, n°1280, p.15 : *« La rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de manière minime, sans son accord. Il en va de même du mode de rémunération prévu par le contrat. Aussi, dès lors qu'une Cour d'appel relève qu'une convention prévoit, outre un salaire minimum fixe garanti, des commissions calculées sur le chiffre d'affaire des ventes avec déduction des remises accordées qui ne correspondraient pas aux instructions initiales, elle peut en déduire que la modification du système des remises par leur interdiction générale de principe, sauf accord exceptionnel d'un responsable de la société, caractérisait une modification du contrat. Par conséquent, un salarié est fondé à prendre acte de la rupture qui emporte les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ».*

[1329] Cass. soc., 11 juillet 2006, n°04-43.168, *Semaine Sociale Lamy* du 25 septembre 2006, n°1275, p.15 : *« Manque à ses obligations l'employeur qui a imposé à une salariée à temps partiel un temps de travail supérieur à ce qui était prévu par l'article L. 212-4-3 du Code du travail* (avec un volume d'heures complémentaires supérieur au dixième de la durée prévue au contrat) *et qui modifiait très régulièrement ses horaires de travail et ses affectations, alors que la société ne justifiait pas d'une impérieuse nécessité de procéder à ces changements de dernière minute qui empêchaient pas ailleurs la salariée d'organiser normalement sa vie de famille. Enfin, l'employeur avait imposé à la salariée une réduction de ses horaires alors que l'intéressée avait refusée de signer l'avenant entérinant cette réduction du temps de travail. Dans ces conditions, la prise d'acte de la rupture par la salariée devait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ».*

[1330] Cass. soc., 6 juillet 2004, n°02-42.642, *Semaine Sociale Lamy* du 20 septembre 2004, n°1182, p.15. Dans le même sens : CA Metz, 14 décembre 2005, *RJS* 6/06, n°791 : *« L'obligation de payer le salaire à temps est l'obligation principale de l'employeur. Le retard apporté dans l'exécution de cette obligation essentielle, certes limité en l'espèce au paiement de deux échéances, constitue cependant, compte tenu de la faible ancienneté du salarié (un an) et donc de courte durée des relations de travail, et du fait que l'intéressé a été contraint de recourir à une action en justice pour obtenir paiement de son dû, un manquement d'une gravité*

fourniture de travail par l'employeur [1332] ; des mesures vexatoires et des agissements répétitifs constitutifs de violences morales et psychologiques [1333] ; le non-respect des repos hebdomadaires [1334] ; le manquement à l'obligation de sécurité [1335] ; le fait de ne pas faire respecter l'interdiction de fumer dans les bureaux à usage collectif malgré les réclamations de la salariée [1336].

Dans tous ces cas, la prise d'acte produit les effets d'un licenciement qui, en l'absence de

---

certaine justifiant la prise d'acte de la rupture par le salarié et la rendant imputable à l'employeur défaillant. La rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

[1331] ◆ Cass. soc., 21 décembre 2006, n°04-43.886, *CSBP* avril 2007, n°189, A 34, obs. H. GILLIER ; *D.* 2007, n°6 du 8 février 2007, p.376, note A. FAVRE ; *JCP*, S, n°11 du 13 mars 2007, 1172, note P.-Y. VERKINDT ; *RJS* 3/07, n°315. En l'espèce, il s'agissait du non-paiement d'une prime annuelle de motivation.

◆ Cass. soc., 25 avril 2007, n°05-44.903, *Semaine Sociale Lamy* du 7 mai 2007, n°1306, p.15 : *« Une Cour d'appel qui a constaté que l'employeur s'était abstenu, sans justificatifs et malgré des réclamations persistantes de payer au salarié l'intégralité de sa rémunération variable et de ses frais professionnels, a souverainement apprécié la gravité du manquement de l'employeur à ses obligations et a pu faire produire à la prise d'acte les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ».*

◆ Cass. soc., 9 mai 2007, n°05-45.613, *RJS* 7/07, n°823 et n°843 : *« La démission d'un salarié en raison du non-paiement d'une partie de sa rémunération variable constitue une prise d'acte, laquelle s'analyse en raison de la gravité des manquements de l'employeur, en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ».*

[1332] CA Versailles, 21 février 2006, *RJS* 12/06, n°1348.

[1333] ◆ Cass. soc., 26 janvier 2005, n°02-47.296, *Bull. civ.*, V, n°23.

◆ CA Versailles (6ème chambre), 12 décembre 2006, Bulletin d'Information de la Cour de cassation diffusé sur Internet, n°664 du 1er juillet 2007, n°1447 : *« [...] Ces agissements caractérisant le harcèlement moral, il s'ensuit que la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ».*

[1334] Cass. soc., 7 octobre 2003, n°01-44.635.

[1335] Cass. soc., 29 juin 2005, n°03-44.412, *Bull. civ.*, V, n°219.

[1336] Cass. soc., 29 juin 2005, n°03-44.412, *D.* 2005, n°37, jurisprudence, p.2565, note A. BUGADA ; *JCP*, G, n°42 du 19 octobre 2005, 10 144, p.1964-1968, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *JCP*, E, n°50 du 15 décembre 2005, 1839, p.2169-2172, note M. MINÉ ; *Jur. soc.*, janvier 2006, p.7 ; *RJS* 10/05, n°945.

toute motivation, est réputé sans cause réelle et sérieuse, voire nul quand le salarié est protégé en raison de son mandat [1337].

489 À l'opposé, lorsque les griefs contre l'employeur ne sont pas réels [1338] ou ne sont pas suffisamment graves pour justifier la rupture du contrat de travail, la prise d'acte produit les effets d'une démission. Il en va ainsi, par exemple, en cas de décalage d'une journée dans le paiement du salaire, manquement ponctuel de l'employeur à ses obligations contractuelles, en raison de circonstances indépendantes de sa volonté, à savoir en l'espèce un jour férié [1339].

[1337] Cass. soc., 5 juillet 2006, n°04-46.009, *CSBP* décembre 2006, n°185, S 471, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2007, n°1 du 4 janvier 2007, note J. MOULY ; J.-E. RAY, « L'auto - licenciement nul du représentant du personnel », *Dr. soc.*, septembre octobre 2006, p.815-821 ; *Dr. soc.*, novembre 2006, note F. FAVENNEC-HÉRY ; *JCP*, S, n°39 du 26 septembre 2006, 1757, note J.-Y. FROUIN ; *RJS* 10/06, n°1090 ; *Semaine Sociale Lamy* du 17 juillet 2006, n°1270, p.11 : *« Lorsque le salarié titulaire d'un mandat électif prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit, soit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur lorsque les faits invoqués par le salarié la justifiaient, soit dans le cas contraire, les effets d'une démission ».*
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 25 juin 2007, n°06-40.667, *Liaisons sociales jurisprudence théma* des 30-31 juillet 2007, n°187, p.10.

[1338] ◆ Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-42.335, *Bull. civ.*, V, n°209. En l'espèce, le salarié prend acte de la rupture au motif qu'il avait découvert une fraude patronale à la TVA. La Cour d'appel constate que les faits reprochés à l'employeur n'étaient pas établis et que le salarié s'était inscrit au registre du commerce trois semaines avant cet acte.

◆ Cass. soc., 17 décembre 2003, n°01-45.286, *RJS* 3/04, n°293. En l'espèce, la modification du contrat de travail contestée par la salariée n'avait pas été imposée par l'employeur mais seulement proposée.

◆ Cass. soc., 17 février 2004, n°01-42.427. En l'espèce, le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail, non en raison du comportement de l'employeur, auquel aucun manquement n'était imputable, mais pour entrer au service d'un concurrent.

◆ Cass. soc., 7 février 2007, n°05-43.886, *Semaine Sociale Lamy* du 19 février 2007, n°1295, p.15 : *« Dans l'hypothèse où un salarié prend acte de la rupture alors que les tâches supplémentaires ponctuelles qui lui sont demandées pour pallier une compression d'effectif correspondent à sa qualification et constituent une simple modification de ses conditions de travail, cette prise d'acte s'analyse en une démission ».*

[1339] Cass. soc., 19 janvier 2005, n°03-45.018, *CSBP* 2005, n°169, A 28, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 3/05, n°254 ; *Semaine Sociale Lamy* du 31 janvier 2005, n°1200, p.11.
Dans le même sens : Cass. soc., 4 novembre 2003, n°01-44.740, *Semaine Sociale Lamy* du 17 novembre 2003, n°1144, p.14 : *« Produit les effets d'une démission la prise d'acte de la rupture par un salarié qui assurait la direction d'une école et qui reprochait à l'association qui l'employait de ne pas lui avoir réglé ses salaires à*

490 La justification que doit rapporter le salarié devant le juge postérieurement à sa prise d'acte de la rupture du contrat de travail ressemble donc fortement à celle qui existe, *a priori*, en matière de résiliation judiciaire. Le salarié doit prouver une inexécution contractuelle de l'employeur. Quant au juge, l'étendue de son contrôle semble également similaire puisqu'il doit contrôler la réalité des faits ainsi que leur gravité afin de s'assurer qu'ils sont de nature à justifier la rupture de la relation de travail. Il ne s'agit point, comme nous aurions pu le penser de prime abord, d'un contrôle de proportionnalité [1340] mais davantage selon nous, d'un contrôle de nécessité.

Il en résulte une dissymétrie flagrante entre employeur et salarié. En effet, l'employeur qui souhaite, unilatéralement, rompre le contrat de travail à durée indéterminée en raison de manquements contractuels de son salarié, doit motiver et justifier cet acte en prouvant des faits objectifs (datant de moins de deux mois s'il les juge fautifs [1341]) et surtout en démontrant que le licenciement constitue une mesure proportionnée à ces récriminations. À l'inverse, le salarié qui, unilatéralement, souhaite rompre le contrat qui le lie à son employeur en raison de manquements contractuels de ce dernier peut le faire en n'ayant pas à motiver précisément sa lettre de prise d'acte (puisque, nous l'avons précédemment mentionné, la lettre de prise d'acte ne fixe pas les limites du litige). Mais, de plus, le salarié n'a pas à justifier que son acte de rupture constitue une mesure exactement proportionnée au comportement de l'employeur. L'inexécution contractuelle patronale doit strictement être « de nature » à justifier la rupture du contrat de travail. Enfin, il n'existe aucune prescription des faits fautifs susceptibles d'être invoqués par le salarié pour justifier sa prise d'acte.

Une fois encore, une telle dissymétrie entre le pouvoir de rompre de chaque partie contractante tient sans doute à l'absence d'égalité entre les parties à un contrat de travail. Le cocontractant salarié est, effectivement, intrinsèquement subordonné au cocontractant employeur. C'est la raison pour laquelle, au moment de la rupture, le droit du travail tente de rééquilibrer le rapport de forces. Le salarié doit facilement pouvoir se libérer d'un contrat

---

leur échéance. Il apparaissait, en effet, que l'intéressé avait mis fin à son contrat au moment de l'élection du nouveau bureau de l'association. Or, cette élection allait justement permettre le déblocage de la situation. »

[1340] En sens contraire, voir C. GAILLARD qui pense que la réaction du salarié doit être **proportionnée** aux manquements commis par l'employeur : « La prise d'acte de la rupture », *JCP*, E, n°39 du 29 septembre 2005, 1422, p.1613.

[1341] Article L. 122-44 du Code du travail.

dans lequel il est sous l'emprise d'un employeur inerte ou, au contraire, souhaitant lui imposer de nouvelles conditions contractuelles, sans pour autant perdre le bénéfice de toute protection.

491 Comme en d'autres domaines du droit du travail, **il s'agit de tenter de trouver un juste équilibre entre la protection des droits fondamentaux du salarié et l'intérêt de l'entreprise**. En effet, il convient de protéger le salarié contre des pratiques patronales déloyales le poussant à quitter l'entreprise. Mais simultanément, il est nécessaire de garantir l'entreprise contre des salariés qui, de mauvaise foi, partiraient en cherchant à bénéficier indûment de la protection légale contre le licenciement en manipulant astucieusement les règles d'imputation de la rupture, et ce en alléguant un manquement contractuel minime, involontaire voire inexistant de la part de l'employeur.

Cependant, pour notre part, nous ne sommes pas convaincus que la voie choisie par la Chambre sociale de la Cour de cassation était la meilleure, ou plus exactement, la plus évidente pour parvenir à un tel équilibre.
En effet, comme nous avons pu le développer auparavant, nous pensons que la démission, qualification juridique préexistante au régime juridique connu, permettait de parvenir à un résultat identique par une simple évolution de sa définition, tout en évitant une telle création prétorienne. Création qui, en outre, ne repose actuellement sur aucun fondement textuel dans la mesure où ni le Code civil ni le Code du travail ne prévoient la faculté de résiliation unilatérale pour inexécution aux torts du cocontractant sans intervention judiciaire préalable.

Bien différente est la situation que nous allons examiner à présent. En effet, en matière de contrat de travail à durée déterminée, le Code du travail prévoit expressément et limitativement les causes permettant de motiver la rupture du contrat avant son terme.

§ 3 - La justification de la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée

492 En présence d'un contrat doté d'un terme certain, la rupture anticipée se caractérise par la cessation des relations contractuelles avant le terme prévu, et ce, même si l'objet du contrat est réalisé avant cette échéance.
Lorsque, à l'inverse, le contrat d'une durée limitée est conclu avec un terme incertain, la rupture est regardée comme anticipée dès lors que la rupture intervient pendant la durée

minimale prévue. Au-delà de cette durée, le caractère anticipé s'apprécie par rapport à la réalisation de l'objet [1342].

En vertu de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, *« sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure. Il peut toutefois […] être rompu à l'initiative du salarié lorsque celui-ci justifie d'une embauche pour une durée indéterminée »*. Si la rupture d'un commun accord ne nécessite pas de développements particuliers quant à sa justification, il est en revanche nécessaire d'étudier successivement ce que recouvre chacune des autres hypothèses envisagées par l'article L. 122-3-8 du Code du travail. En particulier, il conviendra de remarquer que le juge n'exerce pas son contrôle avec la même amplitude selon la cause invoquée. Ainsi, en présence d'un cas de force majeure (B) ou de l'embauche du salarié en CDI (C), le juge procède à un contrôle « normal », à savoir un contrôle de qualification des faits. Bien différente est la situation lorsque le juge est saisi d'une contestation de la rupture anticipée du CDD intervenue pour une faute. En effet, en matière disciplinaire, le juge déploie depuis 1982 un contrôle d'une intensité accrue : un contrôle de proportionnalité (A).

493 Mais, auparavant une remarque s'impose. En effet, en pratique, les parties cherchent parfois à échapper à la rigueur de l'article L. 122-3-8 du Code du travail en introduisant dans le contrat des clauses permettant une rupture anticipée, dans des hypothèses non prévues par le Code du travail. Une telle pratique est notamment fréquente dans le sport professionnel.

Selon M. AUZERO [1343], les clauses offrant la possibilité d'une rupture anticipée du contrat à durée déterminée peuvent être classées dans trois catégories : les clauses libératoires, les clauses résolutoires et les clauses de résiliation unilatérale [1344].
Selon ce Professeur, le législateur a principalement souhaité assurer au salarié la stabilité de

[1342] Circulaire DRT n°18-90, 30 octobre 1990, §2.4, *BO Travail* n°90/24.

[1343] G. AUZERO, « La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 2001, p.17.

[1344] Une autre distinction a été proposée consistant à opposer clause de rupture anticipée et clause de résiliation unilatérale : F. BOUSEZ, « Contrat à durée déterminée. Notion », *Juris-classeur travail*, Fascicule 2-40, p.11.

son emploi pendant toute la durée prévue par le contrat. La logique suivie est donc celle d'une protection des salariés. L'auteur en déduit conséquemment qu'il ne faut pas condamner abruptement toutes les clauses de rupture anticipée sans se demander si ces stipulations ne vont pas dans le sens de la protection des intérêts du salarié. Dans cette perspective, *« l'article L. 122-3-8 du Code du travail ne devrait pas être interprété comme venant interdire purement et simplement toutes les clauses de rupture anticipée, mais comme une disposition venant encadrer très strictement la possibilité pour les parties d'introduire de telles clauses dans le contrat »*. Poursuivant son raisonnement, M. AUZERO écrit que *« l'article L. 122-3-8 du Code du travail est une disposition d'ordre public social qui autorise les dérogations plus favorables aux salariés. […] Les clauses de rupture anticipée offrent au salarié le droit de rompre son contrat de travail dans des hypothèses qui ne sont pas visées par l'article L. 122-3-8 du Code du travail. Elles donnent de ce fait au salarié des garanties supplémentaires. Celui-ci pourra en effet se libérer d'une relation de travail qui ne le satisfait plus, sans pour autant avoir à démontrer que son employeur a commis une faute grave ou un cas de force majeure »*.

À notre connaissance, la Cour de cassation n'a, jusqu'à ce jour, jamais eu à se prononcer sur de telles clauses de rupture anticipée insérées dans le contrat à durée déterminée au seul bénéfice du salarié.

En revanche, en présence d'une clause résolutoire stipulée au bénéfice des deux parties, quand bien même dépendrait-elle d'une cause indépendante de la volonté de l'une ou l'autre, la Chambre sociale de la Cour de cassation affirme que *« la clause permettant aux parties de dénoncer le contrat avant son terme est nulle »* [1345]. La clause est réputée ne pas exister. Le contrat expurgé de la clause demeure à durée déterminée. Ce faisant, les juges entendent prémunir le salarié contre un abandon des garanties que la loi lui confère.

[1345] Cass. soc., 24 octobre 2000, n°98-40.447.

Exemple d'application par les juges du fond : CA Metz, 22 mars 2005, *D.* 2006, n°7, jurisprudence, p.489, note C. LEFRANC-HAMONIAUX : *« S'il ressort des dispositions de l'article L. 122-3-8 du Code du travail que l'employeur et le salarié peuvent mettre fin à tout moment au contrat à durée déterminée d'un commun accord, un tel accord ne peut en aucun cas intervenir par avance en la forme d'une clause résolutoire prévue au contrat de travail ou par avenant conclu en même temps que le contrat initial, les dispositions précitées, prévoyant les cas de rupture autorisés, étant d'ordre public »*.

Cette remarque préliminaire relative aux clauses contractuelles permettant une rupture anticipée étant effectuée, il convient à présent d'examiner précisément ce que recouvrent les cas de rupture expressément mentionnés en l'article L.122-3-8 du Code du travail.

A - La rupture anticipée du CDD pour faute grave

La rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée n'est possible pour faute que si celle-ci revêt le caractère d'une faute grave. En la matière, le juge procède, comme en matière de licenciement disciplinaire, à un contrôle de proportionnalité de la sanction (ici la rupture) à la faute. Et ce, indistinctement du contractant qui prend l'initiative de la rupture.

1° - La rupture anticipée par le salarié pour faute grave de l'employeur

494 Le salarié peut se prévaloir de la faute grave de l'employeur pour rompre prématurément son contrat conclu avec un terme. Dans ce cas, c'est à lui d'apporter au juge, postérieurement à la rupture, la preuve de cette faute.
Notons par ailleurs, que lorsque le salarié préfère s'adresser au juge prud'homal pour qu'il prononce la résiliation du contrat de travail à durée déterminée, l'exigence quant à la gravité de la faute est similaire. En effet, en raison du caractère d'ordre public de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, l'action en résiliation judiciaire n'est accueillie qu'en présence d'une faute grave de l'employeur [1346].

495 Il convient, dès lors, de savoir ce que recouvre la notion de « faute grave ».

Il n'existe pas de définition légale de la faute grave. Cette notion est essentiellement jurisprudentielle et se présente en la matière comme la faute empêchant la poursuite du

---

[1346] Ainsi, justifie la résiliation judiciaire du CDD à l'encontre de l'employeur :

- Le non-paiement des salaires pendant deux mois : Cass. soc., 6 décembre 1994, n°91-43.012.
- Le fait pour un employeur de ne pas remplir son obligation de fournir du travail à un salarié : Cass. soc., 14 janvier 2004, n°01-40.489, *CSBP* 2004, n°159, A 26, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2004, n°21, p.1473, note J. MOULY ; *RJS* 3/04, n°291 . En l'espèce, l'affaire concernait un joueur de football professionnel engagé pour deux saisons par le Toulouse Football Club et qui avait été mis à l'écart de l'effectif professionnel par son club.

contrat de travail jusqu'à son terme [1347].
Ainsi, ne peut être qualifiée de faute grave le comportement de l'employeur allégué par le salarié dès lors que ce dernier a poursuivi son activité professionnelle plusieurs semaines après sa décision de rompre en alléguant la faute de l'employeur [1348].

En la matière, la Cour de cassation opère, tout comme en présence d'un licenciement disciplinaire pour faute grave, un contrôle de la qualification retenue par les juges du fond.

En pratique, c'est surtout dans les contrats comportant une obligation de formation que le salarié invoque un manquement grave de l'employeur à ses obligations. Ainsi, par exemple, dans un arrêt rendu le 31 mars 1994 [1349], la Chambre sociale de la Cour de cassation valide la décision de la Cour d'appel qui a constaté que l'employeur n'avait pas satisfait à l'obligation de formation qui pesait sur lui, le respect de cette obligation constituant un élément essentiel du contrat, qui était en l'espèce un contrat de qualification. Solution qui est désormais constante [1350].

D'autres agissements de l'employeur ont été retenus pour entériner la rupture anticipée d'un contrat de travail d'une durée déterminée par le salarié au motif d'une faute grave commise par l'employeur. Tel est notamment le cas de la « punition » infligée publiquement par l'employeur à la salariée « par voie de séquestrations et de brimades » [1351].

[1347] Cass. soc., 1er décembre 1993, Alonso c/ Alonso c/ Alemany.

[1348] Cass. soc., 23 mai 1995, n°93-43.403.

[1349] Cass. soc., 31 mars 1994, *Dr. soc.* 1994, p.511 ; *RJS* 5/94, n°585.

[1350]
- Cass. soc., 6 juin 2000, *RJS* 7-8/00, n°841.
- Cass. soc., 7 novembre 2001, *CSBP* 2002, n°136, p.19, obs. C. CHARBONNEAU.
- Cass. soc., 2 février 2005, n°02-45.259, *CSBP* 2005, n°170, S 167, obs. F.-J. PANSIER.

[1351] Cass. soc., 3 décembre 1981, n°79-42.090.

La faute grave de l'employeur a également été reconnue à plusieurs reprises en cas de défaut de versement de la rémunération [1352] ou, plus rarement, en cas de défaut de paiement des congés payés [1353] ou de non fourniture de travail au salarié [1354].

496 Lorsque la faute grave est caractérisée par le juge, le salarié peut prétendre devant le Conseil de prud'hommes au versement, par l'employeur, de dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux salaires qu'il aurait perçus jusqu'à la fin de contrat à durée déterminée [1355]. Montant évalué souverainement par les juges du fond en fonction de la durée prévisible du contrat lorsque celui-ci est conclu sans terme précis [1356].

[1352] ◆ Cass. soc., 4 février 1976, n°74-40.553, *Bull. civ.*, V, n°66.

◆ Cass. soc., 6 décembre 1994, n°91-43.012, *RJS* 1/95, n°5 : *« Le défaut de paiement des salaires pendant deux mois constitue un manquement aux obligations de l'employeur conduisant à imputer à celui-ci la rupture anticipée du contrat à durée déterminée. Par suite, le salarié peut prétendre au versement de dommages et intérêts en application de l'article L. 122-38- du Code du travail »*.

◆ Cass. soc., 18 juillet 2001, n°99-42.992, *RJS* 11/01, n°1264 : *« Le non-paiement des indemnités de trajet et d'un complément de salaire dû pendant un arrêt de travail constitue une inexécution par l'employeur de l'une de ses obligations essentielles du contrat. Peu important que ces paiements aient été opérés en cours d'instance, circonstance qui n'est pas de nature à retirer à ce manquement son caractère fautif rendant impossible le maintien du lien contractuel jusqu'à son terme »*.

◆ CA Bastia, 9 novembre 2005, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* n°651 du 1er décembre 2006, n°2364 : *« Le défaut de règlement de l'intégralité des frais professionnels constitue un manquement grave de l'employeur à ses obligations et justifie la rupture du contrat de travail par le salarié aux torts de l'employeur »*.

[1353] Cass. soc., 8 octobre 1996, n°93-43.756, *RJS* 96, n°1155.

[1354] Cass. soc., 14 janvier 2004, n°01-40.489, *CSBP* 2004, n°159, A 26, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2004, n°21, p.1473, note J. MOULY ; *Dr. soc.* 2004, p.306, obs. C. RADÉ ; *RJS* 3/04, n°291 ; *TPS*, mars 2004, n°73 : « *L'employeur n'a pas satisfait à son obligation de fournir du travail à M. Garcin ; la Cour d'appel a ainsi caractérisé la faute grave justifiant la résiliation du contrat de travail »*. En l'espèce, il s'agissait d'un joueur professionnel engagé pour deux saisons par le Toulouse Football Club qui était confronté au refus persistant de son employeur de le réintégrer dans l'effectif professionnel.

[1355] Cass. soc., 31 mars 1993, *Bull. civ.*, V, n°103 ; *Dr. soc.* 1993, p.596 ; *JCP*, E, 1993, II, note F. TAQUET ; *RJS* 5/93, n°492. La Cour de cassation applique ici strictement l'article L. 122-3-8 du Code du travail en considérant que les dommages et intérêts constituent *« une réparation forfaitaire minimum »* laquelle *« ne peut subir aucune réduction »*. Peu importe donc que le comportement du salarié soit susceptible d'atténuer la responsabilité de l'employeur ou encore que le salarié ait retrouvé immédiatement du travail.

497 À l'inverse, lorsque le salarié ne parvient à prouver aucune faute grave de la part de l'employeur, le juge conclut à la brusque rupture fautive. Le salarié n'a alors pas droit à l'attribution de dommages et intérêts [1357].

Plus, il pourra éventuellement être condamné à verser des dommages et intérêts à l'employeur. L'indemnisation de l'employeur est toutefois subordonnée à la preuve du préjudice subi [1358]. Il ne s'agit pas d'une indemnisation forfaitaire. Il en résulte que l'employeur ne peut prétendre à des dommages et intérêts équivalents aux rémunérations restant à échoir jusqu'au terme de son contrat [1359]. L'employeur n'est dédommagé que dans la mesure où il peut prouver qu'il a subi un préjudice. Les décisions sont d'ailleurs rares en la matière. Certaines évaluent le préjudice au coût supplémentaire de la main d'œuvre

---

Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 21 mars 2000, *TPS*, hors série, mars 2001, n°45, p.41 : *« L'indemnisation prévue à l'article L.122-3-8 du Code du travail a seulement le caractère d'une réparation forfaitaire minimum et il appartient au juge d'évaluer souverainement le montant du préjudice subi par le salarié en raison de la rupture anticipée de son contrat de travail à durée déterminée »*.

[1356] Cass. soc., 13 décembre 2006, n°05-41.232, *CSBP* avril 2007, n°189, S 164, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* mai 2007, p.646, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.

[1357] ◆ Cass. soc., 23 septembre 2003, n°01-41.495, *Bull. civ.*, V, n°241 ; *Cahiers prud'homaux*, novembre 2003, p.132 ; *CSBP* 2003, n°155, A 56, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* 2003, p.1126, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 12/03, n°1370 ; *TPS*, décembre 2003, n°389.

◆ Cass. soc., 8 février 2005, n°03-43.304, *CSBP* 2005, n°170, S 175, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2005, p.571, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 4/05, n°351. En l'espèce, le salarié avait « démissionné » en faisant état de problèmes personnels puis était revenu sur sa décision.

◆Cass. soc., 30 mai 2007, n°06-41.180, *RJS* 8-9/07, n°918. En l'espèce, la salariée, qui avait signé une lettre de « démission » sans contrainte, ne s'était plus présentée dans les locaux de l'entreprise après l'expiration de son arrêt de travail et n'avait pas accepté l'offre de réintégration qui lui avait été faite. Par ailleurs, elle n'imputait aucun comportement fautif à l'employeur.

◆ Cass. soc., 30 mai 2007, n°06-41.240, *RJS* 8-9/07, n°919. En l'espèce, le seul manquement établi par le salarié procédait d'une simple erreur de calcul d'une majoration de taux horaire prévue par la convention collective.

[1358] Article L. 122-3-8 alinéa 3 : *« La méconnaissance de ces dispositions par le salarié ouvre droit pour l'employeur à des dommages et intérêts correspondant au préjudice subi »*.

Exemples : ◆ Cass. soc., 4 avril 1990, *RJS* 1990, n°464, p.332.

◆ Cass. soc., 3 mars 1993, *CSBP* 1993, n°49, S 48.

[1359] Cass. soc., 25 novembre 1998, n°96-45.554.

intérimaire rendue nécessaire par le départ anticipé du salarié dans la mesure où le travail entrepris n'a pu être achevé [1360]. D'autres apprécient le préjudice en tenant compte tant de la taille de l'entreprise, que de la spécificité de ses activités et de la difficulté de trouver un remplaçant [1361]. La réparation dépend donc du préjudice réellement subi. De cette façon, il peut arriver que l'appréciation des conséquences du départ du salarié soit telle que, malgré les apparences préjudiciables, aucune sanction financière ne soit prononcée [1362].

La démonstration par le salarié d'une faute grave de l'employeur est donc essentielle. À défaut d'une faute revêtant ce degré de gravité, le contrat de travail doit perdurer. Comme nous l'avons mentionné antérieurement, il n'existe effectivement pas de place en la matière pour la démission. Il en va de même pour le licenciement puisque l'employeur ne peut pas davantage se séparer du salarié recruté temporairement pour n'importe quel motif sérieux. Seule une faute grave permet de justifier la rupture anticipée d'un CDD.

2 °- La rupture anticipée par l'employeur pour faute grave du salarié

498 En matière de contrat à durée indéterminée, nous avons antérieurement étudié que la faute grave est celle qui rend impossible la poursuite des relations contractuelles durant le préavis. Dans le cas d'un contrat à durée déterminée, il s'agit, plus exactement, d'une faute d'une telle importance qu'elle rend impossible la poursuite du contrat jusqu'à son terme.

Mais un critère unique de la faute grave ne peut être dégagé. La Cour de cassation se prononce en fonction de la spécificité de chaque espèce. Pour apprécier le degré de gravité de la faute, elle prend en compte divers facteurs tels que l'âge, l'ancienneté, la nature des fonctions, le fait que le salarié ait été sanctionné par le passé pour un comportement fautif de

---

[1360] CA Chambéry, 8 octobre 1987.

[1361] CA Montpellier, 31 janvier 1991, *RJS* 01/91, n°6.

[1362] Cass. soc., 3 mars 1993, *CSBP* 1993, n°49, p.114. En l'espèce, une enseignante, à laquelle il restait à dispenser 55 heures de cours à 9 classes différentes, rompt son contrat de travail deux mois avant la fin de l'année scolaire. L'employeur ne réussit pas à convaincre les juges du fond qu'une telle attitude portait une grave atteinte à la réputation de l'école chargée d'assurer une formation à des élèves déjà adultes pour leur permettre de s'insérer dans la vie active. La Chambre sociale approuve cette analyse.

même nature ou encore les pratiques et usages de l'entreprise [1363]. Aussi, en présence d'un CDD, la jurisprudence peut avoir une appréciation différente de la faute grave suivant la durée restant à courir du contrat.

499 Il appartient à l'employeur qui invoque la faute grave de son salarié d'en apporter la preuve, le cas échéant, devant le juge. Ce dernier, comme pour l'ensemble du droit disciplinaire, exerce un contrôle de proportionnalité : la sanction (qui consiste ici en la rupture du contrat de travail) doit être proportionnée à la faute commise. Or, seule une faute grave autorise l'employeur à se séparer prématurément de son salarié précaire.
Toutefois, concernant l'étendue du contrôle judiciaire, notons que l'article L. 122-43 du Code du travail qui confère aux juges le pouvoir d'annuler une sanction ne s'applique pas en cas de rupture d'un CDD pour faute grave [1364].
Par ailleurs, il convient d'insister sur l'importance de la rédaction de la lettre notifiant la rupture à titre de sanction car l'employeur se trouve lié par son contenu et ne peut invoquer ultérieurement de nouveaux griefs pour justifier cette rupture intervenue avant terme.

Ont été qualifiés de faute grave par les juges du fond, sous l'entier contrôle de la Cour de cassation [1365], les faits suivants : la prise d'une semaine de congés payés pour préparer des examens en dépit du désaccord de l'employeur qui lui avait proposé d'autres dates [1366] ; la gifle donnée par un ingénieur chargé de cours à un élève [1367] ; les négligences du salarié dans l'accomplissement de ses travaux et son manque d'intérêt pour son travail qui met en danger

---

[1363] Réponse ministérielle n°33 000, *J.O. Ass. Nat.* du 25 mars 1996, Q, p.1668.

[1364] Cass. soc., 12 novembre 2003, n°01-42.130, *Cahiers prud'homaux*, avril 2004, p.47 ; *CSBP* 2004, n°157, S 53, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* 2004, p.304, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 1/04, n°36 ; *TPS*, janvier 2004, n°3.

[1365] La Cour de cassation exerce à propos de la faute grave un contrôle de qualification et non un simple contrôle de motivation. Et ce, que la faute grave soit invoquée pour rompre un CDD ou un CDI.

[1366] Cass. soc., 30 juin 1993, n°90-43.710.
Dans le même sens : Cass. soc., 28 mars 2001, *Jur. soc*., juillet 2001, p.204 : En l'espèce, le salarié s'était absenté plusieurs jours sans autorisation ni motif légitime, créant une perturbation certaine à l'employeur qui avait un besoin particulier de ses services.

[1367] Cass. soc., 26 novembre 1987, n°84-44.803, *Bull. civ.*, V, n°680.

l'avenir d'une entreprise de petite taille par la perte de ses clients [1368] ; le fait, pour le salarié, d'exiger de plusieurs fournisseurs auxquels il passait des commandes pour l'entreprise, la remise de commissions [1369] ; le fait pour un agent de prévention et de surveillance de quitter son lieu de travail sans attendre la relève [1370].

En revanche, la jurisprudence considère que l'insuffisance professionnelle ne constitue pas une faute grave dès lors qu'elle ne résulte que de son incompétence [1371] ou de son inexpérience [1372] et donc ne saurait justifier la rupture anticipée du contrat à durée déterminée. Il en est de même de l'insuffisance de rendement [1373], de l'inaptitude à suivre une formation théorique [1374] ou du fait de refuser un accroissement de l'amplitude de l'horaire de nuit [1375]. Dans tous les cas, lorsque l'employeur tolère les faits avant de les sanctionner [1376] ou permet

---

[1368] Cass. soc., 5 janvier 1999, n°96-45.848.

[1369] Cass. soc., 11 janvier 1995, n°93-41.525, *RJS* 1/95, n°2.

[1370] Cass. soc., 16 mars 2005, n°03-41.649.

[1371]
- Cass. soc., 10 juin 1992, n°88-44.025, *Bull. civ.*, V, n°375.
- Cass. soc., 4 janvier 2000, *Jur. soc*., octobre 2002, p.320 ; *TPS*, mars 2000, n°86.

[1372] Cass. soc., 22 mai 1996, n°93-44.172.

[1373] Cass. soc., 25 avril 1990, n°87-42.188.

[1374]
- Cass. soc., 2 mars 1994, n°91-43.703.
- Cass. soc., 9 novembre 2004, n°02-45.623, *CSBP* 2005, n°166, S 4, obs. C. CHARBONNEAU : *« La radiation d'un clerc stagiaire du CNFP pour insuffisance de ses travaux de formation théorique et le fait qu'il n'ait pas informé d'une telle insuffisance ou des difficultés pouvant s'y rattacher l'huissier, maître de son stage pratique, ne pouvait suffire à caractériser une faute grave de l'intéressé au regard de ses obligations envers cet employeur susceptible de justifier de la rupture anticipée de son contrat de travail à durée déterminée »*.

[1375] Cass. soc., 7 septembre 2004, n°02-42.657, *CSBP* 2004, n°165, S 438, obs. D. M. ; *Dr. ouvrier*, mai 2005, p.212 ; *Dr. soc.* 2004, p.1022, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 11/04, n°1125. L'affaire concernait en l'espèce un chauffeur de poids lourds qui travaillait de 16h30 à 1h15 et qui avait refusé la nouvelle amplitude prescrite par l'employeur (de 19h à 5h15 avec un temps de repos de 0h45 à 1h30).

[1376] Cass. soc., 24 mars 2004, n°02-41.117, *CSBP* 2004, n°161, S 240, obs. F.-J. PANSIER : *« L'employeur ne peut considérer comme constitutifs d'une faute grave des faits qu'il avait tolérés pendant plus de trois mois sans y puiser motif à sanction »*.

au salarié de bénéficier d'un délai de préavis, il se prive, par là même, du droit d'invoquer la faute grave [1377]. Toutefois, soulignons qu'à l'opposé une sanction disciplinaire ne peut être infligée à un salarié à titre préventif. Un CDD ne peut donc être rompu pour faute grave le 29 avril sur le fondement d'une lettre du salarié datée du 28 avril confirmant son absence le 9 mai, malgré le refus de l'employeur [1378].

500 Au terme de cette étude de la jurisprudence, nous percevons donc que le régime juridique de la faute grave commise par le salarié lors de l'exécution d'un contrat à durée déterminée est aligné en grande partie sur celui de la faute grave commise pendant le déroulement d'un contrat à durée indéterminée. D'une manière générale les juges sont très sévères pour admettre qu'une faute grave du salarié est caractérisée. Le comportement fautif du salarié doit être si grave qu'il rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise et entraîne la rupture immédiate du contrat de travail.
H. BLAISE porte un regard critique sur cet alignement de la faute indistinctement de la durée du contrat de travail. Selon ce Professeur, *« il ne faut pas perdre de vue que, pour le contrat à durée déterminée, la faute grave est la seule qualification qui, concernant le comportement du salarié, permettra de justifier la rupture anticipée du contrat »*. Par conséquent, H. BLAISE pense qu'il devrait s'agir *« de la situer seulement par rapport à l'impossibilité de conserver le salarié dans l'entreprise jusqu'au terme fixé […] Au contraire, dans le cas d'un contrat à durée indéterminée, la faute grave se démarque de la cause réelle et sérieuse pour justifier un licenciement sans préavis et sans indemnité de rupture »*. Ainsi, conclut-il, *« la recherche d'une unité artificielle de la faute grave empêche de prendre en compte le particularisme de la rupture du contrat à durée déterminée »* [1379]. Sans doute convient-il de répondre à cette critique que la volonté du législateur, en dressant une liste limitative et exhaustive des cas de rupture, était précisément de compenser le caractère précaire du contrat de travail à durée déterminée par une stabilité maximale de la relation contractuelle pendant la durée convenue

[1377] Cass. soc., 19 novembre 1992, n°92-40.578, *Bull. civ.*, V, n°561. En l'espèce, la Cour de cassation a sanctionné un employeur pour avoir retardé la date d'effet de la rupture du contrat de 7 jours après la notification de la sanction, estimant que, de ce fait, la faute grave n'était pas caractérisée.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 30 juin 1993, n°91-45.011, *Bull. civ.*, V, n°184. En l'espèce, l'employeur avait prévu un préavis de 8 jours dans la lettre de rupture du CDD adressée au salarié.

[1378] Cass. soc., 18 février 2004, n°02-41.622, *RJS* 5/04, n°537.

[1379] H. BLAISE, « Le contrat de travail à durée déterminée : jurisprudence récente », *RJS* 5/94, p.324.

entre les parties. Il n'en demeure pas moins, il est vrai, une protection du salarié qui peut paraître excessive lorsque le contrat de travail se poursuit pendant un long temps, en particulier quand il est conclu sans terme précis [1380],

501 D'autant que la sanction prévue par l'alinéa 3 de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, en l'absence de faute ou si celle-ci n'est pas considérée comme grave par les juges, est la condamnation de l'employeur au versement de dommages et intérêts au salarié d'un montant au moins égal aux salaires qu'il aurait perçus si les relations contractuelles avaient continué jusqu'au terme prévu. Cette indemnité a le caractère d'une indemnité minimum forfaitaire et ne peut, de ce fait, subir aucune réduction [1381]. Lorsqu'il s'agit d'un contrat à terme imprécis, l'appréciation du préjudice s'effectue sur la durée prévisible du contrat [1382].

Sanction identique lorsque l'employeur motive la rupture anticipée du CDD par un évènement de force majeure qui, en définitive, n'est pas retenu par les juges. En effet, si la deuxième cause légale de rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée est la survenance d'un cas de force majeure, encore faut-il que les faits soient qualifiés de tels par les juges.

B - La rupture anticipée pour force majeure

502 La force majeure *« s'entend de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat »* [1383].

[1380] Par exemple pour le remplacement d'une salariée absente pour congé de maternité qui retarde son retour dans l'entreprise jusqu'à l'issue d'un congé parental, ce qui peut prolonger l'absence jusqu'à la date du troisième anniversaire de l'enfant né ou accueilli.

[1381] Cass. soc., 28 octobre 1998, n°96-43.441.

[1382] Cass. soc., 13 mai 1992, n°89-40.044.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 13 décembre 2006, n°05-41.232, *CSBP* avril 2007, n°189, S 164, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* mai 2007, p.646, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.

[1383] Cass. soc., 12 février 2003, n°01-40.916, 99-42.985 et 00-46.660, *Bull. civ.*, V, n°50 ; *CSBP* 2003, n°150, A 28, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 2003, n°25, sommaires commentés, obs. N. DAIMEZ ; *JCP*, E, 26 juin 2003, chronique, p.1089, note P. MORVAN ; *RJS* 4/03, n°423 et n°445 ; *TPS*, avril 2003, n°136.

Lorsqu'elle est reconnue par le juge, elle dispense les parties de la continuation du contrat. Elle libère également les parties de respecter toute procédure et délai de prévenance.

Dans la pratique, elle n'est reconnue qu'exceptionnellement par les juges [1384]. Elle n'appelle donc pas de plus amples commentaires.

Remémorons-nous simplement que la Cour de cassation a toujours refusé de reconnaître le caractère de force majeure à l'offre d'embauche sous contrat à durée indéterminée formulée au profit d'un salarié embauché sous contrat à durée déterminée [1385]. Aussi, le salarié se trouvait dans une position inconfortable. La solution lui imposait un arbitrage entre, d'une part, accepter un emploi définitif et, d'autre part, le risque de se voir condamner au versement de dommages et intérêts dont il ne pouvait estimer à l'avance le montant car apprécié souverainement par les juges du fond.

[1384] Ainsi, ne constituent pas un cas de force majeure autorisant la rupture anticipée du CDD :

- La suppression du poste du salarié remplacé : Cass. soc., 26 mars 2002, n°00-40.652, *CSBP* 2002, n°141, S 251, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, G, 2002, IV, 1842.
- La liquidation judiciaire de l'entreprise : Cass. soc., 16 octobre 2002, n°00-40.869, *RJS* 1/03, n°16.
- L'arrêt, sur décision des autorités en raison de la sécheresse, du chantier qui avait justifié le recours à un CDD : Cass. soc., 17 mai 2000, n°98-40.092
- L'interruption de financement d'une mission : Cass. soc., 8 mars 2000, *TPS*, hors série mars 2001, n°46, p.42.
- Le décès de l'acteur principal d'une série télévisée, qui ne fait pas obstacle à la poursuite de la production avec un autre acteur : Cass. soc., 12 février 2003, n°99-42.985, *D.* 2003, n°25, sommaires commentés, obs. N. DAIMEZ ; *JCP*, E, 26 juin 2003, chronique, p.1089, note P. MORVAN ; *Semaine Sociale Lamy* du 24 février 2003, n°1111, p.12-14 ; *TPS*, avril 2003, n°136, p.10.
- L'inaptitude du salarié : Cass. soc., 12 février 2003, n°00-46.660, *CSBP* 2003, n°150, S 223, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, G, 30 juillet 2003, I, p.1458, note P. MORVAN ; *RJS* 5/03, n°597 ; *Semaine Sociale Lamy* du 24 février 2003, n°1111, p.12-14 ; *TPS*, avril 2003, n°136, p.10.

À l'inverse, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir relevé l'existence d'un cas de force majeure rendant impossible la poursuite des contrats de travail à durée déterminée à propos du mouvement d'intermittents du spectacle déclenché lors des Francofolies de la Rochelle. En effet, pour contester un projet de réforme gouvernementale, des intermittents du spectacle, extérieurs au festival, avaient bloqué l'accès au site où devaient se dérouler les spectacles. Ils empêchaient ainsi les salariés recrutés par CDD d'accéder à leurs postes de travail pour effectuer les tâches pour lesquelles ils avaient été engagés : Cass. soc., 31 octobre 2006, n°04-47.014 et 04-47.015, *JCP*, S, n°3 du 16 janvier 2007, jurisprudence, 1019, note L. DRAI ; *RJS* 1/07, n°49.

[1385] Cass. soc., 5 octobre 1993, *RJS* 11/93, n°1073, p.639.

La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 est venue mettre un terme à ce dilemme du salarié en créant un cas supplémentaire de rupture anticipée du CDD.

C - La rupture anticipée par le salarié en raison de son embauche en CDI

503 En application de l'article L. 115-2 alinéa 4 du Code du travail [1386], une faculté est offerte à l'apprenti de mettre fin au contrat de travail de manière prématurée en cas d'obtention du diplôme ou du titre de l'enseignement technologique préparé [1387].
De façon analogue, le salarié qui était possesseur d'un contrat emploi jeune du secteur public et associatif pouvait le rompre à chaque échéance annuelle.

504 Pour les autres salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée, il a fallu attendre la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 pour voir se créer un nouveau cas de rupture anticipée à l'initiative du salarié. Dorénavant, le salarié peut légitimement rompre son contrat de travail avant l'échéance du terme lorsqu'il *« justifie d'une embauche pour une durée indéterminée »* [1388]. Sont visées les situations où le salarié envisage son embauche dans une autre entreprise ou dans un autre établissement de l'entreprise.
Le salarié doit pouvoir fournir à son employeur tout justificatif de nature à établir la réalité de l'embauche prévue. En outre, le salarié se doit de respecter un préavis dont la durée varie selon que le contrat à durée déterminée est assorti d'un terme précis ou imprécis. Toutefois, avec l'accord de l'employeur, le salarié peut être dispensé de préavis.

Le mécanisme de la rupture accompagnée d'un préavis recherche ainsi un point d'équilibre entre deux impératifs opposés. Faciliter la recherche d'un emploi durable sans perturber brutalement la stabilité contractuelle du contrat à durée déterminée.

[1386] Depuis la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, l'article L. 115-2 alinéa 4 énonce : *« En cas d'obtention du diplôme ou du titre de l'enseignement technologique préparé, le contrat peut prendre fin à l'initiative du salarié avant le terme fixé initialement ».*
Décret du 24 avril 2002, n°2002-596, *J.O.* 27 avril 2002.

[1387] La rupture anticipée n'étant plus subordonnée, dans cette hypothèse, à l'accord des parties, comme l'exigeait auparavant l'article L. 115-2 du Code du travail.

[1388]
- Article L. 122-3-8 du Code du travail.
- Article L. 124-45 du Code du travail en matière de contrat de travail temporaire.

505 Pourtant, lors de sa création, en 2002, ce droit de résiliation unilatérale ouvert au seul salarié a suscité, de la part des praticiens du droit, de nombreuses interrogations. Notamment, la question était posée de savoir si ce nouveau droit de rupture anticipée au profit du salarié ne risquait pas de nuire au bon fonctionnement des entreprises ? De plus, l'équilibre contractuel n'était-il pas mis en péril ? Et, enfin, question essentielle, l'entreprise pourrait-elle supporter financièrement ce départ ?

Mme ROY-LOUSTAUNAU [1389] présumait que dans les secteurs où il est d'usage de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée (spectacle, hôtellerie, restauration, audiovisuel, sport professionnel, etc.), la démission du salarié était de nature à désorganiser l'entreprise et à entraver toute prévisibilité de la gestion.

Avec le recul des années, il nous semble que le spectre d'une insécurité juridique n'est pas réel.
En effet, la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée par son titulaire existait déjà, dans la pratique, bien avant la mise en place de ce nouveau droit de résiliation unilatérale. Les employeurs s'en trouvaient certainement affectés pour gérer au mieux leur entreprise. Cependant, comme le prouve le volume de décisions rendues à ce sujet, le préjudice des entreprises ainsi perturbées n'était pas anormal. Les employeurs ne poursuivaient quasiment jamais leur ancien salarié précaire.
En outre, certaines conventions collectives envisageaient déjà, bien avant la loi du 17 janvier 2002, le cas des salariés employés sous contrat à durée déterminée qui souhaitaient quitter leur poste en raison d'une embauche sans limitation de durée chez un autre employeur. Leur départ était accepté et la rupture qualifiée de rupture d'un commun accord [1390].
Sans doute que la légalisation de ce qui n'était alors qu'une pratique a seulement facilité le départ de certains salariés se voyant proposer un emploi durable. Mais, il paraît ne pas falloir envisager de manière démesurée l'impact effectif d'une telle mesure.

[1389] C. ROY-LOUSTAUNAU, « La lutte contre la précarité des emplois : une réforme du CDD, discrète mais non sans importance », *Dr. soc.* 2002, p.308.

[1390] Exemple : Article 36 de l'accord national relatif au statut conventionnel du personnel GROUPAMA du 10 septembre 1999 : *« Les salariés sous contrat à durée déterminée ont la possibilité de rompre leur contrat de travail avant le terme de celui-ci lorsqu'ils sont susceptibles d'être embauchés sous contrat à durée indéterminée par un autre employeur : dans cette hypothèse, la rupture du contrat de travail à durée déterminée est considérée comme une rupture d'un commun accord entre les parties ».*

L'autre critique adressée par Mme ROY-LOUSTAUNAU, dans son article précité datant de 2002, avait trait au contrat de qualification [1391]. Elle soulignait que *« un tel mécanisme de rupture unilatérale perturbe et anéantit tout le dispositif d'insertion en alternance organisé par la loi et n'est certainement pas incitatif à l'embauche de jeunes en quête de formation qualifiante »*.

Ici encore, il faut se montrer prudent quant aux conséquences réelles du droit de rupture unilatérale offert au salarié formé.
En effet, la proportion de jeunes en formation qui souhaitent interrompre leur enseignement n'est heureusement pas élevée. Les personnes qui s'engagent dans ce type de contrat le font, d'une part, pour obtenir la qualification proposée et, d'autre part, en vue de s'insérer plus facilement dans le monde du travail. Si leur embauche sous contrat durable était évidente sans formation supplémentaire, le contrat de professionnalisation, et plus largement les contrats liés à la politique de l'emploi, n'auraient plus lieu d'être.
D'ailleurs, les dénombrements actuels révèlent que la majorité des résiliations unilatérales se rencontrent en fin de contrat lorsque le jeune salarié formé a obtenu le diplôme qu'il préparait en alternance et que son employeur ne souhaite pas poursuivre la relation de travail par un contrat à durée indéterminée.

Ainsi, contrairement à ce qui a été présenté au Sénat lors du débat sur le projet de loi de modernisation sociale, le dispositif du contrat de qualification (aujourd'hui devenu contrat de professionnalisation) n'est pas anéanti. L'essentiel du procédé de formation des jeunes en alternance dans le cadre d'un contrat à durée déterminée est maintenu.

506 Nous avons à présent examiné l'ensemble des cas permettant de rompre de manière anticipée un contrat de travail à durée déterminée. Aucun autre motif ne peut, en ce domaine, être avancé par l'une ou l'autre des parties pour justifier la cessation des relations de travail. En particulier, nous l'avions mentionné dès nos premiers développements, l'inaptitude physique du salarié à l'emploi ne peut motiver la rupture, ce qui ne va pas sans poser des difficultés pragmatiques. La partie qui rompt n'a le droit de le faire que pour l'une des causes

[1391] Contrat remplacé par le « contrat de professionnalisation » par la loi du 4 mai 2004 mais la possibilité de rupture à l'initiative du salarié qui justifie d'une embauche en CDI est maintenue.

énoncées dans l'article L.122-3-8 du Code du travail.

Le juge, quand il est saisi d'une contestation postérieure à la rupture, doit s'assurer que les faits invoqués sont établis et sont effectivement de nature à justifier la rupture. L'intensité de son contrôle est, toutefois, plus soutenue lorsque c'est une faute grave qui motive la rupture. En effet, en ce cas, conformément aux règles disciplinaires transverses au droit du travail, le juge doit s'assurer que la sanction (la rupture anticipée du CDD) est proportionnée à la faute commise [1392]. Or, la loi exige en présence d'un contrat de travail à durée déterminée, une faute grave. Ainsi, la lettre de rupture par l'employeur motivée par une faute grave est admissible, elle n'en est pas pour autant justifiée. Seul le juge dispose du pouvoir de contrôler cette justification. Pouvoir qui appartient aux juges du fond sous l'entier contrôle de la Cour de cassation.

507 Nous parvenons ainsi au terme de notre étude relative aux modes de rupture dont la justification est « conditionnée ».

La résiliation judiciaire et la prise d'acte de la rupture (modes de rupture où l'initiative n'appartient dorénavant qu'au seul salarié) ne peuvent intervenir qu'en présence de manquements contractuels de l'employeur. Manquements sur lesquels le juge exerce un contrôle renforcé par rapport à celui de l'abus de droit mais simultanément amoindri en regard de celui de proportionnalité exercé sur la cause réelle et sérieuse de licenciement. Il s'agit en effet de permettre au salarié de quitter une relation contractuelle défectueuse, à la condition, cependant, qu'il prouve les violations dont il argue et leur importance. Comme en d'autres domaines, **le juge a pour mission de tenter de trouver une ligne de partage entre l'intérêt du salarié** (qui se trouve ici prétendument lésé) **et celui de l'entreprise**. Or, le contentieux dit de l'« auto – licenciement » (qui a autorisé momentanément la prise d'acte de la rupture par le salarié sans avoir à établir le bien-fondé des griefs allégués) a montré comment un déséquilibre pouvait rapidement survenir et perturber l'ensemble de l'édifice de la rupture du contrat de travail.

508 La justification de la rupture avant terme du contrat de travail à durée déterminée obéit pour sa part **à une autre logique**. Il convient, en effet, d'assurer aux contractants une stabilité maximale pendant la durée convenue. Aussi, la faculté de rupture

[1392] Article L. 122-43 du Code du travail.

unilatérale est exceptionnelle. Le droit du travail la tolère uniquement en cas de faute grave du cocontractant. Cependant, afin d'assurer au salarié précaire une meilleure maîtrise de son droit à l'emploi, et en particulier à un emploi stable, la loi est venue lui ouvrir une faculté de rupture unilatérale anticipée du contrat de travail à durée déterminée lorsque celui-ci bénéficie d'une embauche sous contrat à durée indéterminée [1393]. Ce faisant, **le législateur tente de compenser la précarité inhérente à ce contrat de travail par un régime de rupture favorable au salarié**. En effet, celui qui est engagé en CDD se trouve, pendant la durée convenue du contrat, davantage protégé que le titulaire d'un CDI. Seule une faute grave permet à l'employeur de décider la cessation de la relation alors que nous avons vu auparavant que tout motif à la fois réel et sérieux offre à ce dernier la possibilité de motiver un licenciement. Il peut certes s'agir d'une faute grave mais pas uniquement : une violation contractuelle sérieuse peut justifier un licenciement, de même qu'une cause non empreinte de faute, telle l'inaptitude physique, voire un motif non lié à la personne du salarié comme le sont des suppressions d'emplois liées à des difficultés économiques. Aussi paradoxal que cela puisse paraître de prime abord, le salarié recruté sous contrat à durée déterminée bénéficie donc d'une protection plus importante, quant à la rupture de son contrat de travail, que le salarié possesseur d'un contrat à durée indéterminée.

[1393] Une semblable faculté de rupture unilatérale du contrat est admise par la loi du 6 juillet 1989 au bénéfice du locataire (article 12). Il s'agit, en ce cas, de lui assurer une meilleure maîtrise de son besoin de logement.

Conclusion du Chapitre

Ce chapitre nous a permis de mettre en évidence la justification des modes de rupture autres que le licenciement.

509 Nous avons tout d'abord constaté qu'en dépit de la loi du 13 juillet 1973, qui a imposé une cause réelle et sérieuse comme fondement de tous les licenciements, cette exigence ne s'est pas retrouvée identiquement dans les autres expressions de la faculté de résiliation unilatérale offertes à l'employeur. En effet, en période d'essai et en période de consolidation d'emploi du contrat de travail nouvelles embauches, l'employeur demeure titulaire du pouvoir de rompre librement, sans motivation préalable. Mais ce droit de libre rupture n'équivaut pas à un droit arbitraire. L'employeur ne peut ignorer ni le principe de non-discrimination contenu à l'article L. 122-45 du Code du travail et régulièrement abondé, ni les règles disciplinaires qui pénètrent l'ensemble du droit du travail. En outre, l'employeur ne doit aucunement utiliser abusivement son droit de rompre sans motif. Cette limite de l'abus se retrouve d'ailleurs réciproquement pour le salarié. Toutefois, le contrôle exercé par le juge, *a posteriori*, en cas de contentieux, n'a pas évolué symétriquement selon l'auteur de la rupture. Le salarié demeure **libre** de démissionner d'un contrat de travail à durée indéterminée (pendant ou hors de la période d'essai), le juge n'exerce en la matière qu'un contrôle subjectif de l'abus de droit, entendu comme l'intention de nuire ou la malveillance. Il en va différemment du contrôle déployé en présence d'une rupture unilatérale mise en œuvre par l'employeur. En ce cas, le juge a substitué au susmentionné contrôle subjectif un contrôle objectif de l'abus de droit. L'employeur ne doit exercer son **pouvoir** de rompre que dans l'intérêt de l'entreprise. Ce faisant, le juge tente de concilier la liberté d'entreprendre de l'employeur et le droit à l'emploi du salarié.

510 C'est d'ailleurs cette même tentative d'équilibrage entre deux types d'intérêt qui se font front qui a conduit le juge à progressivement exclure les modes de rupture issus du droit civil. Dorénavant, la résiliation judiciaire, sauf dans le cadre unique du contrat d'apprentissage, ne peut être sollicitée que par le salarié. Dès lors, en la matière, comme en présence d'une « prise d'acte » de la rupture du contrat de travail, le juge vérifie que les manquements contractuels invoqués par le salarié sont réels et surtout de nature à justifier juridiquement la décision de cesser la relation de travail. Le pouvoir du juge ne s'étend, cependant, pas jusqu'à un contrôle de la proportionnalité. Le salarié peut donc voir son contrat de travail à durée indéterminée rompu aux torts de l'employeur à condition d'établir la

véracité et la gravité de griefs à l'encontre de son employeur, sans cependant avoir, selon nous, à démontrer une « inverse cause réelle et sérieuse ».
Quant au contrat de travail à durée déterminée, il ne nécessite pas davantage une cause réelle et sérieuse mais délimite précisément et exhaustivement les causes pour lesquelles la rupture peut intervenir avant terme.

511 La cause permettant de justifier la rupture et son contrôle par le juge n'obéissent donc pas au même régime selon le mode choisi mais également selon son auteur et selon la durée du contrat de travail. **Depuis 1973, le parallélisme de la justification de la rupture du contrat de travail est rompu**. Il en va de même du contrôle exécuté par le juge. Définitivement, le contrat de travail s'est démarqué des contrats de figure classique dans lesquels les contractants sont placés à égalité.

Conclusion du Titre I

Ce titre nous a permis de mettre en perspective l'évolution de la cause justificative de la rupture du contrat de travail et son contrôle par le juge.

512 En subordonnant le pouvoir de licencier à l'existence d'une cause réelle et sérieuse, le législateur a opéré, le 13 juillet 1973, un profond bouleversement dans le droit de la rupture du contrat de travail. La Cour de cassation a également apporté une contribution non négligeable à cette réforme en précisant le sens et la portée des dispositions légales. Ainsi, elle a rapidement jugé que l'exigence d'une cause réelle et sérieuse concernait tous les licenciements, peu important le caractère économique ou personnel, peu important l'ancienneté du salarié dans l'entreprise ou encore l'effectif de celle-ci. Chaque fois qu'un licenciement est prononcé, il doit être motivé par une cause réelle et sérieuse. Mais surtout, la Cour de cassation est venue préciser la notion même de cause réelle et sérieuse. Progressivement, au fil des années et des arrêts, elle a imposé une objectivation de la matière. Dorénavant, un **licenciement** n'est jugé justifié qu'à la condition d'être un **acte unilatéral objectif**. Ce qui recouvre une double condition : d'une part, reposer sur des faits objectivement réels mais aussi, d'autre part, constituer une mesure proportionnée aux faits établis.
En objectivant la cause du licenciement, la Cour de cassation, succédant au législateur, a souhaité **objectiver le pouvoir patronal** de rompre le contrat de travail. De la situation de « l'employeur seul juge » avant 1973, nous sommes aujourd'hui parvenus à celle de « l'employeur socialement responsable ».

C'est cette même volonté d'objectivation et de responsabilisation du pouvoir patronal qui se retrouve lors de l'étude de la faculté de rupture offerte à l'employeur pendant la période d'essai (et lors de la plus inaccoutumée période de consolidation du contrat nouvelles embauches). L'employeur dispose certes ici d'un pouvoir discrétionnaire de séparation avec pour seule limite l'abus de droit. Toutefois, la Cour de cassation refuse qu'il exerce ce pouvoir de manière arbitraire. Aussi, un contrôle objectif de l'abus de droit a t-il été substitué au traditionnel contrôle subjectif. La rupture de la période d'essai ne doit intervenir que pour une cause objective liée à la finalité de l'essai. La présomption de légitimité dont bénéficie l'employeur n'est qu'une présomption simple. De la sorte, la rupture de **la période d'essai par l'employeur constitue un acte unilatéral objectivé**.

La logique d'objectivation, engendrée par la loi de 1973, est donc omnipotente : le pouvoir de résiliation unilatérale de l'employeur ne doit être exercé que dans un cadre objectif. Cadre qui, d'ailleurs, se voit encore rétréci lorsque le contrat de travail comporte un terme. En effet, en ce cas, la loi limite la faculté de résiliation unilatérale à la preuve d'une faute grave. L'employeur ne peut se séparer d'un salarié précaire pour un motif autre, telle une inaptitude physique non professionnelle ou encore un motif économique. Le dessein affiché est, ici, de compenser le caractère par nature précaire du contrat de travail à durée déterminée par une stabilité maximale de la relation contractuelle pendant la durée convenue entre les parties.

Mais cette dialectique, qui prévaut depuis 1982, est aujourd'hui remise en cause par certains économistes et acteurs politiques qui voient en cette contrainte de rupture du contrat à durée déterminée un frein à la flexibilité du marché du travail et subséquemment à l'embauche. C'est, entre autres, la raison pour laquelle est envisagée la création d'un contrat de travail unique, à durée indéterminée, dans lequel la rupture du contrat de travail serait simplifiée. Le **contrat de travail unique serait**, en effet, si nous nous référons aux travaux menés [1394],

[1394] L'idée de « fusionner » CDI et CDD en un contrat de travail unique est apparue dans le rapport présenté en 2003 par O. BLANCHARD et J. TIROLE au Conseil d'analyse économique (*Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La Documentation française, 2003). Elle est ensuite reprise, dans un document élaboré la même année par P. CAHUC pour la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (*Pour une meilleure protection de l'emploi*, COE-CCIP, Document de travail n°63, 2003) puis dans un rapport de M. CAMDESSUS pour le ministère de l'Économie (*Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, La Documentation française, 2004) et dans le rapport remis en décembre 2004 par P. CAHUC et F. KRAMARZ à ce même ministère et à celui chargé de l'Emploi (*De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, La Documentation française, 2005. Voir également des mêmes auteurs « Le contrat de travail unique, clef de voûte de la sécurité sociale professionnelle » in *Le droit du travail confronté à l'économie*, dir. A. JEAMMAUD, Dalloz, 2005, p.55).

L'idée est également envisagée et analysée dans un rapport d'étape du COE de mai 2007 relatif à « La sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels », disponible à l'adresse Internet suivante : http://www.coe.gouv.fr/IMG/pdf/COE_SPP_-_Rapport_d_etape.pdf.

De la même façon, l'OCDE, dans un rapport datant également de juin 2007, se montre favorable à un contrat de travail unique offrant une protection croissant avec l'ancienneté dans l'entreprise.

Enfin, depuis mai 2007, les partenaires sociaux ont été contactés afin de négocier précisément sur ce sujet. Voir le document d'orientation sur la modernisation du marché du travail et la sécurisation des parcours professionnels qui leur a été remis le 18 juin 2007 par le Premier ministre et consultable à l'adresse Internet suivante : http://www.wk-rh.fr/actualites/upload/social_actu492_doc_emploi.pdf.

affranchi du contrôle judiciaire du motif réel et sérieux [1395]. En lieu et place, l'employeur exerçant son pouvoir de résiliation unilatérale serait redevable d'une contribution de solidarité finançant le « reclassement » des salariés par des professionnels, extérieurs à l'entreprise, et représentant le prix de l'emploi supprimé (la « valeur sociale de l'emploi »).

513 Pour le salarié, la mise en place d'un contrat de travail unique n'influerait sans doute que peu sur son pouvoir de résiliation unilatérale. En effet, la limitation par une cause réelle et sérieuse ne se retrouve point lorsque c'est le salarié qui prend l'initiative de la rupture. Le salarié peut librement démissionner, faire cesser la période d'essai ou de consolidation d'emploi. Il n'a nullement besoin de motiver sa décision ni de se justifier. Certes, la théorie de l'abus de droit sert ici de garde-fous. Mais, le juge se contente alors d'un contrôle subjectif. La seule intention de nuire est examinée. Le pouvoir du salarié doit s'exprimer dans toute sa plénitude. **La démission est un acte unilatéral affranchi de tout statut**.

Pour des commentaires sur le sujet voir notamment : B. REYNÈS, « Variations sur le contrat de travail unique », *D.* 2005, n°34, chronique, p.2348-2351 ; P. MORVAN, « La chimère du contrat de travail unique, la fluidité et la créativité », *Dr. soc.* novembre 2006, p.959-962 ; X. LAGARDE, « Que penser du « contrat de travail unique » ? Plutôt une bonne idée », *RDT*, janvier 2007, p.8-11 ; A. JEAMMAUD, « Des raisons de douter », *RDT*, janvier 2007, p.12-13 ; B. GAZIER, « Restructurations et reclassements : vers une redéfinition des responsabilités », *Dr. soc.* mars 2007, p.259-267, sp. p. 262 ; F. FAVENNEC-HÉRY, « Une feuille de route chargée pour les partenaires sociaux », *Semaine Sociale Lamy* du 23 juillet 2007, n°1317, p.2-3 ; E. DOCKÈS, « Le juge et les politiques de l'emploi », *Dr. soc.* septembre - octobre 2007, p.911-916.

Voir également l'avis du Conseil économique et social (CES) sur la sécurisation des parcours professionnels du 30 mai 2007 qui considère que la voie du contrat de travail unique n'est pas recommandée. Avis présenté par E. ARNOULT-BRILL disponible en intégralité sur Internet à l'adresse suivante : http://www.conseil-economique-et-social.fr/ces_dat2/2-3based/base.htm.

[1395] Le MEDEF a proposé pour sa part le 14 septembre 2007, lors de négociations visant à moderniser le marché du travail, « *la mise en place d'un CDI conclu pour la réalisation d'un objet précis* ». Calqué sur les contrats de mission à l'export ou contrats de chantier qui existent dans le bâtiment, ce CDI de projet verrait le motif de rupture, la fin du projet, fixé par avance, sans qu'il soit daté dans le temps. La souplesse serait donc plus importante et le licenciement serait de fait moins contestable et plus sûr juridiquement. La présidente du MEDEF, Laurence PARISOT, avait présenté ce contrat dans son livre, *Besoin d'air* (Seuil, 2007), sous l'appellation de *« CDI de mission à rupture précausée »*. Son avantage tient à ce que *« le motif réel et sérieux de la fin de collaboration serait donc déterminé à l'avance, non fautif »*, précisait M^me^ PARISOT et que « *la rupture ne pourrait pas faire l'objet d'une contestation* ».

Cependant, quand le salarié souhaite voir la rupture imputée à l'employeur, l'exigence de justification réapparaît. Il en va ainsi lors d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, d'une contestation postérieure à une « prise d'acte » ou encore d'une rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée pour faute grave de l'employeur. Dans toutes ces hypothèses, le salarié doit prouver l'inexécution contractuelle de la part de son employeur. Inexécution qui doit d'ailleurs nécessairement revêtir l'aspect d'une faute grave dans un contrat à durée déterminée. Néanmoins, agissant plus comme la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle de l'employeur, l'exigence de justification ne correspond pas exactement à la « cause réelle et sérieuse » attendue de l'employeur lors d'un licenciement.

514 Ainsi, pour parachever ce titre consacré à la cause justificative de la rupture, nous constatons que si **la condition d'une cause réelle et sérieuse** n'est point requise pour les modes de rupture autres que le licenciement, il n'en demeure pas moins que cet impératif causal **a marqué de son empreinte le droit de la rupture du contrat de travail dans son ensemble**. C'est l'existence d'une réglementation stricte de la justification du licenciement qui implique un contrôle judiciaire rigoureux du pouvoir de résiliation unilatérale de l'employeur autant en période d'essai que, plus extraordinairement, dans un contrat à durée déterminée. **Le pouvoir de l'employeur se doit d'être objectif**.
L'interrogation qui est alors aujourd'hui soulevée est de savoir si la logique d'objectivation, et par la même celle de responsabilisation sociale de l'employeur, n'a pas été menée trop loin. Les rapports de travail, et plus largement les rapports humains, ne sont pas mécaniques et sont toujours empreints de subjectivité. Est-il, en conséquence, réellement envisageable, voire souhaitable, d'objectiver totalement ces relations ? Dans le même temps, il faut souligner que **le pouvoir de rupture du salarié**, partie faible au contrat de travail, **demeure sous l'emprise de la subjectivité**. Le débat est donc ouvert et il appartient solidairement aux partenaires sociaux, aux légistes et aux juges de s'en saisir. Le droit n'est pas une matière inerte mais, bien au contraire, en constante évolution compte tenu de son environnement économique et sociologique. **Nous sommes parvenus, après plus d'un tiers de siècle, à un certain équilibre en matière de justification de la rupture du contrat de travail. Faut-il prendre le risque de le perdre ou, à l'inverse, faut-il tenter d'en trouver un nouveau ?**

La question se pose identiquement en matière procédurale. En effet, en ce domaine également, le droit du licenciement a progressivement créé un statut au profit du salarié

congédié. Statut qui a imprégné l'ensemble des autres modes de rupture, y compris ceux issus du droit originel des contrats.

TITRE II

L'ÉVOLUTION DU RÉGIME PROCÉDURAL ET INDEMNITAIRE

515 Pendant longtemps, la rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme. Issu de la tradition civiliste, le contrat de louage de services doit pouvoir être rompu librement, sans forme imposée ni procédure préalable.
Mais, progressivement, les usages en la matière soumettent ce droit de libre rupture à l'exigence d'un « délai congé ». Le contrat de travail peut toujours être discrétionnairement résilié unilatéralement et sans protocole particulier sous réserve, toutefois, que le contractant qui informe l'autre de la rupture laisse s'écouler un délai jusqu'à la cessation effective des relations contractuelles.

La loi du 19 juillet 1928 [1396] entérine et généralise cette pratique du délai congé, qui doit être mutuel et d'une égale longueur pour les deux parties, tout en y adjoignant une sanction en cas de non-respect : « *Des dommages et intérêts* […] *peuvent être accordés pour inobservation du délai-congé »*.
Cependant, cette loi ne reçoit qu'une application restreinte dans la mesure où elle ne fixe guère de durée précise au préavis. Les usages demeurent la source de référence en la matière.

Il faut ainsi attendre la loi du 19 février 1958 [1397] pour qu'un délai-congé, dont la durée est fixée à un mois, soit exigé. Et cette fois, au seul profit du salarié licencié [1398]. Accentuant la différence de régime entre licenciement et démission, le nouveau texte précise, effectivement, que les dispositions antérieures demeurent applicables en cas de rupture par le salarié.
La raison de cette différenciation de régime est expliquée, à l'Assemblée Nationale, par le rapporteur de la Commission de travail lors des travaux préparatoires : « *il n'y a aucune commune mesure entre la « gêne » causée à l'employeur par le départ d'un ouvrier et le « drame » que constitue pour ce dernier la perte de son emploi »* [1399].

[1396] Loi du 19 juillet 1928, *Dalloz Recueil périodique et critique mensuel*, 1929, 4, 154.

[1397] Loi du 19 février 1958, n°58-158, *D.* 1958.

[1398] L'article 23 du livre I du Code du travail dispose : *« Lorsque l'employeur prend l'initiative du congé, il doit le signifier par lettre recommandée avec accusé de réception. La date de présentation de cette lettre recommandée fixe le point de départ du délai-congé d'un mois ».*

[1399] Rapport COUTANT, n°3687 et 5149.

Cette loi consacre ainsi une nouvelle et décisive étape en rejetant le parallélisme soutenu jusqu'alors entre démission et licenciement.

Cette disparité de régime se trouve accrue par l'ordonnance du 13 juillet 1967 qui institue un délai-congé de deux mois au profit des salariés licenciés ayant au moins deux ans d'ancienneté.

À l'aube des années 1970, la résiliation unilatérale du contrat de travail n'est donc soumise à aucune obligation procédurale préalable. Le licenciement comme la démission peuvent être mis en œuvre sans nulle contrainte de forme. Seul un délai-congé entre l'annonce de la rupture et la cessation définitive du contrat de travail permet d'éviter la brusquerie de la rupture.

516 C'est dire si **la loi du 13 juillet 1973 engendre un bouleversement de logique**.
En effet, simultanément à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, ce texte de loi apporte une seconde limitation au droit de licencier en imposant à l'employeur qui souhaite rompre le contrat de travail de respecter préalablement une procédure se décomposant en plusieurs étapes. Dorénavant, le licenciement doit obligatoirement être précédé d'une procédure se déroulant dans le cadre de l'entreprise. Cette procédure préalable, et non contentieuse, vise un triple but : prévenir le contentieux en permettant à l'employeur de vérifier les données de fait et de revenir sur une décision intempestive ; assurer au salarié les droits de la défense en instaurant une procédure contradictoire lui permettant de faire valoir ses arguments ; enfin, encadrer un débat judiciaire à venir en fixant préalablement les termes du litige.

Dès lors, le processus préalable au licenciement n'a cessé d'être renforcé par les législateurs successifs et par l'interprétation rigoureuse des juges en ce domaine.

Nous exposerons ainsi, dans la première partie de nos développements, le droit procédural applicable au licenciement et les garanties pécuniaires afférentes (Chapitre 1).

Puis, nous nous attacherons à montrer en quoi ce régime procédural et indemnitaire du licenciement influence les autres modes de rupture du contrat de travail dans leur ensemble. La logique statutaire du régime du licenciement l'emporte désormais sur la logique contractuelle originelle. Seule la rupture mise en œuvre par le salarié semble demeurer totalement hors de l'emprise du droit du licenciement (Chapitre 2).

CHAPITRE I

L'évolution du régime procédural et indemnitaire du licenciement

La loi du 13 juillet 1973 a enserré le droit de licencier dans un cadre précis. Et ce, par deux moyens complémentaires. En premier lieu, la loi a exigé de l'employeur qu'il justifie son acte unilatéral par une cause réelle et sérieuse. Simultanément, la loi a imposé à l'employeur le respect d'une procédure permettant d'aboutir au licenciement. Désormais, l'employeur ne peut plus se séparer d'un salarié qu'au terme d'un processus se déroulant en plusieurs phases.

Au fil des années, cette procédure s'est différenciée selon le motif de licenciement invoqué, la qualité et le nombre de personnes licenciées.

Ainsi, si la procédure de droit commun instaurée en 1973 demeure essentielle, elle s'est trouvée renforcée, en particulier au profit des salariés protégés (Section 1). Par ailleurs, afin d'assurer au salarié le droit de se défendre, la loi a raffermi les garanties procédurales en cas de licenciement disciplinaire (Section 2). Enfin, le ou les licenciement(s) intervenant suite à un motif économique n'ont eu cesse d'être soumis à des procédures préalables de plus en plus contraignantes (Section 3).

L'évolution est d'ailleurs identique concernant le droit au préavis et l'indemnité de licenciement. Leur durée et montant varient en fonction du motif invoqué par l'employeur à l'appui du licenciement.

Section 1 - La procédure de licenciement de droit commun et son renforcement au profit des salariés protégés

517 En 1973, le législateur instaure une procédure applicable à tous les licenciements. Sous réserve, cependant, d'une double exclusion : les salariés qui ont moins d'un an d'ancienneté ou qui appartiennent à une entreprise de moins de onze salariés ne bénéficient pas de la procédure nouvellement créée. Comme le souligne J.-M. VERDIER, ce sont à l'époque près de trois millions de travailleurs qui se trouvent ainsi écartés du bénéfice de la loi. Or, souligne l'auteur, *« leur protection n'a rien à voir avec la récompense d'une fidélité ; en outre, elle est encore plus nécessaire dans les petites entreprises où le droit du travail est fort mal respecté, du fait notamment de la faible implantation syndicale »* [1400].

518 La loi du 30 décembre 1986 vient mettre fin à cette dérogation et généralise la procédure de licenciement. Désormais, une fois écoulée la période d'essai, la procédure de licenciement instaurée en 1973 est applicable à tous les salariés, quelle que soit leur ancienneté et à toutes les entreprises, quelle que soit leur taille (§1). Les critères de la taille de l'entreprise et de l'ancienneté du salarié ne demeurent utiles qu'au regard des sanctions en cas de non-respect de la procédure.

L'employeur ne peut donc échapper à la mise en œuvre d'une procédure préalable au licenciement. Procédure qui se trouve d'ailleurs accrue lorsque le licenciement vise un salarié qui est protégé en raison de son mandat électif ou syndical. En effet, de même qu'il est protégé pendant l'exercice de ses fonctions, le représentant du personnel (et plus largement, tout salarié dit « protégé ») a droit à une protection particulière contre les atteintes pouvant être portées à son emploi dans l'entreprise, et spécifiquement contre la plus grave, à savoir la perte de son emploi. La loi a donc organisé au profit d'un salarié ayant cette qualité une procédure inédite dans laquelle l'inspecteur du travail joue un rôle essentiel : celui d'autoriser ou de refuser la rupture du contrat de travail par l'employeur (§2).

[1400] J.-M. VERDIER, « Sur le nouveau droit du licenciement », *Dr. soc.* 1976, p.9.

§ 1 - La procédure de licenciement de droit commun

Le processus qui aboutit au licenciement se décompose inéluctablement en trois phases bien distinctes. L'employeur doit, tout d'abord, convoquer le salarié à un entretien (A). Puis, il doit recevoir le salarié en entretien (B). Enfin, après un délai de réflexion, l'employeur qui décide définitivement de licencier le salarié doit lui notifier par écrit la rupture en prenant soin de motiver très précisément les motifs (C). Le salarié bénéficie dès lors d'un préavis et d'une indemnité de licenciement (D).
Nous allons constater que la Cour de cassation n'a pas accordé la même importance à chacune de ces étapes de la rupture.

519 En effet, les deux premières étapes correspondent, dans l'esprit du législateur de 1973, à une période de réflexion et de dialogue, avant toute décision irrémédiable. Ainsi, lors des débats à l'Assemblée nationale, elle a été comparée à la tentative de conciliation qui existe au sein de la procédure de divorce [1401]. Le caractère conciliatoire de cette phase préalable appelle la création d'un mode de dialogue souple et informel. Le but de cette période est préventif, le législateur refuse donc de l'enserrer dans des règles strictes et rigoureuses conduisant à cristalliser les antagonismes.

520 À l'inverse, l'étape de la notification se veut formaliste afin d'assurer au mieux les droits du salarié en cas d'éventuel contentieux postérieur.

521 Quant au préavis et à l'indemnité de licenciement, il s'agit d'un droit accordé au salarié. Diverses analyses ont pu être proposées pour l'expliquer. En particulier, l'indemnité de licenciement constituerait la réparation automatique et forfaitaire du préjudice né de la rupture du contrat de travail [1402]. Pour d'autres, cette indemnité s'apparenterait davantage à la contrepartie pécuniaire d'un droit à la garantie d'emploi qui naît et se développe en fonction de l'ancienneté [1403], voire à la *« récompense d'une fidélité »* [1404].

[1401] *J. O. Débats Ass. Nat.*, seconde session ordinaire, mercredi 23 mai 1973, p.1443.

[1402] Responsabilité sans faute puisque le fait générateur résulte de l'exercice d'un droit.

[1403] A. MAZEAUD, « Les indemnités de rupture du contrat de travail en régime de communauté entre époux », *D.* 1986, chronique XXXVIII, p.235.

A - La convocation à l'entretien préalable

522 La volonté du législateur de 1973 est claire. L'employeur doit donner au salarié la possibilité de s'expliquer avant qu'une décision de licenciement ne soit prise à son encontre. Et ce, quelle que soit la raison à l'origine du licenciement, peu important la gravité de la faute commise par le salarié [1405], voire en l'absence de faute.

L'employeur doit donc convoquer le salarié qu'il envisage de licencier à un entretien par lettre recommandée [1406] ou par lettre remise en main propre contre décharge [1407]. Aucune autre forme n'est permise [1408]. Cette lettre de convocation doit indiquer l'objet de la convocation, à savoir qu'un licenciement est envisagé [1409] et doit préciser que le salarié peut être assisté [1410] par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, à

[1404] J. SAVATIER, *Dr. soc.* 1989, p.125.

[1405] Cass. soc., 22 mars 1979, n°78-40.634, *Dr. soc.* 1979, p.293, obs. J. SAVATIER.

[1406] La loi n'exige pas que la lettre recommandée soit accompagnée d'une demande d'avis de réception. Toutefois, la prudence recommande à l'employeur d'adopter cette manière de procéder pour ménager une preuve de ce que la convocation a bien été reçue par le salarié en temps utile.

[1407] Cass. soc., 23 mars 2005, n°02-46.105, *CSBP* 2005, n°171, A 49, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 6/05, n°611 : *« L'absence de récépissé de remise en main propre de la lettre de convocation du salarié à l'entretien préalable à son licenciement ne peut être suppléée par des témoignages »*.

[1408] Cass. soc., 13 septembre 2006, n°04-45.698, *CSBP*, janvier 2007, n°186, S 15, obs. F.-J. PANSIER ; *JCP*, S, n°44-45 du 31 octobre 2006, 1862, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *RJS* 11/06, n°1164 : *« L'envoi de la lettre de convocation à l'entretien préalable par télécopie ne pouvait pallier l'inobservation des prescriptions légales »*.

[1409] ◆ Cass. soc., 31 octobre 1989, n°87-40.309, *RJS* 12/89, n°921.

◆ Cass. soc., 20 février 1991, n°88-42.574, *Bull. civ.*, V, n°84.

À défaut de cette mention, la Cour de cassation juge le licenciement irrégulier : Cass. soc., 16 janvier 2007, *Jur. soc.*, avril 2007, p.132 : *« Il résulte de l'article L. 122-14 du Code du travail que la convocation à l'entretien préalable à un licenciement doit contenir l'indication non équivoque qu'un licenciement est envisagé ; La Cour d'appel a fait ressortir que le salarié n'avait pas été avisé par écrit de l'engagement d'une procédure de licenciement à son encontre ; Il en résulte que la procédure de licenciement était irrégulière »*.

défaut d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise [1411], par un conseiller extérieur [1412].

Par ailleurs, l'article R. 122-2-1 du Code du travail précise que la lettre de convocation doit indiquer la date, l'heure et le lieu de l'entretien. Lieu que la jurisprudence a circonscrit au lieu où s'exécute le travail ou encore celui du siège social, sauf si les circonstances justifient la fixation de l'entretien dans un autre lieu [1413].

La lettre de convocation obéit donc à des mentions impératives, sous peine d'une condamnation postérieure par les juges pour irrégularité.
En revanche, nous devons souligner que, dans un souci d'éviter un formalisme excessif dans une phase non contentieuse, la loi de 1973 n'a nullement contraint l'employeur à faire figurer

---

[1410] La lettre de convocation doit toujours mentionner la faculté pour le salarié de se faire assister. La convocation qui l'omet n'est pas nulle mais, touchant une formalité « indispensable pour la défense des intérêts » des salariés, elle rend le licenciement irrégulier : Cass. soc., 6 février 2001, n°98-43.597, *Bull. civ.*, V, n°44.

[1411] L'article L. 122-14 visant l'absence de représentation du personnel dans l'entreprise, la Cour de cassation en déduit qu'un salarié ne peut pas invoquer le droit à l'assistance d'un conseiller au motif qu'aucune institution représentative du personnel n'existe dans l'établissement où il travaille alors qu'il existe une représentation du personnel dans l'entreprise : Cass. soc., 5 mars 1997, *CSBP* 1997, S 88.
De même, le salarié ne peut pas se faire assister par un conseiller extérieur à l'entreprise lorsqu'il existe une représentation du personnel au sein de l'unité économique et sociale dont fait partie l'entreprise employeur : Cass. soc., 21 septembre 2005, n°03-44.810, *Dr. soc.* 2006, p.105, note J. SAVATIER ; *JCP*, S, n°20 du 8 novembre 2005, 1320, note R. VATINET, p.46-47 ; *JCP*, E, n°2 du 12 janvier 2006, 1083, note S. BÉAL et M.-N. ROUSPIDE ; *RJS* 11/05, n°1082.

[1412] Dans ce dernier cas, la lettre de convocation doit contenir l'adresse des services où la liste des conseillers est tenue à la disposition des salariés (Direction Départementale du Travail et de l'Emploi ; mairie). Si la lettre de convocation ne mentionne que l'adresse de la DDTE à l'exclusion de celle de la mairie, cela entraîne pour le salarié un préjudice devant être réparé par l'attribution d'une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire : Cass. soc., 29 avril 2003, n°01-41.364, *Bull. civ.*, V, n°145 ; *CSBP* 2003, n°152, S 330, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 7/03, n°860 ; *TPS*, juillet 2003, n°254, p.19.

[1413] Cass. soc., 9 mai 2000, n°97-45.294, *Bull. civ.*, V, n°171. Commet alors une irrégularité de procédure l'employeur qui, sans raison, convoque la salarié à Tours alors que le siège social de l'entreprise et le lieu de travail étaient situés à Vincennes.

dans la lettre de convocation les griefs allégués contre le salarié [1414]. Or, comme A. MAZEAUD [1415], nous pensons qu'un tel non-dit peut nuire aux droits de la défense. En effet, comment le salarié peut-il préparer son argumentation s'il ne sait par avance ce qui va lui être reproché ? Une évolution en ce domaine est sans doute souhaitable.

523 Une fois la lettre de convocation présentée ou remise en main propre au salarié, l'employeur doit attendre un certain délai avant de tenir l'entretien.
Pendant longtemps, ce délai a différé selon que l'entreprise était ou non pourvue d'institutions représentatives du personnel. En effet, pour les entreprises dotées de représentants du personnel, la loi ne précisait pas de délai à respecter. La jurisprudence exigeait donc que le salarié soit averti suffisamment à l'avance pour pouvoir réfléchir à l'entretien et, éventuellement, organiser une assistance pour cet entretien. À l'inverse, dans les entreprises dépourvues de tels représentants du personnel, l'entretien préalable ne pouvait avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou sa remise en main propre.
L'ordonnance du 24 juin 2004 [1416] est venue mettre fin à cette dichotomie en uniformisant les délais de procédure. Dorénavant, le délai entre la convocation et la tenue de l'entretien préalable est de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre, et ce que l'entreprise soit ou non dotée de représentants du personnel [1417].

[1414] ◆ Cass. soc., 4 novembre 1992, n°91-41.189, *Bull. civ.*, V, n°530 ; *RJS* 12/92, n°746.
◆ Cass. soc., 14 novembre 2000, n°98-44.117.

[1415] A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Domat, 4ème édition, 2004, 492.

[1416] Ordonnance n°2004-602 du 24 juin 2004, *J.O.* du 26 juin.

[1417] La computation du délai de cinq jours ouvrables doit être faite en appliquant les règles fixées par les articles 641 (lorsqu'un délai est exprimé en jours, celui de la notification qui le fait courir ne compte pas) et 642 du NCPC (tout délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures) : Cass. soc., 11 octobre 2005, n°02-45.927, *Jur. soc. UIMM* juin 2006, p.17 ; *Semaine Sociale Lamy* du 7 novembre 2005, n°1235, p.14. En l'espèce, la convocation à l'entretien préalable au licenciement du salarié, fixé au mercredi 11 mars, avait été envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception le jeudi 5 mars et présentée au salarié le vendredi 6 mars. Or, le délai minimum étant de cinq jours ouvrables, l'entretien préalable n'aurait pas dû avoir lieu avant le vendredi suivant. La procédure de licenciement a par conséquent été jugée irrégulière.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 20 décembre 2006, n°04-47.853, *CSBP* avril 2007, S 149, obs. Y.

B - La tenue de l'entretien préalable

524 Dans l'esprit du législateur de 1973, l'entretien préalable est une phase de conciliation. Il doit permettre *« qu'un vrai dialogue puisse s'instaurer et conduire à une solution du problème qui ne se traduise par le licenciement du salarié »* [1418]. En conséquence, le Code du travail prescrit à l'employeur au cours de cet entretien, d'une part d'exposer (dans une langue compréhensible par l'une et l'autre des parties [1419]) le ou les motifs qui le conduisent à envisager le licenciement [1420], d'autre part, d'écouter les explications ou observations du salarié. Il n'est pas pour autant tenu d'engager une discussion sur le bien-fondé d'un éventuel licenciement [1421].

525 L'employeur doit donc être présent lors de cet entretien ou s'y faire représenter. Le mandat de représentation ne devant, toutefois, être accordé qu'à un membre du personnel de l'entreprise [1422] compétent pour prendre, éventuellement, la décision de licenciement.

M. ; *D.* 2007, n°5 du 1er février 2007, obs. J. CORTOT, p.310 ; *JCP*, S, n°19 du 9 mai 2007, 1349, note B. BOSSU ; *Jur. soc.*, avril 2007, p.133 ; *RJS* 3/07, n°319.

[1418] Rapport BONHOMME, n°352, *J.O. Ass. Nat.* Débats, 25 mai 1973, p.1441.

[1419] ◆ Cass. soc., 8 janvier 1997, *Bull. civ.*, V, n°4 ; *RJS* 2/97, n°129.

◆ Cass. soc., 6 mars 2007, n°05-41.378, *JCP*, S, n°37 du 11 septembre 2007, 1672, note B. BOSSU ; *RJS* 5/07, n°570. En l'espèce, l'entretien préalable avait été conduit en anglais, langue que les deux parties pratiquaient couramment.

[1420] Exemple d'application : CA Versailles, 9 octobre 2002, *RJS* 4/03, n°433 : *« L'employeur est tenu, en vertu de l'article L. 122-14 du Code du travail, d'indiquer au cours de l'entretien préalable le ou les motifs de la décision envisagée. En se contentant de dire qu'il n'avait rien à ajouter aux reproches faits le jour de la mise à pied conservatoire, il commet une irrégularité de procédure »*.

[1421] Cass. soc., 22 novembre 2006, n°04-41.768, *JCP*, S, n°18 du 2 mai 2007, 1316, note T. LAHALLE : *« Si l'employeur est tenu, lors de l'entretien préalable à un licenciement, d'informer le salarié du motif de la mesure envisagée et de recueillir des explications, l'employeur n'est pas tenu d'engager une discussion sur le bien-fondé d'un éventuel licenciement »*.

[1422] ◆ Cass. soc., 26 mars 2002, n°99-43.155, *CSBP* 2002, n°141, S 267, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* 2002, p.784, obs. J. MOULY ; *JCP*, G, 2002, IV, 1837 ; *RJS* 6/02, n°669 ; *TPS*, juin 2002, n°176, p.12 : *« La finalité même de l'entretien préalable et les règles relatives à la notification du licenciement interdisent à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour procéder à cet entretien et notifier le licenciement »*.

L'employeur peut également se faire assister par un membre de l'entreprise [1423] lors de cet entretien à condition, a spécifié la Cour de cassation, que cela ne fasse pas *« grief aux intérêts du salarié »* [1424]. Cela signifie que l'entretien ne doit pas se transformer en manœuvre d'intimidation ou en chambre d'accusation. Rappelons que son caractère initial est celui d'une tentative de conciliation et donc de prévention du licenciement.

526 Quant au salarié, il n'est pas obligé de répondre à la convocation de l'employeur. L'entretien n'est prévu que dans son seul intérêt : celui d'éviter la perte de son emploi. Aussi, il ne commet aucune faute s'il préfère ne pas bénéficier de cette règle procédurale [1425] ou préfère se faire représenter.
Le salarié peut également choisir de se faire assister soit par un membre de l'entreprise soit, quand l'entreprise est dépourvue d'instance représentative du personnel, par un conseiller extérieur.

527 L'établissement d'un procès-verbal à l'issue de l'entretien n'est pas obligatoire. Il est tout de même fortement conseillé par l'administration [1426] afin de s'assurer, dans la

---

◆ Cass. soc., 2 octobre 2002, n°00-41.801, *CSBP* 2002, n°145, S 458.

◆ Cass. soc., 19 janvier 2005, n°02-45.675, *Bull. civ.*, V, n°10 ; *CSBP* 2005, n°169, S 144, obs. F.-J. PANSIER ; S. BÉAL et M.-N. ROUSPIDE, *JCP*, E, n°21 du 26 mai 2005, 791, p.878-879 ; *RJS* 3/05, n°255 : *« Le directeur du personnel, engagé par la société mère pour exercer ses fonctions au sein de la société et de ses filiales en France, n'est pas une personne étrangère à ces filiales et peut recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'une salariée employée par ses filiales, sans qu'il soit nécessaire que la délégation de pouvoir soit donnée par écrit »*.

◆ Cass. soc., 6 mars 2007, n°05-41.378, *CSBP* n°192, juillet/août 2007, S 279, obs. H. GILLIER ; *JCP*, S, n°37 du 11 septembre 2007, 1672, note B. BOSSU ; *RJS* 5/07, n°570 : *« Ne constitue pas une irrégularité de procédure le fait que l'entretien préalable ait été conduit par le président de la société mère du groupe dont dépendait l'employeur étant donné qu'il ne s'agit pas d'une personne étrangère à l'entreprise »*.

[1423] Cass. soc., 27 mai 1998, n°96-40.741, *Bull. civ.*, V, n°284 ; *RJS* 7/98, n°839. L'employeur ne peut pas être accompagné d'une personne n'appartenant pas au personnel de l'entreprise.

[1424] Cass. soc., 11 janvier 1984, n°81-42.693.

[1425] ◆ Cass. soc., 15 mai 1991, n°89-44.670, *Bull. civ.*, V, n°235 ; *RJS* 6/91, n°740.

◆ Cass. soc., 28 novembre 2001, n°98-41.308, *Bull. civ.,* V, n°394 ; *RJS* 2/02, n°157.

[1426] Circulaire n°91-16 du 5 septembre 1991, §2.2.6.

perspective d'un éventuel futur contentieux prud'homal, que les motifs discutés lors de l'entretien sont les mêmes que ceux énoncés dans la lettre de notification du licenciement.

528 Une fois l'entretien terminé, l'employeur ne peut immédiatement achever le processus de licenciement en notifiant au salarié la rupture de son contrat de travail. En effet, la loi lui impose de ne pas envoyer la lettre de notification avant un délai dont la durée a varié.
De manière initiale, la loi exigeait l'écoulement d'un délai minimum d'*« un jour franc »*. Depuis l'ordonnance du 24 juin 2004, le délai de notification de la lettre de licenciement est de *« deux jours ouvrables »* minimum [1427]. Ce délai, qui doit permettre à l'employeur de ne pas prendre hâtivement une décision définitive de licenciement, court à compter du jour fixé pour l'entretien.

Une fois ce délai écoulé, si l'employeur décide irrémédiablement de rompre la relation contractuelle de travail, il doit respecter une ultime étape pour procéder à un licenciement régulier, celle de la notification du licenciement.

529 Soulignons, cependant, dès à présent, que le degré d'exigence jurisprudentielle n'est plus le même. En effet, pour toutes les étapes du processus de licenciement que nous avons décrites jusqu'à présent, le juge applique les sanctions prévues en cas de violation des règles procédurales, c'est à dire des sanctions mineures [1428], voire aucune sanction spécifique lorsque le licenciement est cumulativement injustifié [1429].
Bien différente est la situation quand l'employeur manque à son obligation de notification du licenciement ou, plus amplement, ne l'exécute pas correctement. Depuis 1990, la Cour de

---

[1427] Article L. 122-14-1 du Code du travail dans sa rédaction issue de l'article 2 de l'ordonnance n°2004-602 du 24 juin 2004, *J.O.* du 26.

[1428] ◆ Pour les salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté et appartenant à une entreprise d'au moins onze salariés, l'article L. 122-14-4 du Code du travail prévoit une indemnité égale à **un mois de salaire maximum**.

◆ Pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté ou appartenant à une entreprise occupant moins de onze salariés, l'article L. 122-14-5 du Code du travail prévoit une **indemnité qui est appréciée par le juge en fonction du préjudice subi**. Toutefois, en cas de violations des dispositions relatives à l'assistance du salarié par un conseiller, l'indemnité est égale à un mois de salaire maximum.

[1429] Article L. 122-14-4 du Code du travail.

cassation assimile ce manquement à la violation d'une condition de fond et prononce subséquemment la sanction applicable en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

C - La notification du licenciement et de ses motifs

530 Une fois achevée les deux phases préliminaires, la notification du licenciement consacre la rupture du contrat de travail. Elle revêt donc une importance particulière qui nécessite qu'elle intervienne obligatoirement par lettre recommandée avec accusé de réception. Il n'est alors plus de rétractation possible sans l'accord du salarié [1430], la date d'envoi de la lettre fixant la date de la rupture du contrat de travail [1431].

531 En 1973, le législateur clos la procédure de licenciement à cette notification de la rupture. La communication des motifs de licenciement dans la lettre de notification n'est pas obligatoire. C'est au salarié d'en faire la demande par lettre recommandée avant l'expiration d'un délai de dix jours à compter de la date à laquelle il quitte son emploi. L'employeur doit alors répondre au salarié et lui faire connaître la cause réelle et sérieuse de la rupture.
La raison avancée par le législateur de l'époque pour justifier cette exclusion du motif dans la lettre même de notification du licenciement tient au caractère préjudiciable qu'une telle indication pourrait engendrer pour le salarié dans sa recherche d'un nouvel emploi.

En 1973, la demande de motivation du licenciement ne constitue donc qu'une faculté pour le salarié qui, en outre, n'intervient que tardivement puisque après la prise d'effet de la rupture. Ce caractère non systématique de la motivation du congédiement fait l'objet de vives critiques en doctrine [1432].

[1430] Cass. soc., 12 juin 1985, n°83-42.755, *Bull. civ.*, V, n°333.

[1431] Cass. soc., 11 mai 2005, n°03-40.650, *Bull. civ.*, V, n°159 ; *CSBP* 2005, n°173, A 64, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2006, n°10 du 9 mars 2006, jurisprudence, p.701, note B. REYNÈS ; *Jur. soc.*, septembre 2006, p.252 ; *RJS* 7/05, n°722 ; *Semaine Sociale Lamy* du 13 juin 2005, n°1219, p.10.
Cet arrêt constitue un revirement de jurisprudence. En effet, auparavant, la jurisprudence considérait que la rupture du contrat de travail, lorsqu'elle était notifiée par lettre recommandée, se situait à la date de la présentation de cette lettre à son destinataire.

[1432] Voir notamment l'article de G. LYON-CAEN et M.-C. BONNETÊTE, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc.* 1973, p.501.

532 La loi du 30 décembre 1986 corrige, en partie, cette particularité procédurale en obligeant l'employeur à indiquer par écrit le motif de licenciement dans la lettre notifiant celui-ci lorsqu'il est économique ou disciplinaire. Dans ces deux cas de figure, la motivation de la lettre de licenciement n'est plus seulement une faculté offerte au salarié mais devient une obligation systématique.

533 Il faut, cependant, attendre la loi du 2 août 1989 pour que soit généralisée à l'ensemble des licenciements l'obligation d'énoncer les motifs **dans** la lettre de licenciement. Dès lors, cette obligation concerne **tous** les licenciements, qu'ils aient un motif économique ou personnel, disciplinaire ou non.

534 La lettre de licenciement doit donc toujours contenir le ou les motifs précis de licenciement. Le législateur se place ici dans une optique à la fois de conciliation et de contentieux [1433].
En effet, dans une optique de tentative de conciliation ultime, la loi contraint l'employeur à préciser par écrit le motif pour lequel il se sépare du salarié, ce qui peut présenter une vertu dissuasive de licenciement en cas de mobiles illicites.
Corrélativement, dans une optique contentieuse, la lettre de notification, document écrit, permet de lier définitivement l'employeur à la fois envers le salarié et le juge prud'homal. Effectivement, pour le salarié, connaître exactement et par écrit les raisons de la rupture peut rendre plus aisée la contestation de ceux-ci. Quant au juge prud'homal, la notification par écrit lui permet de n'avoir pas d'autres pièces à consulter que la lettre de rupture ; le juge doit se contenter d'apprécier si le motif qui est formalisé dans la lettre de notification constitue bien une cause réelle et sérieuse de licenciement.

C'est dire si la motivation de la lettre de licenciement revêt une importance capitale. La jurisprudence n'a, dès lors, cessé de s'assurer de son respect. Et ce, de plusieurs façons concomitantes.

[1433] Pour une étude approfondie de la fonction de la motivation du licenciement, voir : X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », *Dr. soc.* 1998, p.890 – 902.

535 En premier lieu, la Chambre sociale a posé, dans un arrêt ROGIÉ du 29 novembre 1990 [1434], le principe essentiel selon lequel **l'absence d'indication d'un motif précis dans la lettre de licenciement équivaut à une absence de motif**. Absence qui est sanctionnée lourdement puisqu'elle n'est pas condamnée comme une irrégularité de procédure mais comme une **violation d'une règle de fond**, celle pour l'employeur de se prévaloir d'un motif réel et sérieux de licenciement. **Ce sont donc les sanctions applicables en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse qui trouvent à s'appliqu**er et non celles, moindres, d'un licenciement irrégulier en la forme. Il en va, *a fortiori*, de même, en cas de licenciement verbal [1435].

Ce faisant, la Cour de cassation renoue avec la jurisprudence JANOUZECK du 26 octobre 1976 en vigueur avant l'intervention de la loi du 2 août 1989. En effet, rappelons que sous l'empire de la procédure mise en place par la loi de 1973, l'employeur avait l'obligation de communiquer au salarié les motifs de son licenciement lorsque ce dernier en faisait la demande. Dans l'hypothèse où l'employeur ne répondait pas à la sollicitation du salarié, la Cour de cassation affirmait qu'il était *« réputé de manière irréfragable ne pas en avoir, s'il n'en avait pas énoncé, ce qui n'était pas une simple irrégularité de forme »* [1436]. La Cour de cassation avait donc tiré du défaut de réponse à la demande d'énonciation des motifs une présomption irréfragable d'absence de motif réel et sérieux.
Par la suite, elle avait assoupli sa position en décidant que l'absence de réponse ou une réponse vague équivalaient à une présomption simple d'absence de motif réel et sérieux, l'employeur pouvant apporter la preuve contraire, à l'aide notamment de correspondances ou d'autres documents tels l'éventuel procès verbal dressé lors de l'entretien préalable.

[1434] Cass. soc., 29 novembre 1990, n°88-44.308, *Bull. civ.*, V, n° 598 ; J. SAVATIER, « L'obligation d'énoncer les motifs du licenciement et sa sanction », *Dr. soc*. 1990, p.99-105 ; *RJS* 1/91, n°19.

[1435] ◆ Cass. soc., 23 juin 1998, *RJS* 8-9/98, n°971.

◆ Cass. soc., 12 novembre 2002, n°00-45.676, *CSBP* 2003, n°147, S 75, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 2/03, n°175.

[1436] Cass. soc., 26 octobre 1976, *Bull. civ.*, V, n°521 ; *D.* 1977, jurisprudence, 544, note A. JEAMMAUD ; E. WAGNER, « Tours et contours de la Chambre sociale autour de l'arrêt Janouseck », *D.* 1983, chronique XLIV, 253.

Avec l'arrêt ROGIÉ, la Cour de cassation rétablit donc une interprétation rigoureuse du formalisme requis à propos de la lettre de notification du licenciement. Cette lettre fixe les limites du litige. Aussi doit-elle être très précise quant à l'énoncé des motifs. En l'absence de ceux-ci ou en présence de motifs imprécis, la Cour de cassation considère que l'employeur viole une règle de fond puisque le salarié n'est pas mis en mesure de les apprécier et en conséquence d'en contester le caractère réel et sérieux.

Comme le souligne A. MAZEAUD, *« ce qui était prohibé sous l'empire de la loi de 1973 pour des raisons de discrétion, devient à ce point nécessaire que le défaut d'énonciation dans la lettre de licenciement interdit aux juges de rechercher s'il n'y a pas un motif réel et sérieux, une faute grave ou même lourde »* [1437]. En effet, le juge ne peut examiner aucun autre document que la lettre de notification. En conséquence, il ne peut se référer aux motifs contenus dans la lettre de convocation à l'entretien préalable [1438] ou dans toute autre correspondance avec le salarié faisant allusion aux motifs du licenciement [1439].

En dépit de contestations en doctrine [1440] et d'une résistance de certaines Cours d'appel, la Cour de cassation a persisté depuis lors dans cette voie. En l'absence d'énonciation des motifs dans la lettre de licenciement ou de motifs imprécis, le licenciement est de manière irréfragable considéré sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation s'attache davantage à la forme de la motivation du licenciement qu'à la connaissance effective du salarié des motifs de son licenciement. Pour la Cour de cassation, le salarié ne peut être mis en mesure de prendre connaissance des motifs de son licenciement que grâce à cette lettre qui, en conséquence doit être précisément motivée.

[1437] A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Domat, Montchrestien, 4ème édition, 2004, 498, p.349.

[1438] Cass. soc., 30 novembre 1994, n°93-40.422, *Bull. civ.*, V, n°317 ; *RJS* 1/95, n°11.
Confirmation de jurisprudence : Cass. ass. plen., 27 novembre 1998, n°97-40.423, n°96-44.359 et n°96-40.199, *Dr. soc.* 1999, p.19 avec les conclusions de L. JOINET, p.13 ; *RJS* 1/99, n°23.

[1439]
- Cass. soc., 31 mai 1995, n°93-44.719, *Bull. civ.*, V, n°171.
- Cass. soc., 8 janvier 1997, n°94-42.639, *Bull. civ.*, V, n°5.
- Cass. soc., 12 octobre 2000, n°98-43.456.

[1440] Voir notamment : J. SAVATIER, « L'obligation d'énoncer les motifs du licenciement et sa sanction », *Dr. soc*. 1990, p.99-105 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Domat, Montchrestien, 4ème édition, 2004, 498, p.349.

536 Encore convient-il de savoir ce que la Cour de cassation entend par l'énoncé de motifs précis. En effet, si des motifs vagues sont acceptés, le salarié ne sera pas à même de les discuter. À l'inverse, si les juges exigent un degré de précision trop élevé, il existe un risque de tomber dans un formalisme excessif.

Dans un arrêt du 14 mai 1996, la Cour de cassation a apporté une indication utile quant au degré de précision requis : constituent des motifs précis des *« griefs matériellement vérifiables »* [1441]. Survient alors la question de la définition des « griefs matériellement vérifiables ». Que recouvre ce nouveau concept ? Ne s'agit-il pas simplement d'un déplacement de la question ?
Selon J.-Y. FROUIN [1442], le grief matériellement vérifiable est, en premier lieu, l'énoncé d'un grief, c'est à dire l'imputation au salarié d'un fait ou d'un comportement qui soit assez explicite pour être identifiable en tant que tel. Et c'est, en second lieu, l'énoncé d'un grief qui repose sur des éléments objectifs de telle manière que la pertinence puisse en être vérifiée.

Il convient alors d'adapter cette exigence aux différents motifs qui peuvent être invoqués.

537 C'est ainsi qu'en matière de motifs non fautifs, la Cour de cassation rejette la seule mention « manque de motivation de la salariée » comme motif dans la lettre de licenciement. L'énoncé de ce seul motif ne correspond pas, au regard de la jurisprudence dégagée par la Chambre sociale, à l'exigence de motivation requise. La référence est trop subjective et, sans éléments supplémentaires, ne permet pas au salarié licencié de comprendre précisément ce qui lui est reproché et donc d'être en mesure de le contester.
Il en va de même de la perte de confiance [1443] ou de l'incompatibilité d'humeur [1444] qui sont

---

[1441] Cass. soc., 14 mai 1996, n°94-45.199, *Bull. civ.*, V, n°189 ; *RJS* 6/96, n°664.

[1442] J.-Y. FROUIN, « Le point sur la motivation de la lettre de licenciement », *RJS* 7/99, p.543.

[1443] Cass. soc., 14 janvier 1998, *Bull. civ.*, V, n°14 ; *RJS* 3/98, n°292 : *« Le seul grief de la perte de confiance mentionné dans la lettre de licenciement ne constituait pas, en l'absence d'énonciation d'éléments objectifs, l'énoncé d'un motif matériellement vérifiable, exigé par la loi »*.
Solution confirmée par plusieurs arrêts :
- Cass. soc., 7 décembre 1999, *RJS* 1/00, n°25.
- Cass. soc., 26 janvier 2000, *RJS* 3/00, n°265.

[1444]
- Cass. soc., 25 juin 1997, *Bull. civ.*, V, n°236 ; *RJS* 10/97, n°1077.
- Cass. soc., 17 janvier 2001, n°98-44.354, *Bull. civ.*, V, n°13 ; *RJS* 3/01, n°297.

des sentiments subjectifs de l'employeur qui ne peuvent être objectivement vérifiés.
Ne constitue pas non plus un motif précis de licenciement « l'inaptitude au poste occupé », sans indication de la nature professionnelle ou non de l'inaptitude invoquée [1445]. En conséquence, le salarié est en droit de demander des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il en va de même du salarié dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle quand l'employeur n'a pas énoncé dans la lettre de licenciement le ou les motifs précis rendant impossible le maintien du contrat de travail [1446].
En revanche, la mention de l'insuffisance professionnelle [1447] ou celle de l'insuffisance de résultats [1448] constitue un motif de licenciement matériellement vérifiable qui peut être précisé et discuté devant les juges du fond.

538 En matière de licenciement disciplinaire, l'employeur ne peut se contenter d'indiquer dans la lettre de notification que le salarié est licencié, par exemple, pour faute lourde [1449]. En effet, en ce cas, même si un motif est bien mentionné, la Cour de cassation estime qu'il n'est pas suffisamment explicite pour être discuté devant le juge. L'employeur doit donc, dans la

---

En revanche, la Cour de cassation a jugé que *« si l'énonciation dans la lettre de licenciement d'une mésentente, sans autre précision, ne constitue pas un motif de licenciement, la lettre qui mentionne que le comportement de la salariée est à l'origine d'une mésentente généralisée avec ses équipes et perturbant le fonctionnement de l'entreprise énonce un grief matériellement vérifiable qui peut être précisé et discuté devant les juges du fond »* : Cass. soc., 27 février 2007, n°05-42.356, *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* des 6-7 août 2007, n°191, p.2.

[1445] Cass. soc., 20 février 2002, n°99-40.527, *CSBP* 2002, n°139, S 171, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, G, 2002, IV, 1596 ; *RJS* 5/02, n°551 ; *TPS*, mai 2002, n°137, p.13.

[1446]
- Cass. soc., 7 décembre 1999, *Bull. civ.*, V, n°474 ; *RJS* 1/00, n°34.
- Cass. soc., 15 novembre 2000, *RJS* 1/01, n°36.

[1447]
- Cass. soc., 20 novembre 1996, *RJS* 1/97, n°22 : *« La mention de l'insuffisance professionnelle constitue un motif de licenciement qui peut être précisé et discuté devant les juges du fond »*.
- Cass. soc., 23 mai 2000, n°98-42.064, *Bull. civ.*, V, n°194 ; *RJS* 7-8/00, n°783.
- Cass. soc., 3 décembre 2003, *RJS* 2/04, n°189.
- Cass. soc., 16 juin 2004, n°03-41.461.

[1448] Cass. soc., 13 décembre 1994, n°93-43.945, *Bull. civ.*, V, n°339 ; *RJS* 4/95, n°365 : *« L'insuffisance de résultats alléguée par l'employeur dans la lettre de notification du licenciement constituait un motif précis »*.

[1449] Cass. soc., 16 mars 1999, *Bull. civ.*, V, n°115 ; *RJS* 5/99, n°649.

lettre de licenciement, corroborer son allégation d'une faute lourde par une description détaillée et circonstanciée des manquements reprochés au salarié.

539 Enfin, en présence d'un licenciement intervenant pour un motif économique, la jurisprudence exige de l'employeur qu'il exprime dans la lettre de notification une double précision : l'employeur doit à la fois indiquer la raison économique à l'origine du licenciement (difficultés économiques, réorganisation de l'entreprise, mutations technologiques) et l'effet concret de cette raison économique sur l'emploi (suppression d'emploi, transformation d'emploi ou modification du contrat de travail). À défaut de la première précision [1450] ou de la seconde [1451], le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse.

540 Nous comprenons donc, au terme de cette présentation de la notification du licenciement, que la jurisprudence applique une interprétation extrêmement rigoureuse de l'article L. 122-14-2 du Code du travail. Non seulement, elle fait de l'absence de motifs une violation d'une règle de fond, mais, en outre, elle assimile à l'absence de motifs ceux qui ne lui paraissent pas suffisamment précis.
D'une libre rupture jusqu'au début des années soixante-dix, puis d'une interdiction de mentionner les griefs dans la lettre de licenciement en 1973 nous sommes aujourd'hui parvenus à une obligation lourdement sanctionnée en cas de motivation insuffisante.

Si cette jurisprudence se justifie au regard de la protection des droits de la défense du salarié, il est tout de même permis de se demander si la jurisprudence n'est pas allée trop loin dans la « procéduralisation » du licenciement, et en particulier quant à la sanction encourue par l'employeur qui énonce un motif dans la lettre de notification mais qui, par la suite, est jugé imprécis.
En effet, **cette jurisprudence a le louable dessein d'objectiver la motivation de la lettre de licenciement** en rejetant tout motif subjectif ne pouvant faire l'objet d'une vérification par le juge. Ce faisant, elle vise à protéger les salariés licenciés en édictant une règle claire,

[1450] ◆ Cass. soc., 5 octobre 1994, *Bull. civ.*, V, n°258 ; *RJS* 11/94, n°1257.
◆ Cass. soc., 11 juin 2002, *Dr. soc.* 2002, p.1022, obs. G. COUTURIER ; *RJS* 8-9/02, n°960.

[1451] Cass. soc., 21 octobre 1998, *Bull. civ.*, V, n°444 ; *RJS* 12/98, n°1525.

susceptible d'aucune exception. Cependant, **un formalisme excessif ne crée t-il pas, de manière perverse, un contentieux de la motivation de la part de salariés bien informés** ? Chaque fois que l'employeur indique un motif dans la lettre de notification mais ne le détaille pas convenablement, il risque de voir le licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse quand bien même, sur le fond, le grief allégué existait bien et permettait de justifier la rupture.

Nous pensons que cette jurisprudence résulte d'une interprétation trop sévère de la loi. **Le motif**, tel qu'exigé par l'article L. 122-14-2 du Code du travail, est selon nous celui qui permet de qualifier, de catégoriser le licenciement et de déterminer en conséquence s'il est soumis au régime du licenciement personnel, disciplinaire ou économique. L'employeur ne saurait effectivement être admis à changer, après le prononcé du licenciement, la qualification de celui-ci en passant par exemple de l'économique au disciplinaire ou inversement. Aussi, apparaît-il logique de procéder comme la Cour de cassation, à savoir décider que le licenciement ne repose pas sur une cause réelle et sérieuse quand l'employeur n'a pas pris le soin d'indiquer le terrain sur lequel il entendait situer l'exercice de son droit de licencier, le juge n'étant pas mis en mesure d'en vérifier le bien-fondé. Il s'ensuit que les sanctions du licenciement injustifié doivent recevoir application.

En revanche, chaque fois que l'employeur a énoncé dans la lettre de notification le motif qui fondait sa décision, il permet au salarié mais aussi au juge de savoir s'il s'agit d'un licenciement personnel ou économique, fautif ou non. C'est alors une deuxième étape de travail qui s'ouvre pour le juge : celle consistant à contrôler le bien-fondé du licenciement, c'est à dire vérifier que **la cause** qui fonde le licenciement est réelle et sérieuse. Aussi, en cas d'énonciation d'un motif qui se révèle imprécis, ce sont les sanctions du licenciement irrégulier qui devraient être mues et non plus, comme c'est le cas aujourd'hui, celles du licenciement injustifié.

Cette interprétation aurait ainsi le mérite d'éviter des arrêts frisant parfois la caricature comme celui du 7 novembre 1991 [1452]. En l'espèce, l'employeur avait porté plainte avec constitution de partie civile pour vol et abus de confiance et avait licencié le salarié en n'évitant d'indiquer dans la lettre de licenciement les motifs particulièrement gênants pour le salarié. Assigné en justice, l'employeur demandait un sursis à statuer dans l'attente de la décision pénale. Ce qu'a refusé la Cour de cassation, jugeant qu'en l'absence d'énonciation de motifs précis dans la lettre de licenciement, ce dernier était privé de cause réelle et sérieuse. Aucun débat au fond

[1452] Cass. soc., 7 novembre 1991, *RJS* 12/91, n°1307.

n'a donc pu intervenir en l'espèce.
En se ralliant à l'interprétation que nous proposons, les juges auraient constatés que le licenciement était motivé par une faute du salarié. Ils auraient pu, ensuite, exercer leur tâche de contrôle pour déterminer si les faits reprochés au salarié étaient réels et s'ils justifiaient le licenciement comme sanction. Pour ce faire, outre la lettre de notification elle-même qui peut contenir une description détaillée des faits, les juges auraient pu se référer, notamment, aux correspondances échangées avant le licenciement, à la motivation de la lettre de convocation à l'entretien préalable, à l'éventuel débat devant un conseil de discipline consigné par écrit, au possible procès-verbal de l'entretien conjointement signé par les parties ou encore à des attestations de témoignage.

Certes, une telle suggestion souffrant une **différenciation des sanctions** peut paraître, de prime abord, contraire au respect des droits de la défense et, conséquemment, à la protection du salarié. Elle nous semble principalement **rééquilibrer**, d'une part, les nécessaires **garanties procédurales** dont doit bénéficier le salarié au moment de la rupture de son contrat de travail **et**, d'autre part, **la liberté d'entreprendre** de l'employeur qui s'exprime également par la faculté de résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée.
Aujourd'hui, la motivation de la lettre de notification du licenciement constitue un exercice difficile pour les employeurs, y compris pour ceux particulièrement vigilants au respect de l'article L. 122-14-2 du Code du travail. En quelque sorte, la motivation s'apparente à une « obligation de résultat » pour l'employeur, la moindre imprécision pouvant se révéler dommageable car empêchant le juge d'examiner le fond, c'est à dire la cause réelle et sérieuse ayant entraîné la rupture. Il n'est d'ailleurs pas sûr qu'une rigueur excessive en matière de notification, telle qu'elle existe à ce jour en jurisprudence, protège mieux le salarié. Elle lui permet essentiellement, selon nous, d'en tirer un bénéfice financier. Il ne convient d'ailleurs pas, dans notre optique, d'exclure toute sanction pécuniaire de l'employeur ni de l'exonérer de l'obligation de motivation du licenciement. Il s'agit surtout de restreindre la présomption irréfragable d'absence de cause réelle et sérieuse à l'hypothèse où le licenciement est notifié sans indication de son motif. Tandis que chaque fois que le licenciement serait certes motivé mais de manière imprécise, défectueuse, la présomption irréfragable serait écartée et seules les sanctions moindres du licenciement irrégulier interviendraient [1453].

[1453] Exception faite du cas de figure où le licenciement s'avèrerait également injustifié, auquel cas ce sont les sanctions pour absence de cause réelle et sérieuse qui trouveraient application.

541 Nous avons maintenant achevé la présentation de la procédure requise, de manière générale, de l'employeur qui souhaite exercer son droit de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée. Quelle que soit la cause l'amenant à rompre la relation de travail, l'employeur doit respecter ces garanties procédurales créées en 1973 puis consolidées par la suite. D'ordre public, il ne peut jamais y être dérogé, excepté de manière favorable, c'est à dire par l'adjonction de règles procédurales conventionnelles supplémentaires. Règles conventionnelles dont la jurisprudence sanctionne d'ailleurs lourdement la violation depuis 1999 [1454], voire la seule non information [1455].

La « procéduralisation » de la rupture ainsi débutée en 1973 a pour but d'éviter le licenciement et, une fois la décision définitive prise, d'éviter le contentieux ou, à défaut, d'assurer au mieux au salarié la possibilité de défendre ses droits en justice.

542 C'est ce même objectif d'encadrement du pouvoir patronal et de développement corrélatif des droits de la défense qui a d'ailleurs amené de nombreux autres Etats européens à soumettre le licenciement à de strictes formalités préalables. Mais ces formalités préalables sont loin d'être identiques dans l'ensemble des Etats membres. Comme l'explique I. LAURENT-MERLE, deux principales procédures se dégagent [1456].
La première consiste à subordonner tout licenciement à l'information, voire à l'autorisation

---

[1454] ◆ Cass. soc., 23 mars 1999, n°97-40.412.

◆ Cass. soc., 6 décembre 2000, n°98-45.042.

◆ Cass. soc., 6 juillet 2004, n°02-43.731, *Semaine Sociale Lamy* du 13 septembre 2004, n°1181, p.15.

◆ Cass. soc., 29 juin 2005, n°03-44.376, *CSBP* 2005, n°175, S 400, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 10/05, n°962.

[1455] Cass. soc., 13 septembre 2005, n°03-45.580, *CSBP* 2005, n°175, S 399, obs. H. GILLIER ; *JCP*, S, n°23 du 29 novembre 2005, 1374, note C. PIZZIO-DELAPORTE, p.31 : *« Le seul fait, pour l'employeur, de ne pas rappeler au salarié la faculté de mettre en œuvre la procédure prévue par les dispositions conventionnelles applicables prive ce dernier de la garantie de fond instituée par celle-ci »*.

[1456] I. LAURENT-MERLE, « Formalités préalables au licenciement individuel en Europe », *TPS*, avril 2004, p.7-11.
Voir également I. LAURENT-MERLE, *Le licenciement individuel dans les 15 Etats membres de l'Union Européenne*, thèse, 1996, Université de Limoges, 510 pages.

d'organismes administratifs ou des représentants du personnel. Il en va de la sorte aux Pays-Bas (où la loi impose aux employeurs qui envisagent un licenciement de solliciter préalablement une autorisation administrative) et en Allemagne (où les représentants du personnel participent activement à la prévention des licenciements) et, dans une moindre mesure en Autriche, Espagne et en Grande-Bretagne.
La seconde procédure ressemble beaucoup plus à celle qui existe en France pour les salariés ordinaires : elle consiste à subordonner le licenciement à une information préalable du salarié. Deux phases se distinguent alors. Il convient, tout d'abord, en Belgique, en Finlande, en Grande-Bretagne et au Luxembourg d'obliger l'employeur à convoquer le salarié à un entretien préalable et à l'entendre. Puis, la procédure comporte, comme en France, une obligation de notification du licenciement. En Espagne, Belgique, Finlande, Italie, au Luxembourg et au Portugal, le licenciement fait l'objet, comme en France, d'une déclaration écrite notifiée au salarié par lettre recommandée avec accusé de réception. En revanche, en Allemagne, Autriche, Grande-Bretagne, Grèce et au Danemark, la notification du licenciement peut être verbale. Mais même dans les pays où une notification écrite est requise, le degré d'exigence quant à la motivation de la lettre de licenciement varie d'un Etat à un autre. Signalons simplement que seuls l'Espagne, la Finlande et le Portugal obligent l'employeur à énoncer précisément le ou les motifs qui l'ont amené à congédier le salarié. Nous comprenons donc, au vu de cette présentation succincte, que les différents systèmes nationaux ont adopté des règles hétérogènes afin d'atteindre un seul et même objectif : protéger le salarié au moment où l'employeur exerce son droit de résiliation unilatérale du lien contractuel.

Il en va de même à propos des règles relatives au préavis et à l'indemnité de licenciement.

D - Le droit au préavis et à l'indemnité de licenciement

543 Le préavis est un délai de prévenance que doit respecter l'employeur une fois le licenciement notifié avant de mettre fin définitivement à la relation de travail. Pendant le préavis, les relations de travail se poursuivent comme auparavant. Les obligations réciproques de l'employeur et du salarié sont maintenues.

Un rapport du Conseil d'Orientation pour l'emploi sur la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels datant de mai 2007 [1457] révèle que le préavis de licenciement existe partout, à l'exception des Etats-Unis, sauf dispositions contractuelles contraires. En général, le préavis est plus ou moins corrélé à l'ancienneté. **La France se situe parmi les pays où la durée du préavis est la plus faible** et surtout où elle progresse le moins avec l'ancienneté : aucune durée minimale légale quand le salarié a moins de six mois de service continu chez le même employeur ; un mois de préavis minimum entre six mois et deux ans d'ancienneté ; le préavis reste ensuite stable à deux mois à partir de deux ans d'ancienneté.

L'Espagne présente un profil similaire, avec un préavis encore moins long (trente jours). En revanche, d'autres pays se caractérisent par une progression régulière de la durée du préavis avec l'ancienneté. Limitée au Royaume-Uni, où le préavis, faible en début de carrière dans l'entreprise, plafonne rapidement à trois mois, la progressivité est nettement plus forte en Allemagne (deux mois après cinq ans, quatre mois après dix ans, six mois après quinze ans), en Suède ou en Finlande. C'est en Belgique que le préavis atteint les durées les plus élevées (neuf mois après dix ans, douze mois après quinze ans, jusqu'à dix-huit mois au-delà de vingt-cinq ans pour les employés).

544 Quant au sujet des indemnités de licenciement, il est délicat à traiter en comparaisons internationales dans la mesure où il existe peu de règles légales en la matière : il s'agit d'un domaine largement conventionnel, régi par des accords collectifs et plus encore par les contrats individuels. Peu de pays prévoient un système légal d'indemnités de licenciement.

En France, l'indemnité légale de licenciement existe. Elle est due à tous les salariés, sous contrat de travail à durée indéterminée, licenciés alors qu'ils comptent deux ans d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur. En vertu de l'article R. 122-2 du Code du travail, l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un dixième du salaire mensuel par année d'ancienneté, sur l'ancienneté globale, pour les salariés rémunérés au mois. À partir de dix ans d'ancienneté, cette indemnité minimale est de un dixième par mois de salaire plus un quinzième de salaire par mois au-delà de dix ans. On aboutit ainsi, par exemple, à quatre mois de salaires après vingt ans d'ancienneté.

[1457] Rapport disponible à l'adresse Internet suivante : http://www.coe.gouv.fr/IMG/pdf/COE_SPP_-_Rapport_d_etape.pdf.

Ce montant légal se révèle assez faible en comparaison avec d'autres pays. Notamment, en Espagne où avec la même ancienneté de vingt ans, le salarié licencié bénéficie d'une indemnité d'un an de salaire. De même, la Belgique ou les Pays-Bas ont, dans une certaine mesure, fait le choix de la sécurité juridique au prix d'indemnités de licenciement élevées À l'inverse, les salariés Français font figure de privilégiés en regard des salariés des pays nordiques ou du Royaume-Uni [1458] où il n'existe pas de système d'indemnité légale de licenciement, à l'exception du Danemark de manière très marginale.

Au total, il apparaît tout de même que **les coûts des licenciements résultant des seules dispositions minimales en termes de préavis et d'indemnités sont plutôt moins élevés en France que dans les autres pays européens**. Mais ces comparaisons sont délicates en l'absence d'éléments précis sur les dispositions conventionnelles qui, en la matière, sont importantes dans notre pays.

545 Au terme de ce paragraphe relatif au régime de droit commun, nous percevons que la protection dont bénéficie le salarié licencié est multiple. En premier lieu, l'objectif affiché est d'éviter la rupture du contrat de travail. Et ce, par une rencontre obligatoire entre salarié et employeur. Puis, si la rupture se révèle inéluctable, l'employeur a l'obligation de notifier le licenciement au salarié en le motivant de manière extrêmement précise. Enfin, dans le dessein d'adoucir la rupture, le salarié bénéficie d'un préavis et d'une indemnité de licenciement. Ces règles procédurales et compensatoires successives forment ainsi un véritable statut au profit du salarié licencié. Elles sont pourtant apparues insuffisantes lorsque le licenciement vise un salarié protégé en raison de son mandat de représentation du personnel. C'est la raison pour laquelle le législateur a organisé un système d'autorisation du licenciement se surajoutant à la procédure de droit commun.

[1458] Au Royaume-Uni, seul le licenciement pour motif économique d'un salarié ayant travaillé au moins deux ans dans l'entreprise ouvre droit à une indemnité.

§ 2 - Le renforcement de la procédure de licenciement au profit des salariés protégés [1459]

546 Les représentants du personnel sont des salariés de l'entreprise, ils sont en conséquence soumis au pouvoir de direction et disciplinaire de l'employeur. Or, l'exercice de leur mission est susceptible d'engendrer un « conflit de logiques » qui les expose, plus que d'autres, au risque de mesures arbitraires de licenciement. C'est la raison pour laquelle, de la même façon qu'ils sont protégés dans l'exercice de leurs fonctions, les représentants du personnel bénéficient d'une protection particulière contre la perte de leur emploi. Il s'agit, tout d'abord, d'une protection pénale puisque tout fait constitutif d'entrave est considéré comme un délit, c'est à dire passible de peines correctionnelles d'amende et/ou d'emprisonnement. Mais il s'agit aussi de la mise en place d'un statut protecteur qui vient pour partie neutraliser le lien de subordination. **En cas de licenciement, le statut l'emporte sur le contrat**. En effet, le licenciement d'un représentant du personnel ne peut intervenir qu'après une autorisation administrative. À défaut, le licenciement est nul, ce qui implique que le salarié peut exiger sa réintégration dans l'entreprise.

Il convient donc de bien délimiter le champ de la protection quant aux salariés qui peuvent en jouir (A) avant d'en détailler les différentes étapes (B).

A - Les salariés bénéficiaires du statut protecteur

547 Tous les titulaires d'un mandat de représentation du personnel [1460], ainsi que, pendant quelques mois, les personnes ayant exercé un tel mandat ou y ont été candidates, bénéficient de la protection. Il en va de même des représentants « conventionnels » à condition, toutefois,

---

[1459] Pour une étude complète du sujet, voir : M. MINÉ, H. ROSE, Y. STRUILLOU, *Droit du licenciement des salariés protégés*, ECONOMICA, 2002, 2ème édition, Paris, 613 pages.

[1460]
- Délégués du personnel : Article L. 425-1 du Code du travail.
- Membres élus du comité d'entreprise ou d'établissement : Article L. 436-1 du Code du travail.
- Membres du CHSCT : Article L. 236-11 du Code du travail.
- Délégués syndicaux : Article L. 412-18 du Code du travail.

qu'ils relèvent d'une catégorie de même nature que celles prévues par le Code du travail [1461], tel le délégué du personnel dans un établissement non assujetti [1462].

548 D'autres salariés, qui ne sont pas représentants du personnel, bénéficient également du statut protecteur.

Il en va de la sorte, en premier lieu, des salariés qui exercent un mandat extérieur à l'entreprise qui est susceptible d'avoir des incidences sur l'exécution du contrat de travail. Tel est le cas des salariés exerçant les fonctions de conseillers prud'hommes [1463], celles de membre d'un conseil d'administration d'un organisme de Sécurité sociale [1464] ou celles de « conseiller du salarié » pendant leur inscription sur la liste départementale dressée par le préfet [1465]. Entrent également dans cette catégorie les membres des commissions paritaires locales ou départementales [1466], les représentants de salariés dans le cadre de la procédure de

---

[1461] Cass. soc., 1er décembre 1993, n°92-40.072.

Ainsi, ne peuvent bénéficier de la protection spéciale : ◆ Les membres d'une commission de discipline : Cass. soc., 19 juin 1991, n°90-43.411, *Bull. civ.*, V, n°306.

◆ Les représentants syndicaux au CHSCT : Cass. soc., 29 janvier 2003, n°00-45.961, *CSBP* 2003, n°149, S 166, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2003, p.550, obs. J. SAVATIER ; *Jur. soc.*, mars 2003, p.73 ; *TPS*, avril 2003, n°148, p.18.

◆ Le salarié désigné comme secrétaire du CHSCT alors qu'il ne fait pas partie des membres de la délégation du personnel siégeant à ce comité : Cass. soc., 18 mai 2005, n°02-47.335, *JCP*, S, n°2 du 5 juillet 2005, 1037, note J.-F. CESARO ; *RJS* 8-9/05, n°867.

◆ Les membres d'un comité inter établissements chargé de gérer les œuvres sociales communes aux différents établissements : Cass. soc., 12 juillet 2006, n°04-45.893, *CSBP* décembre 2006, n°185, S 469, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, S, n°38 du 19 septembre 2006, 1732, note J.-Y. KERBOURC'H.

[1462] Circulaire DRT n°13 du 25 octobre 1983, *J.O.* du 20 décembre.

[1463] Article L. 514-2 alinéa 2 du Code du travail.

[1464] Article L. 231-11 du Code de la Sécurité sociale.

[1465] Article L. 122-14-16 du Code du travail.

Peu importe que l'intéressé n'ait pas été en mesure de mettre en oeuvre sa mission : Cass. soc., 14 janvier 2003, *CSBP* 2003, n°149, S 167, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2003, p.445, obs. F. DUQUESNE ; *RJS* 3/03, n°365.

[1466] Article L. 132-30 du Code du travail.

redressement judiciaire [1467] ou encore les salariés mandatés au titre des deux lois Aubry sur les 35 heures [1468].
La seconde catégorie vise, sous réserve de conditions restrictives, les salariés qui ont joué un rôle actif dans la tenue des élections [1469] soit en réclamant leur tenue, soit en participant à la négociation du protocole d'accord préélectoral [1470].

Les bénéficiaires du statut protecteur étant identifiés, attachons-nous désormais à dévoiler la procédure requise de l'employeur pour licencier ces salariés.

B - La procédure de licenciement des salariés protégés

Le droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée est d'ordre public, mais le licenciement d'un salarié protégé suppose que soit respectée une procédure préalable spécifique nécessitant une autorisation administrative. Le personnage central est alors l'inspecteur du travail. Le licenciement d'un salarié protégé ne peut jamais être prononcé sans son approbation expresse.

Il convient ici d'examiner la façon dont se cumule cette procédure statutaire avec la procédure ordinaire précédemment exposée.
Tout d'abord, l'employeur qui projette de licencier un salarié protégé doit le convoquer à un entretien préalable (1°). Une fois cet entretien tenu, l'employeur qui persiste dans sa volonté de licencier, doit consulter le comité d'entreprise quant à la mesure envisagée (2°). L'étape suivante, pivot de la protection, consiste pour l'employeur à demander à l'inspecteur du travail l'autorisation expresse de procéder au licenciement (3°). S'il obtient cet accord, l'employeur pourra alors notifier au salarié protégé son licenciement (4°).

[1467] Article 228 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985.

[1468] Loi Aubry I n°98-461 du 13 juin 1998, article 3 III et Loi Aubry II n°2000-37 du 19 janvier 2000, article 19 § VI : *J.O.* du 20 janvier 2000.

[1469] Article L. 425-1 alinéas 8 et 9 et article L. 436-1 alinéas 6 et 7 du Code du travail.

[1470] Circulaire DRT n°13 du 25 octobre 1983.

1° - L'entretien préalable avec le salarié protégé

549 Quel que soit le motif de licenciement, l'employeur qui envisage de licencier un salarié protégé doit tout d'abord le convoquer pour un entretien préalable, dans les formes et conditions prévues par l'article L. 122-14 du Code du travail et préalablement rapportées à propos des salariés ordinaires [1471].

De cette manière, la lettre de convocation doit clairement indiquer qu'un licenciement est envisagé. Elle doit également rappeler au salarié qu'il peut se faire assister par une personne de son choix appartenant à l'entreprise [1472].

550 Comme pour tout autre salarié, le délai qui doit séparer la convocation du salarié de l'entretien préalable est de cinq jours ouvrables.

551 Le salarié protégé, régulièrement convoqué à l'entretien préalable, n'est pas obligé de s'y rendre. Mais, il ne pourra alors soutenir ensuite que la procédure de licenciement a été irrégulière [1473]. En revanche, si l'entretien préalable n'a pas eu lieu en raison d'une défaillance de l'employeur, l'inspecteur du travail devra refuser l'autorisation de licencier sans avoir besoin de statuer sur le fond [1474].

[1471] Si la convocation adressée au salarié ne mentionne pas le lieu de l'entretien préalable, l'inspecteur du travail ne devra pas accorder l'autorisation de licencier : CE, 28 septembre 2005, n°266023, Sté Soinne et associés.

[1472] L'omission de cette mention entache la procédure d'une irrégularité substantielle qui doit amener l'autorité administrative à rejeter la demande d'autorisation de licenciement : Circulaire DRT n°3 du 1er mars 2000.

[1473] CE, 16 mars 1990, n°98054, Sté COMATEC.

[1474] Circulaire n°93-23 du 4 octobre 1993, *BO Travail* n°94/1.

De la même façon, l'inspecteur du travail ne doit pas autoriser le licenciement : ◆ Si le salarié protégé n'a pas été convoqué à un entretien préalable de licenciement : CE, 5 juin 1987, n°76589, Richter.

◆ Si le salarié protégé n'a été convoqué à l'entretien préalable que postérieurement à la consultation du comité d'entreprise et à la décision d'autorisation de licenciement : CE, 15 mai 1995, n°148320, Sté Cise Réunion.

Après la tenue de l'entretien préalable, si l'employeur ne renonce pas à son projet de licencier le salarié protégé, l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur cette mesure s'impose.

2 °- La consultation obligatoire du comité d'entreprise

552 Tout licenciement d'un représentant élu [1475] doit donner lieu à la consultation du comité d'entreprise [1476]. Cette procédure préalable semble inspirée de la levée de l'immunité parlementaire.

L'employeur doit ainsi convoquer tous les membres du comité d'entreprise : élus titulaires, élus suppléants et représentants syndicaux. En vertu de l'article L. 431-5 du Code du travail, il doit leur fournir des informations précises et écrites, c'est à dire essentiellement les motifs du licenciement envisagé et le ou les mandats détenus par le salarié.

Le comité d'entreprise, après avoir pris connaissance des motifs du licenciement et entendu les explications du salarié, rend son avis après un vote à bulletins secrets. En pratique, cet avis est souvent négatif car des militants ne votent guère pour l'éviction de l'un des leurs.
Mais ceci n'importe guère puisque depuis 1982, cet avis ne lie plus l'employeur. En effet, avant cette date, l'employeur devait solliciter un accord préalable de licenciement. Il s'agissait ainsi d'une véritable « cogestion » quant au licenciement d'un salarié protégé. De plus, cet accord dispensait l'employeur de solliciter par la suite l'autorisation administrative.

[1475] Sont visés les membres élus ou désignés du comité d'entreprise, les délégués du personnel, les membres du CHSCT, les anciens représentants du personnel, les candidats aux élections professionnelles, les salariés ayant demandé l'organisation des élections.
Sont en revanche exclus les conseillers prud'hommes, les administrateurs de caisse de Sécurité sociale, les conseillers du salarié, les délégués syndicaux légaux, les délégués syndicaux conventionnels (c'est à dire créés par des conventions ou accords collectifs dans des entreprises de moins de 50 salariés), les anciens délégués syndicaux ayant exercé leurs fonctions pendant au moins un an. Pour ces derniers, si le licenciement doit être autorisé par l'inspecteur du travail, le CE n'a en revanche pas à être consulté.

[1476] Selon les articles L. 425-1 et R. 436-10 du Code du travail, lorsqu'une entreprise n'a pas ou n'a plus de comité d'entreprise, la demande d'autorisation de licenciement est directement soumise à l'inspecteur du travail après l'entretien préalable. En effet, la loi ne prévoit pas dans ce cas la consultation des délégués du personnel à la place du comité d'entreprise.

Bien différente est la situation depuis 1982. La consultation du comité d'entreprise, si elle demeure une condition essentielle de la procédure de licenciement d'un salarié protégé (son défaut ou son irrégularité entache la légalité de l'autorisation administrative ultérieure), ne constitue plus un blanc-seing donné à l'employeur. Dans tous les cas, dans un délai variable après la délibération du comité d'entreprise, l'employeur doit s'adresser à l'inspecteur du travail pour obtenir l'autorisation expresse de licencier un salarié protégé.

3°- La demande d'autorisation de licenciement à l'inspecteur du travail

553 L'autorisation administrative constitue la pièce maîtresse du statut protecteur. Elle ne va cependant pas jusqu'à engendrer un blocage des licenciements des salariés protégés. En effet, les statistiques révèlent que la grande majorité des demandes d'autorisation est acceptée [1477].

Quel que soit le motif avancé par l'employeur, l'inspecteur du travail doit procéder en deux temps.

554 Tout d'abord, il doit examiner la régularité de la procédure, tant ordinaire qu'exorbitante. Puis l'inspecteur du travail doit vérifier si les faits allégués sont d'une gravité suffisante pour justifier la mesure envisagée, compte tenu des règles applicables au contrat de travail mais aussi des exigences propres à l'exécution normale du mandat. Il convient en effet de s'assurer que le licenciement n'est en rapport ni avec les fonctions représentatives normalement exercées [1478], briguées ou antérieurement détenues ni avec l'appartenance syndicale de l'intéressé. Ce contrôle d'une éventuelle discrimination est premier et déterminant.

[1477] Selon la DARES, plus de quatre demandes de licenciement sur cinq sont autorisées par l'inspection du travail : *Premières informations, premières synthèses*, juillet 2006 disponible à l'adresse suivante : http://www.travail.gouv.fr/etudes-recherche-statistiques/statistiques/relations-professionnelles/licenciements-salaries-proteges/publications-rapports-3562.html.

[1478] Si le mandat est exercé dans des conditions fautives ou abusives, le licenciement peut être justifié. C'est notamment le cas en matière de violences ou de séquestrations commises à l'occasion d'une grève : CE, 1er février 1989, n°64575, Boistard, *Recueil CE*, p.41.

555 Mais même lorsque les faits à l'appui de la demande d'autorisation administrative sont établis, l'inspecteur du travail peut refuser de donner son autorisation *« pour des motifs d'intérêt général »* mais *« sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence »* [1479].

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, le motif d'intérêt général doit répondre à deux séries de préoccupations : soit le souci de maintenir une certaine représentation du personnel dans l'entreprise [1480], soit le souci de préserver la paix sociale et d'éviter les troubles à l'ordre public [1481].

Si un motif d'intérêt général existe, il ne peut cependant être retenu, nous l'avons mentionné, que s'il ne porte pas une atteinte excessive à l'un ou l'autre des intérêts en présence [1482]. Cette réserve tempère le pouvoir d'opportunité accordé à l'inspecteur du travail et renforce le contrôle opéré par le juge.

556 Ainsi, dans les quinze jours de la demande [1483], l'inspecteur du travail doit expressément, par décision motivée [1484], autoriser ou refuser le licenciement du salarié

[1479] CE, 5 mai 1976, SAFER d'Auvergne c/ Bernette, *D.* 1976, p.583, note H. SINAY ; « Le contrôle du juge administratif sur les décisions administratives relatives au licenciement des représentants du personnel : la nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat », *Dr. soc.* 1976, p. 346-364, conclusions du commissaire du gouvernement P. DONDOUX et note de J.-C. VENEZIA ; *JCP* 1976, II, 18 429, note MACHELON.

[1480] Exemples : ◆ CE, 22 juin 1987, n°74627, Ministre des affaires sociales et de la solidarité c/ Le Marec.

◆ CE, 9 octobre 1987, n°71788, Sté Corning France, Recueil CE, p.308.

[1481] Par exemple, après un conflit, lorsque le travail reprend, le licenciement du « chef » du mouvement mettrait un terme à une paix sociale difficilement retrouvée.

[1482] À titre d'exemple, porte une atteinte excessive aux intérêts de l'entreprise le refus d'autoriser le licenciement de trois salariés protégés ayant joué des rôles de meneurs et n'ayant exercé aucune action modératrice lors de graves incidents au cours desquels des groupes d'ouvriers grévistes ont, par des menaces et violences exercées à l'encontre de salariés non-grévistes, dont une vingtaine a été blessée, cherché à contraindre ces derniers à quitter le travail et à se joindre à une manifestation : CE, 9 octobre 1987, n°71667 à 71669.

[1483] Article R. 436-4 du Code du travail.
Ce délai peut être prorogé si les nécessités de l'enquête le justifient.

[1484] La décision doit préciser les éléments de fait et de droit sur lesquels elle se fonde et doit comporter un considérant sur la discrimination : Circulaire DRT n°93-23 du 4 octobre 1993, *BO Travail* n°94/1.

protégé. Cette décision est notifiée par écrit à la fois à l'employeur, au salarié et à l'organisation syndicale concernée s'il s'agit d'un délégué syndical.

557 Dans l'hypothèse où l'inspecteur du travail refuse de délivrer l'autorisation de licenciement, l'employeur ne peut licencier le salarié. Ce dernier doit donc être maintenu dans son emploi et percevoir son salaire [1485]. Si l'employeur viole cette règle et licencie tout de même le salarié, le licenciement ne sera pas déclaré irrégulier ou injustifié, il sera purement et simplement déclaré **nul**. Ce qui signifie que le salarié pourra exiger sa réintégration dans l'entreprise ou, s'il préfère, obtenir une indemnité réparant la méconnaissance du statut protecteur. Indemnité qui peut se cumuler avec les indemnités de licenciement que le juge doit lui accorder automatiquement [1486].

558 En revanche, si l'inspecteur du travail accorde l'autorisation de licencier, l'employeur peut procéder au licenciement du salarié protégé même s'il sait qu'un recours hiérarchique ou contentieux a été introduit contre la décision de l'inspecteur du travail, ces recours n'ayant pas d'effet suspensif [1487].
Il faut cependant souligner que chaque fois que l'autorisation administrative est obtenue mais se trouve, par la suite, annulée sur recours hiérarchique ou contentieux, le licenciement sera rétroactivement considéré comme nul. En effet, depuis l'arrêt « Pampre d'Or » rendu en Chambre mixte le 18 janvier 1980 [1488] et confirmé par la loi du 28 octobre 1982, le licenciement régulier au départ, devient nul [1489]. Le représentant du personnel peut alors demander sa réintégration dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision annulant l'autorisation administrative. S'il ne la demande pas, le salarié a droit à une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi depuis son licenciement jusqu'à

[1485] Cass. soc., 8 avril 1992, n°89-41.798, *Bull. civ.*, V, n°270.

[1486] Cass. soc., 27 juin 2000, n°98-43.439, *Bull. civ.*, V, n°250.

[1487] Cass. soc., 13 octobre 1971, n°67-40.662, *Bull. civ.*, V, n°561.

[1488] Cass. ch. mixte, 18 janvier 1980, *D.* 1980, p.380, note A. JEAMMAUD et J. PÉLISSIER ; *Dr. soc.* 1980, p.334, obs. J. SAVATIER ; *JCP* 1980, II, 19 397, conclusions ROBIN et note J.-C. JAVILLIER.

[1489] La décision de retrait de l'autorisation administrative de licenciement produit les mêmes effets que l'annulation de cette autorisation : Cass. soc., 30 avril 2002, n°99-44.995 et n°01-60.765, *Bull. civ.*, V, n°138 et 139 ; *CSBP* 2002, n°141 S 269, obs. F.-J. PANSIER ; Conclusions de l'avocat général P. LYON-CAEN, *RJS* 7/02, p.616 – 618 ; *RJS* 7/02, n°848 ; *RPDS*, novembre 2002, n°691, p.365, note L. MILET.

l'expiration du délai de deux mois et, le cas échéant, aux indemnités de rupture et à une indemnité pour absence de cause réelle et sérieuse s'il remplit les conditions de droit commun pour y prétendre.

4 °- La notification du licenciement au salarié protégé

559 Après avoir obtenu l'autorisation de licenciement de l'inspecteur du travail, l'employeur qui souhaite maintenir le licenciement du salarié protégé doit lui notifier dans les conditions de droit commun prévues par l'article L. 122-14-1 du Code du travail.

À défaut de notification régulière, et même si l'employeur détient l'autorisation administrative, le licenciement peut être déclaré sans cause réelle et sérieuse [1490].

560 Quel que soit le motif de licenciement, l'employeur est tenu de motiver la lettre.
Le contrôle de cette motivation relève alors exclusivement de la compétence du juge judiciaire. Comme pour les salariés ordinaires, la Cour de cassation exige une motivation précise de la lettre. Cependant, elle semble faire preuve de davantage de souplesse . En effet, la Chambre sociale considère qu'est suffisamment motivée la lettre qui se réfère à l'autorisation délivrée par l'inspecteur du travail [1491]. À l'inverse, le seul défaut de mention, dans la lettre de notification, de l'autorisation administrative de licenciement ne prive pas ce dernier de cause réelle et sérieuse dès lors que la lettre énonce un motif précis.
Cette position jurisprudentielle rigoureuse mais moins pointilleuse semble s'expliquer par le fait que le salarié dispose de garanties suffisantes au préalable pour exercer un éventuel recours contre la décision de l'inspecteur du travail. En effet, celle-ci doit être motivée et lui être notifiée avec indication des voies et délais de recours hiérarchiques et contentieux. Il n'est, en conséquence, pas indispensable d'exiger la même sévérité que celle requise pour les salariés ordinaires pour lesquels la lettre de notification du licenciement constitue l'unique

---

[1490] Cass. soc., 5 avril 2005, n°02-47.518, *CSBP* 2005, n°172, A 58, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 6/05, n°649.

[1491] ◆ Cass. soc., 12 novembre 2002, *TPS* février 2003, n°70.

◆ Cass. soc., 28 octobre 2003, n°01-46.168, *CSBP* 2004, n°156, S 23, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2004, n°9, p.595, note M. SOULEAU-BERTRAND ; *Dr. soc.* 2004, p.219, obs. J. MOULY ; *RJS* 1/04, n°77.

◆ Cass. soc., 13 juillet 2004, n°02-43.538, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* du 15 novembre 2004, n°1691.

document permettant au salarié de connaître le ou les motifs du licenciement dont il fait l'objet.

En tout état de cause, le licenciement ne peut intervenir que pour les faits qui ont motivé l'autorisation de licenciement. Ainsi, lorsque la lettre de licenciement fait apparaître un autre motif que celui qui a engendré l'autorisation de l'inspecteur du travail, le juge prononce *a posteriori* la nullité du licenciement, celui-ci étant considéré comme prononcé sans cette autorisation [1492].

561 Enfin, une fois le licenciement notifié, naît au bénéfice du salarié le droit au préavis et à l'indemnité de licenciement. En ces domaines, aucune particularité n'est à relever au profit des salariés protégés. Leurs droits sont identiques à ceux des salariés ordinaires.

562 Nous avons maintenant décrit l'ensemble du processus de licenciement d'un salarié protégé. Nous le voyons, celui-ci est assez long et complexe. Il nécessite de la part de l'employeur, outre le strict respect des garanties procédurales applicables à tous les salariés, l'autorisation expresse de l'inspection du travail, voire parfois en supplément la consultation du comité d'entreprise. À ce titre, il est possible de parler de **statut protecteur contre le licenciement**.
En cas de rupture du contrat de travail, le statut l'emporte sur le contrat et sa violation fait encourir de lourdes sanctions allant de l'absence de cause réelle et sérieuse à la nullité du licenciement.

Le but premier de ce statut, d'ordre public, n'est pas d'assurer la protection du salarié lui-même mais celle du mandataire qui représente le personnel. C'est la raison pour laquelle le juge le définit comme *« exceptionnel et exorbitant du droit commun »* [1493]. Grâce à un long processus préalable, il s'agit de dissuader l'employeur de se séparer d'un représentant de la communauté des salariés.

[1492] Cass. soc., 11 juin 2002, n°00-41.073, *CSBP* 2002, n°143, A 48, obs. F.-J. PANSIER.

[1493] Cass. ch. mixte, 21 juin 1974, *D.* 1974, 593, conclusions A. TOUFFAIT ; R. LATOURNERIE, « L'interprétation des textes assurant la protection des représentants du personnel dans les entreprises », *D.* 1975, chronique, p.103-114 ; H. SINAY, « Un tournant du droit du travail : les arrêts Perrier », *D.* 1974, chronique p.235-240.

Si la décision unilatérale de rupture est cependant maintenue l'objectif affiché est alors celui d'une protection des droits de la défense du salarié exposé : l'inspecteur du travail doit motiver précisément sa décision, tout comme l'employeur pour qui la lettre de notification du licenciement fixera les limites d'un éventuel litige ultérieur.

Droits de la défense qui se trouvent encore renforcés lorsque le licenciement envisagé est de nature disciplinaire. En effet, en présence d'un licenciement prononcé à la suite d'une faute commise par le salarié, la loi ajoute des garanties procédurales supplémentaires au profit du salarié, qu'il soit ou non d'ailleurs protégé en raison de son mandat.

Section 2 - La procédure disciplinaire

563 Pendant longtemps, un salarié pouvait faire l'objet d'une mesure disciplinaire sans que l'employeur ait l'obligation de l'informer d'une éventuelle sanction et de lui permettre de se défendre. Aujourd'hui, le souci est de garantir le salarié contre l'arbitraire de l'employeur. Le moyen de parvenir à cette fin a été, en France comme en d'autres Etats européens [1494], la mise en place d'une procédure avant même que ne soit prononcée la sanction. Ainsi, lorsque le salarié commet une faute sérieuse, grave, voire lourde l'employeur qui envisage de le sanctionner en rompant la relation de travail doit simultanément respecter les règles du droit disciplinaire instaurées par la loi du 4 août 1982 sur « les libertés des travailleurs dans l'entreprise » et celles mises en place en 1973 pour tous les licenciements, quel que soit le motif invoqué. Par ailleurs, quand le salarié est protégé en raison de son mandat de représentation du personnel, l'employeur doit, en sus, se soumettre à la procédure précédemment examinée.

564 Dès lors, en premier lieu, l'employeur doit convoquer, par lettre, le salarié à un entretien préalable. Cette lettre doit indiquer la date, l'heure et le lieu de l'entretien. Elle doit également préciser au salarié l'objet de la convocation, à savoir qu'un licenciement est envisagé à titre de **sanction** [1495]. Enfin, la lettre doit informer le salarié de la possibilité de se faire assister par la personne de son choix appartenant à l'entreprise ou, dans les entreprises dépourvues de représentants du personnel, d'un conseiller extérieur. Les règles sont ainsi presque semblables à celles étudiées précédemment à propos du licenciement de droit commun.

[1494] En Espagne, au Luxembourg mais également au Portugal l'employeur doit informer le salarié de la sanction prise. En Allemagne, en Autriche, au Danemark, en Italie et en Suède, chaque fois que l'employeur envisage de prononcer une sanction ayant une incidence, immédiate ou non, sur la présence du salarié dans l'entreprise, la procédure à suivre est renforcée par une intervention des délégués syndicaux : Voir I. LAURENT-MERLE, « Le pouvoir disciplinaire face aux droits et libertés du salarié en Europe occidentale », *RDT* mai 2007, p.298-305.

[1495] La lettre de convocation à l'entretien préalable qui ne mentionne pas qu'un licenciement est envisagé rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse :
- Cass. soc., 31 octobre 1989, *RJS* 12/89, n°921.
- Cass. soc., 20 février 1991, *Bull. civ.*, V, n°84.
- Cass. soc., 28 novembre 2001, *RJS* 2/02, n°156.

La différence notable tient au délai pour convoquer le salarié. En effet, en cas de faute, la convocation à l'entretien préalable ne peut être envoyée plus de deux mois après que l'employeur ou la personne détenant un pouvoir disciplinaire à l'égard du salarié a eu connaissance de la faute. Ce délai de deux mois est interrompu par la convocation du salarié à l'entretien préalable. Par exception, si le fait incriminé a donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales [1496] ou que le comportement du salarié a persisté [1497], un fait vieux de plus de deux mois peut être pris en considération à l'appui d'un licenciement. À l'inverse, le délai de deux mois n'est ni interrompu, ni suspendu par la maladie du salarié [1498] ou par une tentative de conciliation [1499].

À défaut de respecter la règle du délai de deux mois, le licenciement prononcé sera sanctionné par le juge [1500]. Il ne s'agira alors pas d'une simple irrégularité procédurale mais bien de la violation d'une condition de fond. En conséquence, le licenciement sera jugé sans cause réelle et sérieuse.

565 L'étape suivante de la procédure est la tenue de l'entretien préalable cinq jours ouvrables minimums après la présentation de la lettre de convocation.

Cette phase de la procédure n'appelle pas de commentaires particuliers. Pareillement à ce que nous avons exposé précédemment, l'employeur doit indiquer au salarié le motif de la sanction

---

[1496] ◆ Cass. soc., 12 janvier 1999, *Bull. civ.*, V, n°8 ; *RJS* 2/99, n°200.
◆ Cass. soc., 29 janvier 2003, *Dr. soc.* mai 2003, p.540, obs. J. MOULY ; *RJS* 4/03, n°457.

[1497] En ce sens : ◆ Cass. soc., 14 octobre 1998, *CSBP* 1998, n°105, S 405.
◆ Cass. soc., 11 juin 2003, *CSBP* 2003, n°153, S 356, obs. F.-J. PANSIER.
À l'inverse, ne présente pas le caractère d'une infraction continue l'abandon de poste par le salarié : Cass. soc., 29 janvier 2003, *Dr. soc.* 2003, p.443, obs. F. DUQUESNE ; *JCP*, E, 24 juillet 2003, jurisprudence, 1118, p.1248, note C. PUIGELIER ; *Jur. soc.*, novembre 2003, p.368 ; *RJS* 4/03, n°458.

[1498] Cass. soc., 9 octobre 2001, n°99-41.217, *Jur. soc.*, décembre 2004, p.336 ; *Semaine sociale Lamy* du 12 novembre 2001, n°1050, p.10-11.

[1499] Cass. soc., 8 novembre 2006, *RJS* 1/07, n°54 : *« La tentative de conciliation n'est pas de nature à interrompre le délai de prescription prévu par l'article L. 122-4 du Code du travail »*.

[1500] Si le salarié est protégé, l'inspecteur du travail n'autorisera pas le licenciement.

envisagée [1501] et recueillir ses explications.

Employeur comme salarié peuvent se faire assister lors de cet entretien dans les mêmes conditions que précédemment citées.

Enfin, soulignons que dans l'objectif premier de conciliation, la Cour de cassation a jugé que l'entretien préalable doit nécessairement avoir un caractère individuel, quand bien même les faits reprochés à plusieurs salariés seraient identiques [1502].

566 La dernière étape de la procédure tient en la notification écrite de la sanction. Elle ne peut intervenir moins de deux jours ouvrables ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien [1503], quand bien même le salarié ne s'y est pas présenté [1504] et quand bien même les déclarations du salarié lors de l'entretien nécessitent des investigations complémentaires [1505].

[1501] Ce qui ne lui impose pas de communiquer au salarié les pièces susceptibles de justifier la sanction : Cass. soc., 6 avril 2004, n°01-47.153, *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 30 avril 2004, n°863.

[1502] ◆ Cass. soc., 23 avril 2003, n°01-40.817, *Dr. soc.* 2003, p.777, obs. F. FAVENNEC-HÉRY ; *JCP*, G, 3 décembre 2003, 10 191, note C. PUIGELIER ; *Jur. soc.*, septembre 2004, p.232 ; *RJS* 7/03, n°861 ; *Semaine Sociale Lamy* du 26 mai 2003, n°1124, p.12-13 ; *TPS* juillet 2003, n°253, p.18. En l'espèce, l'employeur avait procédé à un entretien préalable unique pour trois salariés licenciés ultérieurement pour une faute grave identique, un abandon de chantier. Il soutenait que chacun des salariés avait été assisté par les deux autres et, qu'en conséquence, la procédure était régulière. La Cour d'appel, tout en reconnaissant que les salariés n'avaient pu être assistés les uns par les autres, avait admis la légitimité d'un entretien commun qui, *« loin de leur porter préjudice, ne pouvait que leur permettre d'étayer plus fortement leur défense »*. La Chambre sociale de la Cour de cassation censure cette analyse.

◆ Cass. soc., 20 juin 2007, n°06-41.823, *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* des 6-7 août 2007, n°191.

[1503] La Cour de cassation a précisé que le délai d'un mois dont dispose l'employeur pour notifier le licenciement disciplinaire à un salarié protégé ayant commis une faute court à compter du jour de l'autorisation de licenciement délivrée par l'inspecteur du travail. À défaut, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse : Cass. soc., 28 octobre 2003, n°01-42.404, *CSBP* 2004, n°156, S 24, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 1/04, n°78 ; *TPS*, janvier 2004, n°13.

[1504] Cass. soc., 14 septembre 2004, n°03-43.796, *CSBP* 2004, n°165, S 427, obs. L. P. ; *RJS* 11/04, n°11 : *« Il résulte de la combinaison des articles L. 122-14-1 et L. 122-41 du Code du travail que la lettre de licenciement pour motif disciplinaire doit être notifiée au salarié dans le délai d'un mois à partir de la date de l'entretien préalable alors même qu'il ne s'est pas présenté à cet entretien ; à défaut, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse »*.

[1505] Cass. soc., 25 octobre 2006, n°04-46.508, *Semaine Sociale Lamy* du 6 novembre 2006, n°1281, p.15.

Si l'employeur laisse passer ce délai d'un mois pour prononcer le licenciement, le licenciement sera jugé sans cause réelle et sérieuse [1506]. En effet, passé ce délai, les faits pour lesquels le salarié a été convoqué à l'entretien préalable ne peuvent plus être sanctionnés.

567 La lettre de notification doit, par ailleurs, contenir la motivation précise de la sanction. En effet, nous avons souligné préalablement que depuis 1990, dès que la lettre de licenciement n'est pas motivée, le licenciement est considéré sans cause réelle et sérieuse [1507]. Il en va de même lorsque des motifs figurent dans la lettre de licenciement mais sont jugés insuffisants, trop vagues ou trop imprécis. Ainsi, en matière de licenciement disciplinaire, les mentions de « graves fautes professionnelles », de « manque de diplomatie », de « problèmes occasionnés » par le salarié [1508], de « négligences » dont la nature n'est pas précisée [1509] ou encore un « comportement déloyal » sans autre précision [1510] sont des motifs qui pèchent par défaut de précision. L'employeur doit exposer des griefs précis et matériellement vérifiables [1511], ce qui n'implique pas nécessairement une datation des faits [1512].
À défaut de grief matériellement vérifiable, le licenciement, est automatiquement déclaré sans cause réelle et sérieuse, peu important que l'employeur établisse par la suite la pertinence des griefs retenus contre le salarié.

[1506] Cass. soc., 17 janvier 1990 : *« Le délai d'un mois prévu à l'article L. 122-41 du Code du travail est une règle de fond »*.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 23 juin 2004, n° 02-41.877, *Jur. soc.*, février 2006, p.34 ; *RJS* 10/04, n°1039 ; *TPS*, août - septembre 2004, n°24.

[1507] Cass. soc., 29 novembre 1990, *Bull. civ.*, V, n°598.

[1508] Cass. soc., 23 mai 2000, n°98-40.633, *Bull. civ.*, V, n°193.

[1509] Cass. soc., 5 juillet 2000, n°98-42.889.

[1510] Cass. soc., 10 mai 2001, n°99-40.128, *Bull. civ.*, V, n°161.

[1511] Voir, par exemple, Cass. soc., 12 mai 2004, n°02-40.772, *Semaine Sociale Lamy* du 24 mai 2004, n°1170, p.15 : *« Le refus réitéré de tout déplacement et le refus d'obtempérer aux ordres de la hiérarchie constituent des motifs de licenciement matériellement vérifiables, qui peuvent être précisés et discutés devant les juges du fond »*.

[1512] Cass. soc., 15 octobre 2002, n°00-44.954, *Jur. soc.* UIMM avril 2003, p.104 ; *RJS* 12/02, n°1377.

Dans la même optique, la lettre de licenciement *« fixe les termes du litige »* [1513]. Cela signifie que l'employeur ne peut plus avancer d'autres fautes que celles alléguées dans la lettre de licenciement. L'employeur ne saurait faire état de griefs énoncés dans la phase préalable du licenciement, ou qu'il aurait découverts à l'issue de celui-ci [1514]. Dès le moment où ils diffèrent de ceux visés dans la lettre de licenciement, ils sont, d'emblée, exclus de l'appréciation judiciaire. L'employeur doit faire état devant le juge de fautes rigoureusement identiques à celles qui apparaissent dans la lettre de licenciement.

568 Assez fréquemment, la convention collective impose à l'employeur des règles procédurales plus contraignantes que celles prévues par la loi, par exemple, la saisine d'une commission de discipline. La Cour de cassation considère que ces règles procédurales constituent pour le salarié une « garantie de fond ». En conséquence, leur violation rend le licenciement disciplinaire prononcé sans cause réelle et sérieuse [1515]. La Cour de cassation

---

[1513] Cass. soc., 20 mars 1990, *Bull. civ.*, V, n°124.

[1514] ◆ Cass. soc., 5 novembre 1992, *Bull. civ.*, V, n°532.

◆ Cass. soc., 12 janvier 1994, *CSBP* 1994, n°58, A 15.

[1515] ◆ Cass. soc., 23 mars 1999, *Bull. civ.*, V, n°134 ; *Dr. soc.* 1999, p.634, note J. SAVATIER ; *RJS* 5/99, n°657.

◆ Cass. soc., 11 juillet 2000, n°97-45.781, *Bull. civ.*, V, n°272 ; *RJS* 11/00, n°1075.

◆ Cass. soc., 16 janvier 2001, n°98-43.189, *Bull. civ.*, V, n°9 ; *RJS* 4/01, n°431.

◆ Cass. soc., 8 janvier 2002, *Dr. soc.* 2002, p.466, obs. J. SAVATIER ; *RJS* 3/02, n°281 : *« La consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle de donner un avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur constitue pour le salarié une garantie de fond. Le licenciement prononcé sans que le conseil de discipline ait été préalablement consulté ne peut avoir de cause réelle et sérieuse ».*

◆ Cass. soc., 5 avril 2005, n°02-47.473, *CSBP* juillet 2005, n°172, S 261, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2005, obs. G. COUTURIER, p.700. En l'espèce, la CCN des organismes mutualistes exigeait sur la lettre de licenciement, en cas de faute grave ou lourde, la double signature du président du conseil d'administration et d'un administrateur délégué à cet effet. La Cour de cassation décide que le licenciement décidé en méconnaissance de cette stipulation conventionnelle ne peut avoir de cause réelle et sérieuse.

◆ Cass. soc., 29 juin 2005, n°03-44.376, *Bull. civ.*, V, n°221. En l'espèce, le licenciement est considéré sans cause réelle et sérieuse en raison de l'inobservation des règles de forme dans l'élaboration du procès-verbal de réunion du conseil de discipline.

◆ Cass. soc., 11 juillet 2006, n°04-40.379, *CSBP* décembre 2006, n°185, S 467, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 10/06, n°1039. En l'espèce, est jugé sans cause réelle et sérieuse le licenciement prononcé en violation d'une stipulation conventionnelle octroyant au salarié le droit de recevoir communication de son dossier disciplinaire.

retient d'ailleurs une définition extrêmement large de la notion de garantie de fond puisque la seule omission quant à l'information du salarié est sanctionnée par l'absence de cause réelle et sérieuse, alors même que cette lacune n'a eu aucune incidence sur les droits du salarié qui a bénéficié de la procédure disciplinaire prévue par la convention collective [1516].

Cette démarche participe du constat que les sanctions des irrégularités prévues par le droit commun du licenciement ne permettent pas de garantir de manière efficace les droits fondamentaux des salariés et en particulier les droits de la défense que le législateur de 1982 leur a reconnus en matière disciplinaire.

La saisine d'une instance disciplinaire a alors pour effet d'interrompre le délai maximal d'un mois pour notifier la rupture [1517].

569 Concernant le préavis, le salarié licencié pour faute a droit au préavis légal prévu pour tout licenciement. Toutefois, lorsque l'employeur considère grave, voire lourde la faute commise par le salarié, celui-ci est privé de préavis [1518]. En effet, la faute grave est celle qui résulte *« d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis »* [1519]. Il convient par conséquent, de protéger l'entreprise des méfaits que pourrait engendrer la présence du salarié dans l'entreprise durant un préavis.

570 De la même façon, les qualifications de faute grave et faute lourde empêchent le salarié licencié de percevoir une indemnité de licenciement. Il en va différemment lorsque le salarié a commis une faute sérieuse justifiant un licenciement mais qui ne présente pas le caractère d'une faute grave. En ce cas, l'indemnité de licenciement est celle prévue par la loi pour tout licenciement et exposée auparavant.

571 Enfin, signalons que la faute lourde, et uniquement celle-ci, induit la perte aux droits des congés payés afférents à la période de référence en cours lors de la rupture du contrat de

---

[1516] Cass. soc., 18 octobre 2006, n°03-48.370, *JCP*, S, n°49 du 5 décembre 2006, 1968, note I. BEYNEIX ; *RJS* 12/06, n°1258 ; *Semaine Sociale Lamy* du 13 novembre 2006, n°1282, p.12.

[1517] Cass. soc., 31 octobre 2000, *Bull. civ.*, V, n°353 ; *JCP*, E, 2001, p.715, note C. PUIGELIER.

[1518] Article L. 122-6 du Code du travail.

[1519] Cass. soc., 26 février 1991, *Bull. civ.*, V, n°97 ; *RJS* 4/91, n°448.

travail. Certains auteurs y ont vu la survivance légale d'une amende [1520], d'autres une sorte de responsabilité contractuelle dont elle serait une conséquence tout à fait particulière [1521].
Quoi qu'il en soit, la faute lourde est également la seule qui permet de voir la responsabilité du salarié engagée envers son employeur [1522].

572 Le rôle accordé à la procédure en matière de licenciement disciplinaire se révèle donc très important. L'employeur qui ne respecte pas les règles de procédure combinées du droit du licenciement et du droit disciplinaire est lourdement sanctionné. En effet, chaque fois que le licenciement intervient au-delà du cadre temporel défini par la loi, le licenciement est déclaré par le juge, non pas irrégulier, mais purement et simplement sans cause réelle et sérieuse. Il en va de même chaque fois que la lettre de licenciement ne fait apparaître aucun motif ou un motif imprécis. Enfin, une sanction identique reçoit application dès lors que l'employeur néglige la procédure organisée conventionnellement.
C'est dire si **la procédure occupe une place primordiale en matière de licenciement disciplinaire**. Non seulement l'employeur doit se conformer aux dispositions légales mais il doit, en outre, suivre scrupuleusement les dispositions conventionnelles sous peine de voir le juge prud'homal ne pas exercer son pouvoir de contrôle sur la légitimité des fautes imputées au salarié.

L'objectif visé est, en ce domaine, d'assurer au mieux la protection des droits de la défense du salarié licencié. En matière économique, la procédure occupe également une place centrale. Pour autant, le dessein poursuivi n'est pas exactement identique. Il s'agit moins de protéger le droit du salarié de se défendre que de garantir son droit à l'emploi. C'est ce que nous allons constater dès maintenant.

[1520] P.-D. OLLIER, *Droit du travail*, A. COLIN, 1972, p.240.

[1521] G. COUTURIER, *Dr. soc.* 1991, p.106.

[1522] Cass. soc., 12 avril 1995, *RJS* 5/95, n°487 : *« La responsabilité du salarié n'est engagée qu'en cas de faute lourde »*.

Section 3 - La procédure économique

573 Le licenciement économique est longtemps demeuré ignoré en tant qu'institution originale, et soumis purement et simplement au régime juridique de droit commun du licenciement. C'est à la sortie de la seconde guerre mondiale que le droit français différencie le licenciement prononcé pour un motif économique du licenciement formulé à raison d'un motif tenant au salarié. Cette distinction permettant l'application d'un régime spécifique.

Le droit des licenciements économiques est donc né en 1945. À cette date, tant l'embauche que le licenciement sont soumis à un contrôle administratif préalable. L'objectif de ce contrôle global de l'emploi s'inscrit dans une perspective de reconstruction nationale, c'est à dire d'orientation de la main d'œuvre vers les secteurs prioritaires, dans un contexte de pénurie et de sous-emploi.

574 Puis, à partir de 1969, les partenaires sociaux affirment la spécificité des licenciements pour motif économique. Devançant la loi sur les licenciements du 13 juillet 1973, ils concluent l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi. En 1974, la dimension collective du processus de licenciement économique est prise en compte. Sont alors successivement signés, l'accord national du 14 octobre 1974 et un avenant à l'accord national interprofessionnel sur la sécurité de l'emploi, signé le 21 octobre 1974. Ces deux documents instaurent une consultation des représentants du personnel, la présentation d'un plan social et l'intervention éventuelle de commissions paritaires de l'emploi. Ils instituent également une priorité de réembauchage ainsi qu'une allocation chômage spécifique pour les salariés de moins de soixante ans, licenciés pour motif économique.

575 Mais le premier texte législatif d'après-guerre qui vient affirmer la particularité de régime du licenciement pour motif économique est la loi du 3 janvier 1975 [1523]. Cette loi, qui fait suite à la directive communautaire 75/129 du 17 février 1975 [1524], impose la consultation des représentants du personnel et crée un véritable contrôle administratif préalable. En effet, le contrôle institué par l'ordonnance du 24 mai 1945 ne prévoyait aucune sanction en cas de

[1523] Loi n°75-5 du 3 janvier 1975, *J.O.* du 4 janvier.

[1524] *J.O.C.E.*, n° L 48 du 22 février 1975.

carence de l'employeur. Désormais, tout licenciement économique doit faire l'objet d'une autorisation de l'administration du travail, à défaut de laquelle le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse. L'autorité administrative, par la voie de l'inspection du travail, a pour mission d'examiner la réalité des motifs économiques avancés à l'appui de la demande d'autorisation. Dans l'année qui suit le licenciement économique, toute embauche et tout licenciement sont également soumis à autorisation.

De cette façon, le licenciement pour motif économique est soumis, d'une part, au régime institué en 1973 exigeant une cause réelle et sérieuse et, d'autre part, au régime procédural prévu en 1975. Le contentieux du licenciement économique continue donc de relever de l'autorité judiciaire en ce qui concerne l'exigence d'une cause réelle et sérieuse mais de la compétence administrative pour ce qui a trait à l'autorisation préalable de licencier.

576 Un peu plus de dix ans après, l'autorisation administrative est supprimée. La loi n°86-797 du 3 juillet 1986 [1525], tout en abrogeant cette autorisation invite les partenaires sociaux à négocier un accord national, portant d'abord sur les procédures de concertation avec les représentants du personnel au sein de l'entreprise et ensuite sur les alternatives aux licenciements « secs ».

Tel est l'objet de l'accord national interprofessionnel du 20 octobre 1986 qui renforce la consultation avec le comité d'entreprise et prévoit l'obligation de lui présenter un plan social. Ce texte envisage en outre la proposition d'une convention de conversion devant faciliter le reclassement des salariés dont le contrat de travail est rompu pour un motif économique. L'accord est entériné par la loi n°86-1320 du 30 décembre 1986 sur les « procédures de licenciement » dite deuxième loi « Séguin » [1526].

Le relais conventionnel est apporté par la convention du 6 janvier 1987 sur les conventions de conversion.

577 En 1989, la loi « Soisson » du 2 août [1527] opère un époussetage d'un ensemble particulièrement hermétique. Cette loi relative à la « prévention du licenciement économique et au droit à la conversion » comporte des aspects novateurs. Notamment l'article L. 432-1-1

[1525] *J.O.* du 4 juillet.

[1526] *J.O.* du 31 décembre.

[1527] Loi n°89-549 du 2 août 1989.

du Code du travail qui envisage la gestion prévisionnelle de l'emploi [1528], l'amélioration du dispositif de prévention et du plan social, le droit à la conversion ou encore, comme nous l'avons antérieurement esquissé, la définition du motif économique.
En dépit de ces innovations, le texte ne simplifie pas pour autant la matière qui reste peu lisible.

578 Par la suite, quelques ajustements interviennent.
Ainsi, la loi n°92-722 du 29 juillet 1992 [1529] étend la procédure de licenciement économique à la rupture négociée, mettant alors fin au risque de contournement du plan social.
Un amendement de la loi du 4 janvier 1993 insère quant à lui un plan de reclassement dans le plan social.

579 En 2002, dans un contexte de restructurations internationales, le législateur intervient à nouveau afin de contrer les logiques purement financières. La loi n°2002-73 du 17 janvier 2002, dite de « modernisation sociale » [1530], vise à faire du licenciement économique la solution ultime. L'adoption de cette loi se traduit alors principalement par l'entrée en vigueur de nouvelles règles de procédure. Le but d'une procédure alourdie est de dissuader l'employeur de réduire ses effectifs. Le législateur veut, autant que faire se peut, empêcher le déclenchement même de la procédure et, si l'employeur persiste dans son choix, le contraindre à respecter un long processus permettant de parvenir au(x) licenciement(s).
Dans la même perspective de prévention, de dissuasion, voire de blocage des licenciements économiques, le législateur du 17 janvier 2002 renchérit le coût de ce type de licenciement en

---

[1528] Article L. 432-1-1 du Code du travail : *« Chaque année […] le comité d'entreprise est informé et consulté sur l'évolution de l'emploi et des qualifications dans l'entreprise au cours de l'année passée. Il est informé et consulté sur les prévisions annuelles ou pluriannuelles et les actions, notamment de prévention et de formation, que l'employeur envisage de mettre en œuvre compte tenu de ces prévisions… ».*

[1529] *J.O. Ass. Nat.* du 5 juillet 1992, p.10215.

[1530] Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002, *J.O.* du 18 janvier, p.1008.
Pour une présentation d'ensemble de la loi, voir :
- « Le droit du licenciement économique après la décision du Conseil constitutionnel », *Semaine Sociale Lamy* du 21 janvier 2002, n°1059, p.5-15.
- P. WAQUET, « Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale », *Dr. soc.* 2002, p.264-273.
- F. FAVENNEC-HÉRY, « Licenciement économique. Du contrôle « a priori » à la responsabilité « a posteriori » de l'entreprise », *RJS* 4/02, p.287-294.

doublant le taux de l'indemnité légale de licenciement pour les salariés licenciés pour motif économique [1531]. Ce faisant, il engendre une inégalité de traitement entre les salariés licenciés pour un motif personnel et ceux pour un motif économique. Il existe cependant une exception à ce changement : ne sont pas concernés par ce nouveau taux les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté.

580 Jugeant le droit du licenciement économique d'une trop grande complexité, la majorité parlementaire élue en 2002 vote une nouvelle loi : la loi n°2003-6 du 3 janvier 2003 « portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques » [1532]. Elle a pour première conséquence de suspendre, pour une durée minimale de dix-huit mois, l'application de nombreuses dispositions de la loi de modernisation sociale précédemment adoptée [1533]. En même temps, elle encourage *« les partenaires sociaux à définir un nouvel équilibre entre les contraintes qui pèsent sur les entreprises en cas de restructurations et les nécessaires garanties des salariés »* [1534] Le gouvernement de l'époque souhaite en effet laisser la place au dialogue social afin d'en ratifier postérieurement les résultats.

[1531] Article L. 122-9 du Code du travail.
Désormais, les salariés licenciés pour motif économique bénéficient d'une indemnité minimum de 2/10ème de mois par année d'ancienneté, auxquels s'ajoutent 2/15ème de mois par année d'ancienneté au-delà de dix ans.

[1532] Publiée au *J.O.* n°3 du 4 janvier 2003, p.255.
Pour une étude approfondie de cette loi, voir notamment : ◆ I. DESBARATS, « La réforme de la modernisation sociale », *D.* 2003, n°4, chronique, p.219-226.
◆ C. CHARBONNEAU, « Loi n°2003-6 du 3 janvier 2003 – Commentaire article par article de la loi portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques (J. O. n°3 du 4 janvier 2003, p.255) », *CSBP* 2003, n°147, D2, p.54-59.

[1533] La loi « gèle », en raison de leur contenu jugé trop contraignant pour les entreprises, l'application des dispositions du Code du commerce et du Code du travail dans leur rédaction issue des articles 96 (article L. 321-4-1 et L. 321-9 du Code du travail), 97 et 98 (articles L. 239-1 et L. 239-2 du Code du commerce), 99 (article L. 321-3 du Code du travail), 100 (article L. 431-5-1 du Code du travail), 101 (article L. 432-1, L. 432-5 et L. 434-6 du Code du travail), 102 (article L. 435-3 et L. 439-2 du Code du travail), 104 (article L. 432-1 bis du Code du travail), 106 (article L. 432-1-3 du Code du travail), 109 (article L. 432-1-3 du Code du travail) et 116 (article L. 321-7 du Code du travail) de la loi du 17 janvier 2002.

[1534] F. FILLON, exposé des motifs du projet de loi initialement intitulé « Négociation collective sur les restructurations ayant des incidences sur l'emploi ».

La date d'expiration du délai de négociation est alors fixée au 3 juillet 2004. Or, conscient que les négociations n'auraient pas abouti à cette date, le législateur décide par la loi n°2004-627 du 30 juin 2004 de prolonger jusqu'au 3 janvier 2005 la période de suspension des dispositions de la loi de modernisation sociale afin que les partenaires sociaux disposent d'un délai suffisant pour achever la négociation.

581 Mais, à l'issue de ce délai supplémentaire, le législateur ne peut que constater l'échec des négociations. C'est dans ce contexte qu'est votée la loi du 18 janvier 2005 baptisée « de programmation pour la cohésion sociale » [1535]. Elle abroge les dispositions jusqu'alors suspendues, procédant ainsi à un retour aux règles antérieures à 2002. En outre, elle apporte quelques modifications au droit du licenciement économique.

Ainsi, aujourd'hui, la qualification de licenciement économique conduit à l'application de règles procédurales et indemnitaires spécifiques. Les règles de procédure sont plus ou moins complexes selon l'effectif de l'entreprise et le nombre de licenciements envisagés.

Il est donc nécessaire de décrire, le plus nettement possible, selon que le projet de réduction des effectifs est individuel (§1) ou collectif (§2) afin d'en mesurer le caractère statutaire et, en conséquence, protecteur du droit du salarié à un emploi.

§ 1 - La procédure de licenciement économique individuel

582 Le licenciement individuel prononcé pour un motif économique est soumis au régime procédural de droit commun.
Lorsque le salarié visé par la mesure de licenciement est protégé en raison de ses fonctions de représentation du personnel, la procédure ci-après dépeinte se cumule avec celle précédemment exposée, ce qui implique d'obtenir l'autorisation de l'inspection du travail.

[1535] *J.O.* du 19 janvier 2005, p.864 et rectificatif au *J.O.* du 27 janvier 2005, p.1411.
Pour une étude d'ensemble de la loi, voir : ◆ P. MORVAN, « Le droit des licenciements pour motif économique après la loi de cohésion sociale (Loi n°2005-32, 18 janvier 2005) », *TPS*, février 2005, p.8-14.
◆ F. HÉAS, « Les principaux apports de la loi de programmation pour la cohésion sociale en matière de licenciement pour motif économique », *JCP*, E, n°7, 17 février 2005, étude, 275, p.270-273.
◆ Le numéro spécial de la revue *Dr. soc.* avril 2005.

583 Tout d'abord, l'employeur doit convoquer le salarié à un entretien préalable. Puis, après un délai minimum de 5 jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre au salarié, l'entretien préalable doit avoir lieu.

584 Au cours de l'entretien, l'employeur est tenu d'indiquer le ou les motifs de la décision envisagée et de recueillir les explications du salarié. En pratique, l'entretien portera sur les motifs de la suppression ou de la modification d'emploi envisagée et sur la recherche d'une éventuelle solution de reclassement du salarié. Par ailleurs, si le salarié en remplit les conditions, l'employeur doit, lors de l'entretien préalable, proposer au salarié de bénéficier d'une convention de reclassement personnalisé [1536] ou d'un congé de reclassement [1537].

585 Ensuite, un délai de réflexion doit être observé par l'employeur entre l'entretien et la notification du licenciement. Depuis l'ordonnance du 24 juin 2004 [1538], la lettre de licenciement ne peut être notifiée avant un délai de sept jours ouvrables [1539].

586 Enfin, l'employeur qui maintient sa décision de réduire ses effectifs doit notifier au salarié son licenciement économique par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

587 Comme pour tout autre licenciement, la lettre doit être précisément motivée. Elle doit énoncer les motifs économiques invoqués par l'employeur. À défaut, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

Cette obligation de motivation de la lettre de licenciement fait l'objet d'un contrôle très strict de la part du juge. Plus précisément, la lettre de licenciement doit énoncer le contexte économique du licenciement (difficultés économiques, mutations technologiques, réorganisation de l'entreprise, cessation d'activité) et sa conséquence précise sur l'emploi ou

---

[1536] Si le salarié travaille dans une entreprise occupant moins de mille salariés (sauf si elle appartient à un groupe français ou de dimension communautaire occupant au moins mille salariés).

[1537] Si le salarié travaille dans une entreprise ou un établissement occupant au moins mille salariés ou dans une entreprise appartenant à un groupe français ou de dimension communautaire occupant au moins mille salariés.

[1538] Publiée au *J.O.* du 26 juin.

[1539] Quinze jours pour le personnel de l'encadrement.

le contrat de travail du salarié concerné par la mesure de licenciement (suppression ou transformation d'emploi).

Répond donc à l'exigence légale de motivation : la lettre de licenciement qui fait état d'une suppression d'emploi consécutive à une restructuration de l'entreprise [1540] ; la lettre de licenciement indiquant une diminution du chiffre d'affaires entraînant une détérioration des résultats et contraignant l'employeur à supprimer l'emploi de directrice administrative [1541] ; la lettre de licenciement qui fait état de la nécessité de sauvegarder la pérennité de l'entreprise en réduisant ses frais généraux et ses effectifs, ainsi que de son incidence sur l'emploi du salarié [1542] ; la lettre de licenciement qui invoque la cessation définitive de l'activité de l'entreprise puisqu'il s'en déduit une suppression de tous les postes de travail [1543].
Par ailleurs, la Cour de cassation juge précisément motivée la lettre de licenciement économique d'un salarié protégé quand elle fait référence à l'autorisation de l'inspection du travail [1544].

[1540] ◆ Cass. soc., 2 mars 1999, n°96-45.027, *Bull. civ.*, V, n°88 ; *RJS* 4/99.

◆ Cass. soc., 17 octobre 2006, n°04-41.083, *RJS* 1/07, n°36.

[1541] Cass. soc., 6 avril 2004, n°01-46.898, *Semaine Sociale Lamy* du 3 mai 2004, n°1167, p.14.

[1542] Cass. soc., 23 mai 2007, n°06-40.233, *RJS* 8-9/07, n°931.

[1543] ◆ Cass. soc., 29 mai 2002, *RJS* 8-9/02, n°959.

◆ Cass. soc., 30 octobre 2002, *RJS* 1/03, n°18.

◆ Cass. soc., 16 mars 2004, n°02-40.633, *CSBP* 2004, n°161, S 241, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 5/04, n°529 : *« La cessation définitive de l'activité de l'entreprise constitue en soi l'énoncé d'un motif économique au sens de l'article L. 321-1 du Code du travail ; La Cour d'appel a exactement décidé que cette motivation satisfait aux exigences posées par l'article L. 122-14-2 du même code »*.

◆ Cass. soc., 28 juin 2006, n°04-45.872, *Semaine Sociale Lamy* du 10 juillet 2006, n°1269, p.15.

◆ Cass. soc., 11 octobre 2006, n°06-40.363, *CSBP* 2007, n °186, S 20, obs. C. CHARBONNEAU.

[1544] ◆ Cass. soc., 12 novembre 2002, *TPS* février 2003, n°70, obs. J.-M. OLIVIER.

◆ Cass. soc., 28 octobre 2003, n°01-46.168, *CSBP* 2004, n°156, S 23 ; *D.* 2004, n°9, p.595, note M. SOULEAU-BERTRAND ; *Dr. soc.* 2004, p.219, obs. J. MOULY ; *RJS* 1/04, n°77 ; *TPS*, janvier 2004, n°12, note J.-M. OLIVIER.

◆ Cass. soc., 25 mai 2004, n°03-42.063, *CSBP* 2004, n°163, A 55, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 8-9/04, n°940 : *« Le seul défaut de mention dans la lettre de l'autorisation administrative de licenciement ne peut avoir pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse »*.

◆ Cass. soc., 5 avril 2005, n°03-44.994, *CSBP* 2005, n°172, A 58, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 6/05,

En revanche, ne constitue pas l'énoncé d'un motif économique précis la simple référence : à la conjoncture économique défavorable, sans indiquer la conséquence sur l'emploi occupé [1545] ; à une baisse d'activité sans en préciser l'incidence sur le poste du salarié [1546] ; à la fermeture d'un dépôt sans autre indication [1547] ; à un nombre d'élèves insuffisant [1548] ; à des difficultés de renouvellement du carnet de commande et la perte de contrats avec des clients impliquant une réduction d'effectif [1549] ; à la perte constante du chiffre d'affaires et à la marge brute dégagée qui ne couvre pas le salaire du salarié licencié [1550] ; à une réduction de l'effectif sans mentionner la conséquence précise des difficultés économiques sur l'emploi du salarié [1551] ; à une restructuration de l'entreprise, sans invoquer

---

n°649.

◆ Cass. soc., 11 juillet 2006, n°04-47.239, *RJS* 11/06, n°1202.

[1545] Cass. soc., 27 novembre 1996, n°95-43.109.

[1546] ◆ Cass. soc., 30 avril 1997, n°94-42.154, *Bull. civ.*, V, n°150 ; *RJS* 6/97, n°675.

◆ Cass. soc., 19 février 2002, *RJS* 6/02, n°670.

◆ Cass. soc., 24 avril 2003, n°00-44.653, *RJS* 7/03, n°864 : En l'espèce, l'employeur s'était borné à indiquer qu'il n'avait pas de travail à assurer à temps complet pour deux personnes.

[1547] ◆ Cass. soc., 21 mai 2002, n°00-41.240.

◆ Cass. soc., 29 octobre 2003, *RJS* 1/04, n°21. En l'espèce, la lettre de licenciement se bornait à faire état de la seule fermeture d'un établissement et non d'une cessation de l'activité de l'entreprise, sans préciser l'incidence de cette décision de l'employeur sur le contrat de travail ou l'emploi du salarié licencié. Le licenciement est alors jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse.

◆ Cass. soc., 21 mars 2006, n°03-47.824, *CSBP* juillet - août 2006, n°182, S 311, obs. F.-J. PANSIER. En l'espèce, la lettre de licenciement se bornait à faire état de la fermeture temporaire (12 mois) de l'établissement pendant les travaux de rénovation, sans autre précision sur la raison économique à l'origine de la suppression d'emploi. Le licenciement est jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse.

◆ Cass. soc., 28 novembre 2006, n°05-40.732, *CSBP* mars 2007, n°188, obs. F.-J. PANSIER ; *RDT* mars 2007, p.175, note P. WAQUET.

[1548] Cass. soc., 19 février 2002, *RJS* 6/02, n°670.

[1549] Cass. soc., 11 juin 2002, n°00-40.625, *CSBP* 2002, n°143, S 371, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2002, p.1022, obs. G. COUTURIER ; *RJS* 8-9/02, n°960 ; *TPS*, octobre 2002, n°302, p.14.

[1550] Cass. soc., 26 juin 2002, n°00-41.371.

[1551] Cass. soc., 5 juin 2001, n°99-42.302, *CSBP* 2001, n°133, S 425.

la suppression ou la transformation d'emploi ou le refus d'une modification du contrat de travail [1552] ; à la « stagnation du chiffre d'affaires, la diminution de la rentabilité des produits vendus et l'inadéquation entre l'évolution de la grande distribution et les structures en place », sans préciser si cette situation économique entraînait une suppression d'emploi, une transformation ou une modification du contrat de travail [1553].

De manière spécifique, dans les entreprises en redressement ou liquidation judiciaire, la lettre de licenciement doit viser l'ordonnance du juge-commissaire ayant autorisé le licenciement économique [1554].

Selon une jurisprudence constante, l'absence d'indication d'un motif précis dans la lettre de licenciement (par exemple, la simple référence à un « licenciement pour motif économique ») équivaut à une absence de motif et rend ainsi le licenciement sans cause réelle et sérieuse [1555].

588 Enfin, soulignons à propos de la lettre de notification du licenciement que l'employeur doit y préciser que le salarié bénéficie d'une priorité de réembauchage durant un délai d'un an à compter de la date de la rupture du contrat de travail [1556]. La méconnaissance par

---

[1552] ◆ Cass. soc., 8 janvier 1997, n°95-40.209.

◆ Cass. soc., 13 septembre 2006, n°05-42.584, *Semaine Sociale Lamy* du 25 septembre 2006, n°1275, p.15.

[1553] Cass. soc., 2 avril 1997, n°94-42.884.

[1554] ◆ Cass. soc., 5 mai 1998, n°95-40.171, *Bull. civ.*, V, n°217 ; *RJS* 6/98, n°713.

◆ Cass. soc., 5 octobre 1999, n°96-40.746, *Bull. civ.*, V, n°367 ; *RJS* 11/99, n°1359.

◆ Cass. soc., 20 juin 2002, *RJS* 10/02, n°1101.

◆ Cass. ass. plen., 24 janvier 2003, n°00-41.741, *CSBP* 2003, n°149, A 21, obs. F.-J. PANSIER, p.16-17 ; *RJS* 4/03, n°435.

◆ Cass. soc., 19 mars 2003, n°01-44.376, *CSBP* 2003, n°151, S 275, obs. C. CHARBONNEAU.

◆ Cass. soc., 31 mars 2004, n°03-40.707, *Semaine Sociale Lamy* du 10 mai 2004, n°1168, p.14.

[1555] Cass. soc., 20 janvier 1993, n°91-41.931, *Bull. civ.*, V, n°17.

[1556] Article L. 122-14-2 alinéa 3 du Code du travail.

l'employeur de cette obligation cause nécessairement au salarié un préjudice que le juge doit réparer par une indemnité [1557].

589 Postérieurement au licenciement, l'employeur doit respecter une dernière étape dans le processus. Il lui incombe, en effet, dans les huit jours de l'envoi de la lettre de licenciement, d'informer par écrit le directeur départemental du travail du licenciement. L'employeur qui contrevient à cette disposition s'expose à une peine d'amende.

590 Le salarié ainsi licencié pour motif économique bénéficie d'un droit au préavis et d'une indemnité légale de licenciement. Le taux de cette dernière, depuis la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, est doublé par rapport à un licenciement fondé sur un motif inhérent à la personne du salarié. De la sorte, le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une indemnité minimum de 2/10ème de mois par année d'ancienneté, auxquels s'ajoute 2/15ème de mois par année d'ancienneté au-delà de dix ans.

Nous discernons au terme de cette présentation de la procédure du licenciement économique d'un seul salarié de l'entreprise que la procédure coïncide fortement avec celle requise pour tout licenciement. Les principales différences tiennent en la tentative de reclassement préalable au licenciement et au taux de l'indemnité légale de licenciement. Les dissemblances sont davantage marquées lorsque l'employeur envisage de se séparer de plusieurs salariés pour une cause économique. En ce cas, il ne s'agit plus seulement de protéger les droits du salarié mais plus largement de préserver l'emploi en imposant le respect d'une procédure renforcée.

§ 2 - Les procédures de licenciement collectif

Le licenciement pour motif économique collectif constitue un problème pour l'emploi. C'est pourquoi, la loi, en imposant des contraintes procédurales à l'employeur, espère le dissuader de recourir aux licenciements. Dans cette optique, la longueur de la procédure varie selon que l'employeur envisage de se séparer de plus (B) ou moins (A) de dix salariés.

[1557] ◆ Cass. soc., 16 décembre 1997, *Bull. civ.*, V, n°442 ; *RJS* 1/98, n°80.
◆ Cass. soc., 15 juin 2004, *RJS* 10/04, n°1026.

A - Le licenciement collectif de deux à neuf salariés

591 Lorsque l'employeur projette de réduire l'effectif de son entreprise en licenciant entre deux et neuf salariés, il doit en premier lieu informer et consulter les représentants du personnel du projet de licenciement [1558].

592 Une fois l'avis recueilli et transmis à la DDTEFP, il y a un retour à la procédure individuelle de droit commun. L'employeur doit donc convoquer séparément les salariés retenus, procéder aux entretiens individuels, puis leur notifier à chacun leur licenciement dans les conditions de droit commun.
À noter, toutefois, que les salariés licenciés collectivement pour motif économique bénéficient de l'aide au reclassement ainsi que de la priorité de réembauchage.

593 Par ailleurs, l'employeur qui a prononcé un licenciement économique comprenant entre deux et neuf salariés doit en informer par écrit le directeur départemental du travail dans les huit jours suivant l'envoi des lettres de licenciement.

Les « petits » licenciements collectifs pour motif économique comprennent donc une phase procédurale supplémentaire par rapport au licenciement individuel intervenant pour ce même motif : la consultation des représentants du personnel. Cette consultation préalable des institutions représentatives se trouve augmentée par le législateur quand l'employeur envisage des licenciements économiques visant un grand nombre de salariés.

B - Le licenciement collectif de dix salariés et plus

594 Pour les « grands » licenciements économiques, c'est à dire visant dix salariés et plus, la procédure est volontairement rendue complexe par le législateur. En effet, ce type de licenciement peut avoir de graves retentissements tant pour l'entreprise que pour l'ensemble

[1558] Exception faite dans les entreprises de moins de onze salariés où la mise en place d'institutions représentatives du personnel n'est pas légalement requise.

du bassin d'emploi. C'est d'ailleurs pour cette raison que dans la plupart des pays européens, l'employeur ne peut librement procéder à de tels licenciements [1559].

En France, la procédure de licenciement collectif de dix salariés et plus est caractérisée par plusieurs spécificités : la procédure de double consultation du comité d'entreprise (1°), la mise en place obligatoire d'un plan de sauvegarde de l'emploi dans les entreprises occupant cinquante salariés et plus (2°), l'intervention de l'administration pour contrôler la régularité de la procédure de licenciement et les mesures instaurées par le plan de sauvegarde de l'emploi (3°) et enfin l'absence d'entretien préalable avec chacun des salariés licenciés (4°).

1° - La procédure de « double » consultation

595 En premier lieu, il existe une procédure de « double » consultation du comité d'entreprise à la fois au titre du livre IV (qui concerne la marche générale de l'entreprise) et au titre du livre III (qui vise les licenciements collectifs) du Code du travail. Le comité d'entreprise doit être consulté sur le projet de licenciement collectif pour motif économique au titre de ces deux séries de dispositions légales. Après avoir été supprimé par la loi de modernisation sociale de 2002, puis rétabli par la loi Fillon du 3 janvier 2003, le principe de la concomitance des consultations des représentants du personnel a été expressément prévu par la loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005. Pour autant, en raison de la consultation au titre du livre III, au minimum deux réunions du comité d'entreprise [1560] sont

[1559] En Allemagne, le conseil d'entreprise dispose d'un droit de veto. En Espagne ou en Belgique, une négociation complexe doit intervenir avec les syndicats. Aux Pays-Bas, une autorisation préalable est en principe nécessaire.

Pour une étude comparée, voir : ◆ Bernard BRUNHES Consultants, « Les conditions du licenciement collectif pour motif économique. Comparaison entre sept pays d'Europe », Rapport au ministre de l'Emploi et de la Solidarité, mai 2002.

◆ « Les licenciements collectifs pour motif économique dans sept pays européens », *Semaine Sociale Lamy* du 30 septembre 2002, n°1091, p.7-11.

[1560] En l'absence de comité d'entreprise, les délégués du personnel se substituent à ces derniers et sont consultés selon les mêmes modalités.

nécessaires. En cas de violation de ces consultations, l'employeur prend le risque de voir la procédure annulée et subséquemment les licenciements eux-mêmes [1561].

La consultation du livre IV porte sur le projet de restructuration ou de réorganisation de l'entreprise à l'origine des licenciements économiques. Le comité d'entreprise doit donc disposer d'informations précises lui permettant d'avoir un avis éclairé. La consultation doit, en effet, permettre une information sur les raisons économiques de la restructuration, sur ses modalités d'application et sur le contexte dans lequel il intervient.

La consultation intervenant au titre du livre III doit, quant à elle, permettre au comité d'entreprise d'émettre un avis sur le projet de restructuration. Cette consultation, nous l'avons susmentionné, requiert au moins deux réunions. Dans ce cadre, l'employeur a l'obligation de transmettre aux membres du comité d'entreprise les raisons financières, économiques ou techniques du projet de licenciement ; le nombre de salariés dont le licenciement est envisagé ; les catégories professionnelles concernées et les critères proposés pour l'ordre des licenciements ; le calendrier prévisionnel des licenciements mais aussi et surtout, quand il occupe cinquante salariés ou plus dans son entreprise, un plan de sauvegarde de l'emploi (dénommé « plan social » préalablement à la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002).

Plan de sauvegarde de l'emploi qui constitue la deuxième spécificité applicable aux seuls licenciements économiques collectifs visant au moins dix salariés.

2 °- Le plan de sauvegarde de l'emploi

596 Le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) constitue la pièce maîtresse du processus de consultation du comité d'entreprise. En dépit de la médiatisation dont il fait régulièrement

[1561] Cass. soc., 14 janvier 2003, n°01-10.239, *CSBP* 2003, n°149, S 171, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2003, p.344, obs. L. MILET ; *Jur. soc.*, mars 2003, p.79. L'irrégularité doit, cependant, avoir été soulevée avant le terme de la procédure, à un moment où celle-ci peut encore être suspendue, et avant que les licenciements aient été notifiés.
Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 7 avril 2004, n°02-17.128, *CSBP* 2004, n°162, S 271, obs. F.-J. PANSIER ; *Jur. soc.* septembre 2004, p.242.

l'objet, il n'est pourtant exigé que dans les entreprises dont le seuil d'effectif atteint ou dépasse cinquante salariés [1562].

597 Le but du PSE est, en premier lieu, de prévenir ou de limiter le nombre de licenciements envisagés par la recherche de solutions alternatives (reclassement interne, création d'activités nouvelles par l'entreprise, réduction ou aménagement de la durée de travail, réduction du volume d'heures supplémentaires, etc.).
Puis, le PSE sert à aménager les conséquences sociales nécessairement engendrées par les licenciements. Il convient absolument d'éviter les situations de chômage. Cet objectif se traduit donc par la recherche approfondie du reclassement externe des salariés, l'aide à la création d'entreprise ou encore la proposition d'actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion. Si l'employeur doit être seul à l'initiative de l'élaboration du PSE, les prospections permettant de prévenir la mise au chômage des salariés se font en concours avec les représentants du personnel, les collectivités territoriales, voire l'Etat.

598 En cas de contentieux, les juges exercent un contrôle fort sur le contenu du PSE. Les propositions qui y sont insérées doivent être précises et concrètes [1563]. Elles doivent également

---

[1562] Ce qui ne représente donc que 20 à 30% de l'ensemble des licenciements économiques. Source : Rapport du COE, « Sécurisation et dynamisation des parcours professionnels », mai 2007, p.82. Disponible à l'adresse Internet : http://www.coe.gouv.fr/IMG/pdf/COE_SPP_-_Rapport_d_etape.pdf.

[1563] ◆ Cass. soc., 16 avril 1996, n°94-11.660, *Bull. civ.*, V, n°164. En l'espèce, la Cour de cassation approuve la décision des juges du fond d'avoir prononcé la nullité du PSE au motif que celui-ci était *« vague et ne contenait aucune référence vérifiable »*.

◆ Cass. soc., 19 mars 2002, *RJS* 7/02, n°801 : *« Relevant que les mesures de reclassement interne et externe envisagées dans le plan social étaient très limitées et ne comportaient pas toujours les précisions nécessaires sur la nature des postes offerts, que les mesures d'aménagement du temps de travail ne comportaient aucune indication sur les postes concernés et le nombre de salariés visés, et que les aides à la création d'entreprise et propositions de préretraite progressives étaient si modestes qu'elles en étaient illusoires, une Cour d'appel a pu décider que le plan social ne répondait pas aux exigences légales »*.

◆ Cass. soc., 28 juin 2006, *RJS* 10/06, n°1052 : *« La Cour d'appel a relevé que le plan social [...] ne comportait aucune indication précise sur le nombre, la nature et la localisation des emplois pouvant être proposés pour un reclassement [...] a pu en déduire que le plan social présenté par l'employeur était insuffisant »*.

À l'inverse : Cass. soc., 5 décembre 2006, *RJS* 02/07, n°210 : *« La Cour d'appel qui a constaté, d'une part, que le plan d'accompagnement stratégique et le plan social soumis au comité d'entreprise précisaient le nombre des emplois qui devaient être supprimés, ainsi que les catégories d'emplois concernées, par service, et d'autre part,*

être pertinentes, c'est à dire de nature à éviter les licenciements ou à en adoucir les conséquences [1564]. Aussi et surtout, la Cour de cassation a posé un principe de proportionnalité au regard des moyens de l'entreprise [1565]. Les mesures constatées par les

que le plan social mentionnait de façon détaillée les postes offerts au reclassement dans l'unité économique et sociale, ainsi que les mutations envisagées au sein du groupe, à l'intention des salariés dont les emplois étaient supprimés, a pu en déduire que ce plan répondait aux exigences légales ».

[1564] ◆ Cass. soc., 30 octobre 2001, n°00-11.925 : Le PSE qui se borne à mentionner l'installation sans autre précision d'une antenne emploi ne répond pas aux exigences de la loi dès lors qu'aucune recherche n'a été entreprise par la société en vue du reclassement de son personnel au sein du groupe dont elle dépendait.

◆ Cass. soc., 28 novembre 2006, n°04-48.798, *CSBP* mars 2007, n°188, A 27, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 2/07, n°211 : *« La Cour d'appel qui a relevé que le plan se bornait, d'une part, à prévoir une commission chargée de centraliser les postes vacants au sein des deux groupes auxquels la société appartient, de mettre en relation les compétences et les offres et d'offrir un conseil à la rédaction de CV et, d'autre part, à renvoyer les salariés à la consultation d'une liste de postes disponibles, sans organiser de façon plus concrète les mesures de reclassement, ni préciser le nombre, la nature et la localisation des emplois offerts à ce titre, a pu décider que le plan ne satisfaisait pas aux exigences de l'article L. 321-4-1 du Code du travail ».* **En sens contraire** : Cass. soc., 21 mai 2002, n°00-40.364, *Semaine Sociale Lamy* du 10 juin 2002, n°1079, p.15 : *« Répond aux exigences légales un plan social qui comporte des mesures précises et concrètes destinées tout à la fois à éviter les licenciements* (tels que recensement des CDD et missions d'intérim, possibilités de mutations et de travail à temps partagé ou à temps partiel) *et à permettre le reclassement interne et externe des salariés dont le licenciement ne pouvait être évité »* .

[1565] Exemples : ◆ Cass. soc., 30 septembre 1997, n°94-45.385, *Bull. civ.*, V, n°298 ; *Dr. soc.* 1997, p.1103, note G. BÉLIER ; *RJS* 11/97, n°1227. En l'espèce, le PSE comportait des mesures de reclassement interne, des mesures de reclassement externe et la société avait, en outre, étudié l'organisation du travail à mi-temps mais n'avait pu la retenir pour des raisons de charge financière. En conséquence, la Cour de cassation juge qu'il peut être décidé que l'entreprise avait satisfait à son obligation de reclassement.

◆ Cass. soc., 12 novembre 1997, n°95-16.947, *Bull. civ.*, V, n°368 ; *RJS* 1/98, n°17. En l'espèce, la société était en redressement judiciaire. Les juges réduisent donc les obligations pesant sur l'entreprise.

◆ Cass. soc., 18 novembre 1998, n°96-22.343, *Bull. civ.*, V, n°501 ; *Dr. soc.* 1999, p.98, obs. F. GAUDU ; *RJS* 1/99, n°30. Pour juger valable le PSE d'une société, la Cour de cassation considère que les juges du fond peuvent tenir compte du fait que la société, qui connaissait une situation financière préoccupante, appartenait à un groupe dont le secteur d'activité principal était soumis à une concurrence aiguë entraînant d'importantes restructurations.

◆ Cass. soc., 23 juin 2004, *RJS* 10/04, n°1020 : *« Si l'employeur doit prévoir, dans le plan social, des mesures propres à assurer le reclassement des salariés dans l'entreprise ou dans le groupe dont elle relève, cette obligation doit être appréciée en fonction des moyens dont il dispose ; la Cour d'appel ayant constaté […] qu'il n'existait pas de postes disponibles pour reclasser des salariés dans l'entreprise ou dans le*

juges du fond doivent ainsi être appréciées au regard de la situation concrète de l'entreprise et du groupe auquel elle est éventuellement intégrée [1566]. La solution est aujourd'hui codifiée à l'article L. 321-4-1 du Code du travail.

599 Le PSE constitue donc pour une large part un plan de reclassement qui prolonge l'obligation individuelle de reclassement sans s'y substituer [1567]. Pour autant les sanctions encourues ne sont pas similaires. En effet, nous avons antérieurement étudié que l'obligation individuelle de reclassement fait partie de la justification du licenciement. Aussi en cas de violation de cette dernière ou de portée insuffisante, le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse. Bien différente est la situation lorsque l'employeur ne présente pas de plan de sauvegarde de l'emploi aux représentants du personnel ou en expose un dont la consistance est chiche. En effet, en ce cas, **la procédure de licenciement est nulle**. La procédure engagée n'ayant aucun effet, le processus doit être repris au départ [1568]. Or, il arrive parfois que la nullité du PSE soit prononcée postérieurement à la notification des licenciements. Depuis

---

groupe, malgré les recherches de l'employeur, en a exactement déduit que la nullité du plan social ne pouvait être prononcée à ce titre ».

À l'inverse : Cass. soc., 8 novembre 2006, n° 04-48.798, *CSBP* mars 2007, n°188, A 27, obs. C. CHARBONNEAU; *RJS* 1/07, n°38 : *« Après avoir analysé l'ensemble des dispositions contenues dans le plan social et relevé, notamment, que les mesures mises en œuvre pour limiter le nombre des licenciements étaient dérisoires au regard des moyens du groupe auquel appartient l'entreprise, qu'à l'exception de cinq postes créés aucune mesure concrète ne permettait le reclassement interne des salariés, que les postes disponibles au sein du groupe n'étaient pas décrits, que les missions exactes du cabinet spécialisé en vue de reclassements externes n'étaient pas précisées et que toute recherche active individuelle était en fait exclue, la Cour d'appel a pu décider que le plan de sauvegarde de l'emploi ne répondait pas aux exigences légales et, partant, était nul »*.

[1566] Cass. soc., 11 mai 2005, n°03-41.382, *CSBP* 2005, n°173, S 323, obs. F.-J. PANSIER.

[1567] ◆ Cass. soc., 14 janvier 2004, n°02-46.678, *CSBP* 2004, n°159, S 170, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 3/04, n°296 ; *TPS*, mars 2004, n°74 : *« Il appartient à l'employeur, même lorsqu'un plan social a été établi, de rechercher s'il existe des possibilités de reclassement, prévues ou non dans le plan social »*.

◆ Cass. soc., 2 février 2005, n°02-46.124, *Semaine Sociale Lamy* du 14 février 2005, n°1202, p.15.

◆ Cass. soc., 7 décembre 2005, *RJS* 3/06, n°324.

[1568] Cass. soc., 10 février 2004, n°02-40.182, *CSBP* 2004, n°160, S 201, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 4/04, n°399 : *« Lorsqu'une première procédure de licenciement a été annulée, en raison de l'insuffisance du plan social, la procédure de consultation des représentants du personnel sur un nouveau plan établi par l'employeur doit être entièrement reprise sous peine de nullité de la procédure de licenciement »*.

1997 et son arrêt « La Samaritaine », la Cour de cassation estime que *« la nullité qui affecte le plan social* [aujourd'hui PSE] *s'étend à tous les actes subséquents, en particulier aux licenciements prononcés par l'employeur qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif »* [1569]. **Les licenciements subséquents à un PSE absent ou insuffisant sont donc jugés nuls**. Cette jurisprudence constante [1570] a trouvé sa consécration dans la loi [1571].

600 La nullité du licenciement génère, pour les salariés, un droit à être indemnisés [1572] et réintégrés dans leur ancien emploi ou dans un emploi équivalent [1573]. En effet, les contrats de travail sont considérés comme n'ayant jamais été rompus [1574]. Les possibilités de réintégration doivent alors être recherchées au niveau de l'entreprise, sans pour autant s'étendre jusqu'au périmètre du groupe [1575].

[1569] Cass. soc., 13 février 1997, n°96-41.874, *Bull. civ.*, V, n°64 ; *CSBP* 1997, A 22, obs. A. PHILBERT ; *Dr. soc.* 1997, p.249 avec les conclusions de l'avocat général P. DE CAIGNY ; *JCP*, G, 1997, II, 22 843, obs. F. GAUDU ; *RJS* 3/97, n°268 et 269 ; J.-E. RAY, « Comment lire les arrêts La Samaritaine », *Liaisons sociales magazine*, mars 1997, p.50 ; T. GRUMBACH, « Encore une fois sur les arrêts La samaritaine et la prescription des actions en justice », *Dr. soc.* 1997, p.341 ; P.-H. ANTONMATTÉI, « La nullité du licenciement pour motif économique consécutive à la nullité du plan social », *RJS* 3/97, p. 155.

[1570] Voir notamment : Cass. soc., 3 juillet 2003, *Bull. civ.*, V, n°225 ; *RJS* 10/03, n°1141.

[1571] Article L. 122-14-4 alinéa 1 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 18 janvier 2005.

[1572] Selon la Cour de cassation, le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration dans la limite du montant des salaires dont il a été privés : Cass. soc., 3 juillet 2003, n°01-44.522, *Bull. civ.*, V, n°214 ; *CSBP* 2003, n°154, S 411, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2004, n°3, p.180, obs. B. REYNÈS ; *RJS* 10/03, n°1141.

[1573] Cass. soc., 30 mars 1999, n°97-41.013, *Bull. civ.*, V, n°144.

[1574] Le salarié dont le licenciement est nul et qui ne demande pas sa réintégration a droit aux indemnités de rupture et à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal à celui prévu par l'article L. 122-14-4 du Code du travail, réparant intégralement le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement : Cass. soc., 27 juin 2000, n°98-43.439, *Bull. civ.*, V, n°250.

[1575] Cass. soc., 15 février 2006, n°04-43.282, *CSBP* mai 2006, n°180, A 28, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. ouvrier*, juillet 2006, p.350, note B. LARDY-PÉLISSIER ; *Dr. soc.* mai 2006, p.570, obs. M. GREVY ; *JCP*, S, n°10 du 7 mars 2006, 1180, note P. MORVAN ; *JCP*, G, n°17 du 26 avril 2006, jurisprudence, 10 068, note

601 La loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005, tout en maintenant ce droit à réintégration, est venue l'assouplir. En effet, désormais, l'employeur peut se délier de l'obligation de réintégration en alléguant l'impossibilité matérielle de la réintégration du salarié notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site mais aussi du fait de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié. Si la fermeture de l'établissement ou du site est aisée à démontrer [1576], il en va différemment pour l'absence d'emploi disponible. Selon la Cour de cassation, l'employeur ne peut se défaire de son obligation de reclassement qu'en établissant une impossibilité matérielle absolue de réintégrer le salarié [1577].

Par ailleurs, en raison de l'adverbe « notamment », l'employeur peut invoquer d'autres situations pour prouver l'impossibilité d'une réintégration. Il en va ainsi du fait, pour des

---

D. CORRIGNAN-CARSIN ; *RJS* 4/06, n°416.

Il convient donc de distinguer le cadre d'appréciation de l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur préalablement au licenciement pour motif économique et celui de l'obligation de réintégration pour nullité du PSE. Les possibilités de reclassement du salarié doivent être recherchées au niveau de l'entreprise, de l'UES ou du groupe auquel appartient l'entreprise, alors que les possibilités de réintégration suite à la nullité du PSE doivent être recherchées uniquement au niveau de l'entreprise.

[1576] Cass. soc., 15 juin 2005, n°03-48.094, *CSBP* 2005, n°174, S 361, obs. H. GILLIER ; *JCP*, S, n°2 du 5 juillet 2005, 1035, note P.-Y. VERKINDT ; S. BÉAL et M.-N. ROUSPIDE, *JCP*, E, n°40 du 6 octobre 2005, 1462, p.1658-1660 ; *RJS* 8-9/05, n°826 : *« La Cour d'appel a constaté que la société avait cessé définitivement son activité et que ses actifs industriels avaient été vendus ; ayant ainsi fait ressortir que l'entreprise avait disparu, elle a pu en déduire que la réintégration, demandée dans les seuls emplois que les salariés occupaient dans cette entreprise avant leurs licenciements, était devenue matériellement impossible »*.

[1577] Ainsi, ne rend pas matériellement impossible la réintégration du salarié : ◆ La suppression du poste qu'occupait le salarié avant son licenciement : Cass. soc., 13 juillet 1993, n°90-41.279.

◆ La cessation de publication des revues au sein desquelles le salarié licencié était journaliste : Cass. soc., 8 juillet 1997, n°94-43.351, *Bull. civ.*, V, n°250.

salariés, de s'être rendus coupables envers leur société de concurrence déloyale [1578] ou de la mise à la retraite du salarié après son licenciement [1579].

Le PSE, particularité réservée aux licenciements économiques collectifs de plus de dix salariés dans des entreprises occupant au moins cinquante salariés, constitue donc une pièce charnière dans le processus. Une autre spécificité inhérente uniquement aux « grands » licenciements économiques doit être relevée. Il s'agit de l'intervention de l'administration qui contrôle le respect de la procédure de licenciement et des mesures proposées dans le plan de sauvegarde de l'emploi.

3°- L'intervention de l'administration

602 Depuis 1986, l'administration n'est plus saisie par les employeurs des demandes d'autorisation de licenciement. Dès lors, elle n'a plus pour fonction de contrôler la réalité et le sérieux du motif économique. Pour autant, elle n'a pas perdu tout rôle dans les grands licenciements économiques. En effet, au plus tôt le lendemain de la date prévue pour la première réunion du comité d'entreprise, l'employeur doit notifier, par lettre recommandée, le projet de licenciement au directeur départemental du travail. Ce dernier doit alors vérifier que la procédure de licenciement est scrupuleusement suivie. En outre, s'il n'expertise plus le motif économique de licenciement, le directeur départemental du travail opère un véritable contrôle de conformité sur le contenu du PSE, voire émet des propositions afin que les mesures de reclassement qui y figurent soient « adaptées et consistantes ». Pour remplir sa mission, il dispose d'un délai qui varie selon l'importance du licenciement envisagé. Ce délai oscille entre vingt et un et trente-cinq jours.

603 Le directeur départemental est également informé à l'issue de la deuxième réunion du comité d'entreprise. En effet, à ce moment l'employeur doit lui faire parvenir les procès-verbaux des réunions comportant les avis, suggestions et propositions du comité d'entreprise

---

[1578] Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-46.479, *CSBP* 2003, n°154, A 51, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 2004, n°25, p.1761, note M. JULIEN ; *TPS*, octobre 2003, n°322.

[1579] Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-43.717, *CSBP* 2003, n°154, S 412, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 2004, n°3, p.179, obs. B. REYNÈS ; *RJS* 10/03, n°1146.

ainsi que les éventuelles modifications intervenues dans le calendrier prévisionnel des licenciements ou dans le plan de sauvegarde de l'emploi. C'est également à cette étape de la procédure que l'employeur doit communiquer la liste nominative des salariés dont le licenciement économique est envisagé.

Une fois cette liste communiquée, au terme d'un délai d'attente variable, l'employeur peut notifier individuellement les licenciements économiques. C'est ici la dernière spécificité qui doit être relevée à propos des « grands » licenciements collectifs : il n'existe pas de phase d'entretien préalable avec chaque salarié, et ce contrairement à toutes les autres procédures étudiées.

4° - L'absence d'entretien préalable au licenciement

604 L'employeur peut adresser une lettre de notification du licenciement aux salariés concernés sans les avoir reçus au préalable personnellement. Le législateur considère ici que les droits des salariés ont été suffisamment préservés par le biais des diverses et multiples consultations des représentants du personnel.

605 Le licenciement doit alors être notifié individuellement à chaque salarié par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception. Cette lettre doit énoncer la cause économique à l'origine du licenciement ainsi que son effet sur l'emploi du salarié licencié. En outre, cette lettre doit informer le salarié de ses droits en matière de droit individuel à la formation et mentionner la priorité de réembauchage dont peut bénéficier le salarié et ses conditions de mise en œuvre. Elle doit, enfin, contenir l'indication du délai de douze mois pour contester devant les tribunaux la régularité ou la validité du licenciement. En effet, la loi du 18 janvier 2005 est venue réduire ces délais de recours contentieux.

606 Une fois le licenciement notifié, le salarié bénéficie d'un droit au préavis et à une indemnité de licenciement. Comme pour tous les autres licenciements intervenant pour un motif économique, le taux de l'indemnité légale de licenciement est doublé par rapport à un licenciement inhérent à la personne du salarié.

607 Nous parvenons à présent au terme de l'exposé de la procédure de licenciement requise quand un motif économique fonde la décision. Nous appréhendons clairement que les règles en vigueur ont pour objectif affiché de limiter le nombre de suppressions d'emploi et, à défaut, d'atténuer les conséquences sociales qui en découlent. Tout comme les règles relatives à l'exigence d'une cause économique réelle et sérieuse (laquelle est renforcée par une obligation de tentative de reclassement préalable du salarié), **les garanties procédurales et indemnitaires attachées au motif économique ont pour but de faire du licenciement l'ultime remède**. Ceci est d'autant plus marqué quand la réduction d'effectif vise un grand nombre de salariés. L'employeur ne peut « répudier » un, plusieurs, voire l'ensemble de ses salariés que s'il se trouve dans l'impossibilité de prendre une autre mesure que le licenciement. Il ne s'agit pas, pour les représentants du personnel, le juge ou l'administration, de se substituer au pouvoir de gestion de l'employeur mais de s'assurer, par le biais d'un processus de licenciement, plus ou moins long, qu'aucune solution alternative ne pouvait être envisagée. Les législateurs successifs ont voulu, en instaurant ces règles processuelles et financières particulières au licenciement économique, dissuader les employeurs de céder à la facilité en décidant trop vite des compressions d'effectifs et donc des licenciements.

Conclusion du Chapitre

Ce chapitre nous a permis de démontrer que **l'évolution des règles de procédure relatives au licenciement répond principalement à deux types de préoccupations. Les premières touchent assurément à l'emploi et les secondes visent le respect de la personne par la sauvegarde de ses libertés et droits fondamentaux**.

608 Tout d'abord, concernant l'emploi, depuis 1973, l'objectif affiché est de tenter de prévenir le risque de licenciement qui doit être la mesure ultime. Et ce, indistinctement du motif qui le fonde, de la taille de l'entreprise ou de l'ancienneté du salarié.
En premier lieu, il s'agit, préalablement à toute décision définitive, d'obliger l'employeur à rencontrer son salarié afin de tenter d'échapper au licenciement. Le législateur donne alors toute sa force à la rencontre humaine et à l'expression orale. Rencontre qui, à titre exceptionnel, se déroule avec les représentants du personnel quand le licenciement pour motif économique concerne dix salariés ou plus.
Puis, plus spécifiquement, le législateur impose à l'employeur d'établir un plan qui permette de « sauvegarder l'emploi », c'est à dire d'éviter les licenciements économiques ou, tout le moins, d'en limiter le nombre.
Enfin, le coût du licenciement ambitionne de dissuader l'employeur de prononcer un licenciement.

609 Ensuite, les garanties procédurales visent à assurer le respect des droits fondamentaux du salarié.
Telle est ainsi la logique inhérente à la protection statutaire dont bénéficient les salariés protégés en raison des fonctions représentatives qu'ils exercent. Le licenciement ne doit jamais révéler une mesure discriminatoire à leur égard. C'est pour s'en assurer qu'existe une procédure exceptionnelle et exorbitante du droit commun faisant nécessairement appel à l'inspection du travail.
C'est également la volonté de protéger les droits fondamentaux du salarié qui a conduit le législateur à enserrer le licenciement disciplinaire dans un cadre temporel strict.
Enfin, la protection des droits fondamentaux du salarié se traduit par l'exigence généralisée à tous les licenciements d'une motivation précise de la lettre de notification. En ce cas, la garantie procédurale permet de préparer l'éventuel contentieux de la cause réelle et sérieuse.

610 Le constat est donc celui d'une complexité des règles de procédure. La question qui se pose alors est de connaître leur efficacité. Toutes les règles précédemment exposées atteignent-elles les buts qu'elles se sont fixés ?
Force est de reconnaître, liminairement, que la Cour de cassation exerce un contrôle rigoureux du respect de ces diverses prescriptions en n'hésitant pas à les sanctionner en de nombreux cas comme des règles de fond, voire à prononcer la nullité de la procédure.

D'une part, concernant la protection de l'emploi, il est toujours difficile de mesurer l'efficacité économique d'une norme juridique. Il n'en demeure pas moins que les règles procédurales sont souvent présentées comme un long et douloureux processus dont l'issue est, quoi qu'il en soit, connue dès le début. La phase d'entretien préalable ne constituerait qu'une protection illusoire contre le licenciement.
Quant aux PSE, dont le but est précisément d'éviter des conséquences trop désastreuses pour l'emploi, les statistiques démontrent qu'ils sont à la fois inefficaces et iniques. En effet, outre qu'ils ne sont requis que dans un nombre limité de cas [1580], il apparaît qu'ils interviennent souvent trop tard pour éviter des licenciements [1581]. En sus, ils ne font malheureusement que rarement la preuve de leur efficience [1582]. Puis, ils se révèlent injustes car dépendant pour une large part de la taille de l'entreprise (ou du groupe) dans laquelle ils opèrent [1583].

[1580] Le PSE n'est obligatoire que dans les entreprises d'au moins cinquante salariés envisageant de licencier dix salariés ou plus. Ils ne constituent donc que la partie émergée de l'iceberg.

[1581] Pour près de 50% des PSE recensés par la DARES, les entreprises sont déjà en redressement ou liquidation judiciaire : Premières informations de la DARES, n°28-2 de juillet 2006. Rapport disponible à l'adresse suivante : http://www.travail.gouv.fr/IMG/pdf/2006.07-28.2.pdf.

[1582] Un an après la mise en œuvre du PSE, la DARES constate que pour un peu moins de la moitié des salariés licenciés, aucune solution n'a été trouvée. Ils sont toujours en recherche d'emploi ou n'ont obtenu qu'un CDD ou une mission d'intérim de moins de six mois : Premières informations de la DARES, n°28-2 de juillet 2006 précité.

[1583] Le rapport de la DARES fait apparaître d'importants écarts selon la taille de l'entreprise et son appartenance ou non à un groupe. De manière schématique, un salarié licencié par une grande entreprise aura nettement plus de chances d'être par exemple reclassé en interne ou de bénéficier d'une préretraite totale. La DARES relève ainsi que *« les salariés ne bénéficient pas des mêmes mesures malgré un dispositif dont l'objectif principal est de les accompagner. Ils n'ont pas les mêmes chances de reclassement »* : Premières informations de la DARES, n°28-2 de juillet 2006 précité.

Enfin, concernant les coûts directs du licenciement, ils s'avèrent ne pas être particulièrement élevés en France par rapport aux autres pays, y compris lorsque le licenciement est mu par un motif économique. Ce faisant, le coût ne peut remplir réellement son rôle de dissuasion du licenciement.

D'autre part, relativement à la protection des droits fondamentaux du salarié, nous avons fait part antérieurement de nos doutes quant à la protection réelle générée par une interprétation jurisprudentielle extrêmement rigoureuse de l'exigence d'une motivation précise de la lettre de notification du licenciement. Selon nous, cette jurisprudence, au louable dessein d'objectiver la motivation de la lettre de licenciement, aboutit de manière perverse à créer un contentieux de la motivation de la part de salariés avisés.

611 La question qui se pose aujourd'hui est donc de savoir si législateurs successifs et magistrats ne sont pas allés trop loin dans la « procéduralisation » du licenciement ?

Selon deux rapports rédigés par des économistes [1584], une réponse positive s'impose. C'est également ce diagnostic qui a conduit, depuis mai 2007, le gouvernement à saisir les partenaires sociaux dans le cadre du processus de délibération sociale [1585]. Et ce, afin qu'ils négocient, notamment, une réforme des modalités de rupture du contrat de travail. Selon le document d'orientation sur la modernisation du marché et la sécurisation des parcours professionnels [1586], l'objectif affiché est de parvenir à concilier la garantie des droits individuels des salariés avec la sécurisation des procédures pour l'entreprise. À ce titre, plusieurs options sont explorées. En particulier, il convient de mieux prévenir les procédures de licenciement. Puis, de développer les procédures alternatives à la saisine du juge et rendre

---

[1584] ◆ O. BLANCHARD et J. TIROLE, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La Documentation française, 2003.

◆ P. CAHUC, *Pour une meilleure protection de l'emploi*, Centre d'Observation Economique - CCIP, juin 2003.

Dans le même sens, voir B. BRUNHES (Président du conseil de surveillance, Bernard Brunhes Consultants), « Le droit du licenciement collectif : les humeurs d'un praticien », *Dr. soc.* janvier 2003, p.40-43.

[1585] La loi du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social oblige en effet le gouvernement à saisir les partenaires sociaux avant de pouvoir légiférer dans le domaine social.

[1586] Document transmis le 18 juin 2007 aux partenaires sociaux par le Premier ministre et disponible à l'adresse suivante : http://www.wk-rh.fr/actualites/upload/social_actu492_doc_emploi.pdf.

plus prévisible les conséquences de son intervention. Enfin, un réexamen du régime des indemnités de licenciement est envisagé.

Quelles que soient les mesures qui seront retenues [1587], il conviendra, comme en d'autres aspects du droit du licenciement, de **vérifier que les garanties procédurales et indemnitaires du licenciement assurent un équilibre entre, d'une part, la liberté d'entreprendre de l'employeur** (et donc sa liberté de rompre le contrat de travail) **et, d'autre part, à la fois le droit à l'emploi et la nécessaire protection des droits fondamentaux du salarié**. En effet, comme nous allons dorénavant l'étudier, le droit du licenciement, y compris en ses règles de forme, influence fortement tous les autres modes de rupture du contrat de travail, et subséquemment le droit du travail en son ensemble.

[1587] Voir également : ◆ les propositions émises par le rapport d'étape du Conseil d'Orientation pour l'Emploi de mai 2007 relatif à la « Sécurisation et dynamisation des parcours professionnels », sp. p.99-101. Rapport disponible à l'adresse suivante : http://www.coe.gouv.fr/IMG/pdf/COE_SPP_-_Rapport_d_etape.pdf.

◆ les réflexions contenues dans l'avis du Conseil Economique et Social sur la sécurisation des parcours professionnels du 30 mai 2007. Avis présenté par E. ARNOULT-BRILL disponible sur Internet à l'adresse suivante : http://www.conseil-economique-et-social.fr/ces_dat2/2-3based/base.htm.

CHAPITRE II

L'évolution du régime procédural et indemnitaire des autres modes de rupture du contrat de travail

612 Pendant longtemps, la rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme. En effet, dans la tradition civiliste, le contrat de louage de services doit pouvoir être rompu sans forme imposée ni procédure préalable. Or, nous avons précédemment mis en lumière qu'à partir de la loi du 13 juillet 1973, cette logique se trouve totalement bouleversée concernant le licenciement. À compter de cette date, les garanties procédurales et indemnitaires au profit du salarié licencié n'ont eu cesse d'être consolidées.

La question qui se pose dès lors est de savoir si l'instauration d'une telle protection formelle en matière de licenciement a ou non influencé le régime des autres modes de rupture du contrat de travail, en particulier ceux issus du droit commun des obligations.

Au terme d'une évolution de plus d'un tiers de siècle, la réponse est sans ambiguïté. Quel que soit le mode de rupture mis en œuvre, un dénominateur commun peut être relevé : chaque fois **que des garanties procédurales ont été créées spécifiquement pour le licenciement, elles ont ensuite été étendues, par la loi et/ou une interprétation jurisprudentielle favorable, à des modes de rupture ne recevant pas cette qualification, voire à certains modes de rupture ne relevant pas de l'expression du droit de résiliation unilatérale de l'employeur.** Le droit statutaire du licenciement a ainsi absorbé en grande partie l'absence originelle de formalisme de la rupture du contrat de travail (Section 1).
Seule la rupture du contrat de travail dont le salarié est l'auteur exclusif demeure libre, c'est à dire affranchie de l'emprise de tout régime procédural et indemnitaire (Section 2). Ce faisant, la dissymétrie antérieurement soulignée concernant la justification de l'acte de rupture, se révèle encore accentuée en la matière.

Section 1 - La rupture du contrat de travail par l'employeur assujettie au régime procédural et indemnitaire du licenciement

Le régime procédural et indemnitaire créé initialement au profit du seul salarié faisant l'objet d'un licenciement a progressivement marqué son emprise sur tous les autres modes de rupture du contrat de travail où l'employeur émet la volonté de rompre. Cependant, cette influence est plus ou moins forte selon la qualité du salarié.

En effet, **lorsque le salarié est protégé en raison de son mandat de représentation du personnel**, la jurisprudence opte pour une application maximale du statut protecteur mis en place à propos du licenciement. Afin d'être réellement efficace, le statut ne doit pouvoir être évincé ou rendu impuissant. Aussi, **la logique contractuelle est-elle délaissée au profit de la logique statutaire**. La jurisprudence exige que la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun instaurée par la loi en cas de licenciement soit mise en œuvre quelle que soit la forme de la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé (§1).

Quand le salarié n'exerce pas de mandat de représentation du personnel, les enjeux ne sont pas les mêmes. Il s'agit moins de défendre l'intérêt collectif des travailleurs que d'assurer une protection individuelle au salarié au moment de la rupture du contrat de travail. C'est la raison pour laquelle, la loi et/ou la jurisprudence ont appliqué de manière plus ou moins prégnante le régime procédural et indemnitaire du licenciement à des modes de rupture ne recevant pas cette qualification, voire ne résultant pas de l'exercice par l'employeur de son droit de résiliation unilatérale (§2).

§ 1 - La rupture par l'employeur du contrat de travail d'un salarié protégé absorbée par le régime procédural et indemnitaire du licenciement

613 Le statut créé au bénéfice des salariés exerçant un mandat représentatif ou syndical ne protège pas seulement l'intérêt du salarié dont le contrat de travail est menacé mais des

intérêts collectifs. C'est la raison pour laquelle, le statut doit l'emporter sur le pouvoir de l'employeur de rompre le contrat de travail, et ceci peu important la durée du contrat de travail ou le moment où la rupture intervient. Le statut protecteur prévaut sur toutes les autres règles de rupture qu'elles soient d'origine travailliste ou civiliste.
Ainsi, la procédure protectrice étudiée antérieurement à propos du licenciement des salariés protégés doit être respectée par l'employeur qui rompt le contrat de travail pendant la période d'essai (A), met le salarié à la retraite (B), voire fait cesser la relation de travail d'un commun accord avec le salarié protégé (C). Et ce, quand bien même le contrat de travail est à durée déterminée (D). Seule la force majeure semble permettre à l'employeur de s'exonérer du respect de la procédure protectrice préalable (E).

614 Mais avant d'examiner chacun de ces modes de rupture, rappelons que la protection s'étend à tous les salariés protégés en raison de leur mandat électif ou syndical. Il s'agit des salariés qui demandent l'organisation d'élections professionnelles, des salariés qui s'y portent candidats mais également de tous les salariés titulaires d'un mandat représentatif ou syndical. Sont ainsi visés les délégués du personnel, les membres du comité d'entreprise, les membres du CHSCT, les délégués syndicaux, les conseillers prud'hommes, les administrateurs salariés des organismes de Sécurité sociale, les salariés exerçant les fonctions de « conseiller du salarié » mais également les candidats à toutes ces fonctions et les anciens titulaires de ces fonctions. La protection spéciale est applicable pendant les mêmes délais que pour les salariés licenciés.

A - La rupture de la période d'essai

615 Par principe, la rupture de la période d'essai est libre. Elle n'a pas à être motivée par l'employeur. Elle n'est pas davantage soumise à une procédure préalable. La question qui se pose ici est donc de savoir si le fait que le salarié soit protégé oblige l'employeur à mettre en œuvre la protection exceptionnelle requise en cas de licenciement.

Cette question peut paraître théorique et avec une importance pratique limitée dès lors que, compte tenu de la condition d'ancienneté généralement requise pour être titulaire de mandats donnant lieu à protection, il est relativement rare qu'un salarié en période d'essai puisse être concerné. Toutefois, cette condition d'ancienneté ne s'applique pas aux salariés tels que les conseillers du salarié ou les médecins du travail qui exercent des missions générales de protection. De la même façon, il convient d'observer que la loi n'exige pas dans

tous les cas, pour les mandats électifs ou désignatifs, une condition d'ancienneté minimale et que certaines dérogations à la condition d'ancienneté peuvent être accordées.

616 Par un revirement [1588] en date du 26 octobre 2005, la Chambre sociale de la Cour de cassation a posé comme principe que : *« les dispositions législatives et réglementaires qui assurent une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun à certains salariés, en raison du mandat ou des fonctions qu'ils exercent dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs, s'appliquent à la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur pendant la période d'essai »* [1589].

L'employeur doit donc demander l'autorisation à l'inspecteur du travail pour rompre la période d'essai d'un salarié protégé. Cette solution vaut pour tous les salariés quelle que soit leur mission. À défaut d'autorisation, la rupture de l'essai est nulle.

Comme le souligne l'avocat général, M. DUPLAT, cet arrêt se justifie notamment au regard de la finalité de la procédure d'autorisation administrative. Cette procédure a pour objet essentiel de vérifier l'existence d'un lien entre la rupture et l'exercice normal de ses fonctions par le salarié protégé. Il n'y a donc pas de raison de ne pas vérifier cette absence de lien pendant la période d'essai [1590]. En outre, le statut protecteur ne protège pas seulement l'intérêt du salarié dont le contrat de travail est menacé mais l'intérêt collectif de la communauté de travail. **Le statut l'emporte donc sur le pouvoir de l'employeur d'apprécier les résultats de l'essai.**

[1588] Antérieurement, voir :
- Cass. soc., 13 mars 1985, *Bull. civ.*, V, n°160.
- Cass. soc., 20 juillet 1987.

[1589] Cass. soc., 26 octobre 2005, n°03-44.751 et 03-44.585, *Bull. civ.*, V, n°306 ; *CSBP*, février 2006, n°177, S 80 et S 81, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2006, n°2 du 12 janvier 2006, jurisprudence, p.115, note J. MOULY ; *JCP*, E, n°49 du 8 décembre 2005, 1801, note D. BOULMIER ; *JCP*, S, n°26-27 du 20 décembre 2005, jurisprudence, 1444, note J.-Y. FROUIN ; *JCP*, G, n°1-2 du 11 janvier 2006, 10 003, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *Jur. soc.*, septembre 2006, p.278 ; *RJS* 1/06, n°63.
Ce faisant, la Chambre sociale rejoint la position de la Chambre criminelle : Cass. crim., 5 novembre 1974, *Bull. crim.*, n°313 et Cass. crim., 2 février 1982, n°81-91.352, *Bull. crim.*, n°38.

[1590] J. DUPLAT, « Le statut protecteur prime sur le principe de la libre rupture de l'essai », avis de l'avocat général à la Chambre sociale de la Cour de cassation à propos de l'arrêt Cass. soc., 26 octobre 2005 (n°03-44.585 et 03-44.751), *Semaine Sociale Lamy* du 7 novembre 2005, n°1235, p.13.

C'est cette même logique de protection de l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qui conduit à faire application du statut protecteur au mode de rupture se situant à l'autre extrémité du contrat de travail : la mise à la retraite d'un salarié protégé.

B - La mise à la retraite

617 Dans un arrêt du 5 mars 1996 [1591], la Chambre sociale précise explicitement pour la première fois que **l'employeur qui envisage de mettre à la retraite un salarié protégé est tenu de respecter dans tous les cas la procédure spéciale de licenciement**.

Toute mise à la retraite est donc soumise à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail [1592]. Ce dernier doit alors vérifier l'absence de discrimination ainsi que le manque de lien entre la demande d'autorisation et le mandat de l'intéressé [1593].

La jurisprudence n'a, depuis lors, jamais modifié sa position [1594].
En l'absence d'autorisation administrative, la rupture du contrat de travail est nulle [1595]. Cette

---

[1591] Cass. soc., 5 mars 1996, *Bull. civ.*, V, n°84 ; *Dr. soc.* 1996, p.537, obs. M. COHEN ; *JCP*, 1996, E, I, 597, n°19, note A. CHEVILLARD, p.440 ; *JCP*, G, 1996, II, 22 631, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *RJS* 4/96, n°422, p.255 : « *La protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun instituée par le législateur au profit de salariés investis de fonctions représentatives, interdisant à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la rupture du contrat de travail, s'applique lorsque le salarié est mis à la retraite, même si les conditions sont remplies* ».

[1592] Et ce, quel que soit le statut de l'entreprise qui emploie le salarié protégé : Cass. soc., 12 juillet 2006, n°04-48.351, *CSBP* décembre 2006, n°185, S 476, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, S, n°40 du 3 octobre 2006, 1782, note J.-Y. KERBOURC'H. En l'espèce, l'employeur était EDF-GDF. Le salarié protégé avait été mis à la retraite sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail. L'employeur prétendait que cette procédure n'était pas applicable au motif que la mise à la retraite des agents d'EDF ou de GDF était réglementée par un décret spécifique. La Cour de cassation rejette cette argumentation.

[1593]
- CE, 28 décembre 1992, *RJS* 3/93, n°290.
- CE, 8 février 1995, *RJS* 3/95, n°266.

[1594] Voir notamment :
- Cass. soc., 2 décembre 1998, *RJS* 1/99, n°101 : *« La protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun instituée par le législateur au profit des salariés exerçant les fonctions de conseiller prud'homme, interdit à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la rupture du contrat de travail. Il en est ainsi lorsque le salarié est mis à la retraite »*.
- Cass. soc., 5 mars 2002, n°00-40.467, *CSBP* 2002, n°140, S 227, obs. C.

nullité emporte les mêmes conséquences que celles d'un licenciement prononcé en violation du statut protecteur. Elle entraîne donc pour le salarié qui le souhaite la possibilité d'être réintégré. Si le salarié ne demande pas cette réintégration, il a alors droit à une indemnité forfaitaire égale à la rémunération qu'il aurait dû percevoir depuis la date de son éviction jusqu'à l'expiration de la période de protection en cours [1596] ainsi qu'aux indemnités de rupture du contrat de travail (indemnité de licenciement, de préavis, etc.) et enfin à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L. 122-14-4 du Code du travail.

Le statut protecteur créé à propos du seul licenciement des salariés protégés trouve donc application à propos d'une rupture qui ne reçoit pourtant pas cette qualification. En effet, selon le législateur de 1987, la mise à la retraite constitue un mode de rupture autonome et non un licenciement. Le statut protecteur absorbe donc les spécificités. Ceci est d'autant plus flagrant à propos de la rupture d'un commun accord du contrat de travail d'un salarié protégé.

CHARBONNEAU : *« La mise à la retraite non précédée d'une autorisation de l'inspecteur du travail constitue une rupture illicite du contrat de travail »*.

[1595] ◆ Cass. soc., 23 janvier 2001, n°99-41.824 : *« La mise à la retraite d'un salarié protégé sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail est nulle »*.

◆ Cass. soc., 30 novembre 2004, n°03-40.604, *CSBP* 2005, n°167, S 74, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 2/05**,** n°180 : *« En l'absence de l'autorisation administrative qui avait été sollicitée, la mise à la retraite d'un salarié, élu du comité d'entreprise, est nulle et de nul effet »*.

◆ Cass. soc., 6 avril 2005, n°03-43.629, *CSBP* 2005, n°172, S 265, obs. F.-J. PANSIER : *« La mise à la retraite d'un salarié protégé doit être autorisée par l'inspecteur du travail ; À défaut, la rupture du contrat s'analyse en un licenciement nul »*.

[1596] ◆ Concernant les conseillers prud'hommes, en raison de la durée de leur mandat, la Chambre sociale a décidé de plafonner la période d'indemnisation à 30 mois. Indemnité forfaitaire à laquelle s'ajoutent les sommes perçues dans le cadre de la mise à la retraite : Cass. soc., 10 décembre 2003, n°01-43.876, *CSBP* 2004, n°158, S 118, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 2/04, n°234.

◆ Concernant les délégués syndicaux dont le contrat de travail est rompu par une mise à la retraite sans autorisation de l'inspection du travail et qui ne demandent pas la poursuite de leur contrat de travail, la Cour de cassation a décidé qu'ils avaient droit à une indemnité limitée à 12 mois de salaires à compter de leur éviction : Cass. soc., 27 octobre 2004, n° 01-45.902, *CSBP* 2005, n°166, A 1, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 1/05, n°58 ; *TPS*, janvier 2005, n°12.

C - La rupture d'un commun accord

618 La Cour de cassation (à la fois en sa Chambre sociale et criminelle) refuse au salarié protégé la possibilité de mettre fin à son contrat de travail d'un commun accord avec son employeur. Et ce, pour deux raisons cumulatives et complémentaires : d'une part, la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun dont bénéficient les représentants du personnel interdit à l'employeur de résilier le contrat de travail sans respecter les formalités protectrices ; d'autre part, il est interdit au salarié de renoncer à une protection d'ordre public qui lui est accordée pour l'exercice de sa mission.

619 Cependant, faisant évoluer sa jurisprudence, la Chambre sociale décide depuis un arrêt du 22 février 2006 que la rupture d'un commun accord avec un salarié protégé est dorénavant envisageable [1597]. Mais si le salarié protégé dispose de la possibilité de rompre son contrat de travail en accord avec l'employeur, ce dernier ne peut évincer le mandat dont est titulaire le salarié au bénéfice de l'ensemble de la collectivité de travail. C'est pourquoi les juges exigent, même en présence de ce mode civiliste et, par essence, consensuel de cessation des relations contractuelles que l'inspecteur du travail soit saisi afin d'autoriser la rupture [1598].

Ainsi, **la rupture d'un commun accord, par définition consensuelle, n'échappe pas à l'application du statut protecteur** mis en place au profit des salariés protégés. À défaut de s'y conformer scrupuleusement, la rupture du contrat de travail sera requalifiée en

---

[1597] Cass. soc., 22 février 2006, n°04-42.464, *RJS* 5/06, n°601 : *« La Cour d'appel qui a décidé que la rupture du contrat de travail de la salariée constituait une rupture amiable, autorisée par l'inspecteur du travail, et non un licenciement pour motif économique mis en œuvre sans qu'un plan social ait été élaboré, a légalement justifié sa décision »*.

[1598] ◆ Cass. soc., 27 mars 2007, n°05-45.310, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation* du 15 juillet 2007 (diffusé sur Internet), n°1518 ; *Dr. ouvrier* septembre 2007, p.436, note L. MILET ; *Liaisons Sociales juris. Hebdo* du 10 avril 2007 ; *RJS* 6/07, n°760 : *« Dès lors que l'inspecteur du travail a autorisé la rupture pour motif économique, le contrat de travail d'un salarié investi d'un mandat représentatif peut être résilié amiablement dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise »*.

◆ Cass. soc., 25 avril 2007, n°05-41.678, *Liaisons Sociales jurisprudence théma* des 30-31 juillet 2007, n°187, p.11.

licenciement. Licenciement qui, en l'absence d'autorisation administrative, sera déclaré nul par le juge [1599].

Le statut protecteur, d'ordre public, prime donc sur tous les modes de rupture. Il en va de la sorte quand le salarié est titulaire d'un CDI mais également, même si cela est plus rare en pratique, quand le salarié protégé est engagé sous CDD.

D - La rupture du CDD

Les représentants du personnel sous contrat de travail à durée indéterminée ne sont pas les seuls à bénéficier de la protection contre la rupture de leur contrat. En effet, le Code du travail organise un régime de rupture spécifique pour les représentants du personnel titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée. Régime qui renvoie largement à la protection applicable en matière de licenciement, quand bien même la rupture du CDD ne reçoit aucunement cette qualification.

La procédure à suivre diffère alors selon que l'employeur rompt le contrat de travail à l'échéance convenue (1°) ou envisage de ne pas poursuivre un CDD qui comporte une clause de renouvellement (2°) voire souhaite rompre le CDD avant l'échéance du terme convenu en raison d'une faute grave ou lourde du salarié (3°).

1° - L'arrivée du terme du CDD

620 Lorsqu'un salarié titulaire d'un CDD est protégé en raison de son mandat électif ou syndical, deux principes doivent être conciliés : d'une part, l'arrivée du terme prévu dans un CDD qui entraîne la cessation de plein droit des relations contractuelles et, d'autre part, la protection des représentants du personnel contre les discriminations. Prenant en compte ces exigences, le législateur a aménagé pour les salariés protégés un régime spécifique de

[1599] Exemple : Cass. soc., 25 avril 2007, n°05-41.678, *Liaisons Sociales jurisprudence théma* des 30-31 juillet 2007, n°187, p.11 ; *Semaine Sociale Lamy* du 7 mai 2007, n°1306, p.15 : *« Le contrat de travail d'un salarié investi d'un mandat ne peut être résilié amiablement qu'à la condition que sa rupture ait été préalablement autorisée par l'inspecteur du travail […] La rupture du contrat de travail qui ne s'analysait pas en une démission et qui n'avait pas été autorisée par l'inspecteur du travail était atteinte de nullité »*.

rupture : **l'arrivée du terme du contrat de travail n'entraîne la cessation du lien contractuel avec le salarié protégé qu'après autorisation de l'inspecteur du travail**.

621 L'employeur doit donc saisir l'inspecteur du travail un mois avant l'arrivée du terme du contrat de travail. Cependant, *« lorsque le salarié fait acte de candidature moins d'un mois avant l'expiration du contrat à durée déterminée, l'arrivée du terme de ce contrat entraîne la cessation du lien contractuel sans que l'employeur soit tenu de saisir l'inspecteur du travail, cette formalité ne lui étant imposée que lorsque le salarié est protégé avant le point de départ du délai d'un mois »* [1600].

Si la règle de la saisine un mois avant la date prévue est aisée à appliquer en présence d'un terme précis, il en va différemment face à un CDD conclu avec un terme imprécis. En cette hypothèse, la Cour de cassation décide que l'inspecteur du travail doit être saisi à compter du jour où le salarié remplacé informe l'employeur de son intention de revenir travailler ou de mettre fin à son contrat de travail. Dans l'attente de la décision de l'inspecteur du travail, le terme du contrat de travail est prorogé [1601]. Cela signifie que le salarié doit continuer à percevoir sa rémunération et à travailler dans l'attente de la décision de l'inspecteur du travail. Pour autant, en dépit de sa poursuite après son terme, le contrat de travail à durée déterminée ne se transforme pas en contrat à durée indéterminée.

622 Une fois saisi, l'inspecteur du travail doit donc statuer avant la date du terme du contrat de travail.

Le rôle de l'inspecteur du travail n'est pas ici d'examiner si la cessation de la relation contractuelle est fondée. En effet, celle-ci a déjà été prévue d'un commun accord par les parties au moment de la conclusion du contrat de travail. C'est la raison pour laquelle l'inspecteur du travail doit uniquement s'attacher à constater que le salarié protégé, dont le contrat de travail est sur le point d'arriver à expiration, ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire. Dès lors que la cessation des relations ne présente pas de caractère discriminatoire, elle est licite. L'inspecteur du travail doit l'autoriser quand bien même

---

[1600] Cass. soc., 28 mai 2003, n°02-60.006, *Dr. soc.* 2003, p.899, obs. J. MOULY ; *RJS* 10/03, n°11 ; *TPS*, août – septembre 2003, n°293. Dans ce cas, la Cour de cassation renvoie donc à un contrôle *a posteriori* par le juge de l'absence de discrimination.

[1601] Cass. soc., 20 juin 2000, n°97-41.363, *Bull. civ.*, V, n°235.

aucune erreur professionnelle ne peut être retenue contre le salarié [1602]. Au contraire, lorsque la décision de ne pas poursuivre les relations contractuelles est en rapport avec l'exercice par l'intéressé de ses fonctions, elle présente un caractère discriminatoire et l'inspecteur est fondé à refuser l'autorisation de mettre fin au contrat de travail [1603].
Par ailleurs, soulignons que ni le Code du travail ni la jurisprudence ne prévoit en la matière la possibilité, pour l'inspecteur du travail, de s'opposer à l'arrivée du terme du CDD pour un motif d'intérêt général, et ce à la différence de ce qui existe en matière de licenciement [1604].

Lorsque l'inspecteur du travail, ou le cas échéant le ministre dans l'hypothèse d'un recours hiérarchique, refuse l'autorisation de rupture, le contrat de travail à durée déterminée se poursuit et devient, en conséquence, un contrat de travail à durée indéterminée par application de l'article L. 122-3-10 du Code du travail qui prévoit que *« si la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat, celui-ci devient à durée indéterminée »*.

À l'inverse, lorsque l'inspecteur du travail accorde l'autorisation de rupture, le CDD prend fin à l'échéance initialement convenue.

623 Enfin, notons que les sanctions applicables en cas de violation par l'employeur de l'obligation de saisir l'inspecteur du travail sont identiques à celles du licenciement. En effet, il a été jugé que s'il est mis fin au CDD sans que l'inspecteur du travail ait été saisi, ce contrat ne peut être considéré comme rompu. Se poursuivant alors au-delà du terme initialement convenu, il doit être requalifié en CDI. Le salarié peut alors prétendre à sa réintégration [1605]. De la même façon, l'employeur qui saisit l'inspecteur du travail moins d'un mois avant le terme du CDD et qui met fin au contrat de travail à la date du terme prévu avant d'avoir

[1602] CE, 25 mars 1988, Association La Comédie de Touraine.

[1603] CE, 15 juin 1990, Blaise. En l'espèce, le salarié était délégué syndical.

[1604] CE, 25 mars 1988 et CE, 20 mai 1988, *D.* 1990, sommaires commentés, p.137.

[1605] Cass. soc., 16 octobre 2001, n°98-44.269, *CSBP* 2004, n°158, S 104, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 2002, jurisprudence, p.2369, note C. PUIGELIER ; *Dr. soc.* 2002, p.124, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.

obtenu l'autorisation de l'administration commet un trouble illicite auquel la Cour de cassation met fin en ordonnant la réintégration du salarié [1606].

L'arrivée du terme du contrat de travail à durée déterminée dont est titulaire un salarié protégé obéit donc à un régime spécifique. Il en va de même quand l'employeur envisage de ne pas poursuivre le contrat en dépit de la stipulation d'une clause de renouvellement.

2 °- Le non-renouvellement du CDD à l'arrivée du terme

624 Lorsque l'employeur envisage de ne pas renouveler le contrat de travail à durée déterminée d'un salarié protégé alors qu'il comporte une clause de renouvellement, celui-ci doit respecter la procédure habituelle prévue en cas de licenciement. Ce qui signifie que l'employeur doit, tout d'abord, consulter le comité d'entreprise afin qu'il donne son avis sur le projet de non renouvellement. Et ce, après audition du salarié protégé. L'employeur doit ensuite demander l'autorisation de rupture à l'inspecteur du travail.

625 Comme précédemment étudié, l'inspecteur du travail a pour mission de constater que le non renouvellement du CDD en dépit de la clause stipulée ne présente pas un caractère discriminatoire.
Si l'inspecteur du travail autorise l'employeur à ne pas renouveler le CDD, la relation de travail s'achève au terme initialement convenu.
À l'inverse, si l'inspecteur s'oppose à ce que l'employeur ne renouvelle pas le CDD, l'administration et la Cour de cassation estiment que le contrat, qui se poursuivant au-delà de son terme, devient un contrat de travail à durée indéterminée [1607]. Par conséquent, l'employeur qui romprait tout de même ledit contrat prononcerait un licenciement qui serait subséquemment jugé nul. Le salarié pourrait alors exiger sa réintégration.

Le salarié titulaire d'un CDD est donc protégé contre les discriminations dont il pourrait faire l'objet à l'arrivée du terme de son contrat de travail ou encore lorsque celui-ci n'est pas renouvelé en dépit d'une clause allant en ce sens. La protection est encore renforcée

---

[1606] Cass. soc., 10 décembre 2003, n°01-44.703, *CSBP* 2004, n°158, S 104, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 3/04, n°329.

[1607]
- Circulaire DRT n°13 du 25 octobre 1983, *J.O.* du 20 décembre 1983.
- Cass. soc., 20 juin 2000, n°97-41.363, *Bull. civ.*, V, n°235.

quand l'employeur envisage de rompre le CDD en raison d'une faute grave commise par le représentant du personnel.

3°- La rupture anticipée du CDD pour faute

626 Lorsque l'employeur souhaite rompre le contrat de travail à durée déterminée avant l'échéance du terme en raison d'une faute grave du salarié protégé, il doit suivre la même procédure que celle prévue en cas de licenciement disciplinaire.

Tout d'abord, l'employeur doit consulter le comité d'entreprise afin qu'il donne son avis sur le projet de rupture du CDD pour faute du salarié protégé.

627 Puis, l'employeur doit s'adresser à l'inspecteur du travail afin d'obtenir une autorisation de rupture.

En cette hypothèse, l'inspecteur du travail, doit non seulement constater l'absence de discrimination mais également vérifier que la faute reprochée au salarié protégé est suffisamment grave pour justifier une rupture anticipée.
Si l'inspecteur du travail considère qu'il en va ainsi, il délivre l'autorisation de rompre le CDD. L'employeur peut alors procéder à la rupture avant le terme convenu.
Au contraire, quand l'inspecteur du travail estime que la faute ne constitue pas une faute grave ou lourde légitimant la rupture anticipée du CDD, le contrat de travail se poursuit jusqu'à son terme. Il conserve la qualité de CDD et ne peut alors être rompu qu'à la date prévue après constatation par l'inspecteur du travail de l'absence de discrimination dans les conditions préalablement exposées.

Au terme de cette présentation de la rupture du CDD d'un salarié protégé, il apparaît nettement que le statut protecteur prime à tous égards les règles applicables à ce type de contrat de travail.

Seule la force majeure semble pouvoir tenir en échec le statut protecteur des salariés protégés.

E - L'exception : la force majeure

628 La force majeure qui s'entend comme un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat [1608] est aujourd'hui un mode de rupture qui tend à disparaître du paysage du droit du travail. En effet, nous l'avons déjà souligné, les magistrats du travail sont de plus en plus réticents à admettre l'existence de cas de force majeure. Il en va ainsi pour les salariés ordinaires et *a fortiori* pour les salariés protégés. En effet, **la force majeure permet d'exonérer l'employeur du respect de la procédure préalable de licenciement et en particulier de l'obligation d'obtenir l'autorisation de l'inspecteur du travail pour rompre le contrat de travail**.

De la sorte, la Cour de cassation a refusé de reconnaître comme force majeure la mise en détention d'un salarié protégé pour une durée indéterminée [1609]. De la même façon, elle a rejeté la qualification de force majeure au retrait par le ministère de l'intérieur d'une autorisation de jeu délivrée à un casino [1610].

À l'inverse, de manière exceptionnelle, le Conseil d'Etat a admis que constituait un cas de force majeure le fait pour un salarié étranger de ne plus posséder les titres l'autorisant à exercer une activité salariée en France [1611]. Dès lors, l'employeur était autorisé à rompre le contrat de travail du salarié protégé sans l'autorisation de l'inspecteur du travail. Cependant, cet arrêt, isolé, et datant de plusieurs années a depuis lors été contredit [1612].

[1608] Cass. ass. plen., 14 avril 2006, n° 04-18.902 et 02-11.168, *CSBP*, juillet - août 2006, n°182, A 46, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2006, n°23 du 15 juin 2006, jurisprudence, note P. JOURDAIN.

[1609] Cass. soc., 19 décembre 1990, n°88-40.189, *Bull. civ.*, V, n°686.

[1610] Cass. soc., 27 mars 2001, n°99-41.982.

[1611] CE, 13 avril 1988, Recueil CE, p.140.
Dans le même sens : Cass. soc., 10 octobre 1990, n°88-43.683, *Bull. civ.*, V, n°453 ; *RJS* 11/90, n°934.

[1612] Par exemple : Cass. soc., 14 octobre 1997, *RJS* 11/97, n°1293. En l'espèce, l'employeur avait rompu pour force majeure le contrat de travail d'un salarié étranger au motif que sa carte de séjour était expirée. La Cour de cassation rejette cette qualification et considère qu'il s'agit d'un licenciement.

Ainsi, si la force majeure permet effectivement à l'employeur d'échapper à l'application du statut protecteur, elle ne fait plus en réalité aujourd'hui que figure de fantôme dans le paysage des modes de rupture du contrat de travail.

629 Nous parvenons ici au terme de notre présentation du régime procédural et indemnitaire applicable aux modes de rupture du contrat de travail d'un salarié protégé autres que le licenciement. Nous comprenons que les juges ont choisi d'opter pour une application maximum de ce statut. **Quelle que soit la durée du contrat de travail et quelle que soit la forme de la rupture, la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun instaurée par la loi pour le licenciement doit être mise en œuvre. Le statut protecteur prévaut sur le consensualisme et l'absence de formalisme issus du droit civil. C'est à ce prix qu'est la garantie d'un statut protecteur réellement efficace**. Statut qui, soulignons-le une fois encore, est indispensable au bon fonctionnement du système de représentation des salariés dans l'entreprise et par conséquent, structurant du système de relations collectives.

Mais l'enjeu de défense de l'intérêt collectif de la communauté de travail est spécifique aux représentants du personnel. Nous ne retrouvons donc pas, de manière similaire, une application aussi systématique du droit procédural et indemnitaire du licenciement aux salariés ordinaires.
Cependant, nous allons étudier maintenant que la rupture par l'employeur du contrat de travail d'un salarié ordinaire (ne recevant pourtant pas la qualification de licenciement) est également influencée à un degré plus ou moins fort par le droit du licenciement.

§ 2 - La rupture par l'employeur du contrat de travail d'un salarié ordinaire influencée par le régime procédural et indemnitaire du licenciement

630 La loi du 13 juillet 1973 a instauré, pour la première fois en France, un régime légal de licenciement comprenant à la fois des règles de fond et de forme, applicable à tous les licenciements quel que soit le motif invoqué. Par la suite, ce régime de droit commun a été consolidé à la fois en matière de licenciement disciplinaire et de licenciement économique. C'est donc bien le licenciement, expression de la faculté de résiliation unilatérale de

l'employeur, qui a fait l'objet d'une attention continue du législateur. Le but étant toujours identique, à savoir encadrer le pouvoir de l'employeur au moment de la rupture du contrat de travail.

631 Il est donc permis de penser, de prime abord, que les autres modes de rupture du contrat de travail offerts à l'employeur subsistent en dehors de ce régime procédural et indemnitaire spécifique au licenciement. Or, nous constatons que depuis 1973, les garanties créées au profit du seul licenciement n'ont eu de cesse d'influencer tous les autres modes de rupture du contrat de travail. Certes, le degré d'influence est plus ou moins élevé mais de manière globale, aucun mode de rupture ne parvient à demeurer totalement hors de l'emprise du régime procédural et indemnitaire du licenciement. **Le droit statutaire du licenciement irrigue l'ensemble de la rupture du contrat de travail**.

Il en va ainsi de la mise à la retraite, mode de rupture que le législateur de 1987 a voulu autonome qui s'avère, toutefois, soumis à quelques règles procédurales du droit du licenciement (A). De la même façon, la force majeure, issue du droit civil et qui met fin de plein droit au contrat, a été aménagée par le législateur dans le sens d'une application partielle des garanties indemnitaires du licenciement (B). La rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée pour faute (C), la rupture de la période d'essai (D) et celle de la période de consolidation d'emploi (E) ont également subi l'attraction des règles relatives au licenciement, en particulier du droit disciplinaire. Enfin, nous constaterons que le mode de rupture consensuel par essence qu'est la rupture d'un commun accord ne parvient pas à rester entièrement hors du champ magnétique du droit procédural du licenciement (F).

A - L'influence sur la mise à la retraite

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n°2003-775 du 21 août 2003, l'employeur ne peut mettre un salarié à la retraite que lorsqu'il a atteint 65 ans [1613]. À cet âge, le salarié bénéficie effectivement d'une retraite à taux plein quel que soit son nombre de trimestres cotisés.

632 La loi ne prévoit aucun formalisme ni procédure à respecter par l'employeur qui souhaite mettre un salarié à la retraite.
De cette manière, l'employeur a nullement l'obligation de convoquer le salarié à un entretien

[1613] Article L. 212-14-13 du Code du travail.

préalable [1614], pas plus que celle de lui expliquer, lors d'une rencontre, que ce dernier va être mis à la retraite. Quant à la notification de la rupture, contrairement à la lettre de licenciement, elle n'a pas besoin d'être motivée [1615]. En pratique, il est tout de même fortement conseillé à l'employeur de convoquer le salarié à un entretien préalable et de lui notifier sa mise à la retraite par lettre recommandée avec accusé de réception ou par lettre remise en main propre contre décharge afin de disposer d'un moyen de preuve et de fixer le point de départ du préavis. En effet, **la mise à la retraite n'est pas totalement détachée du régime du licenciement**.

633 En particulier, **elle est soumise au respect d'un préavis qui correspond à celui fixé par la loi en cas de licenciement** (sauf si un préavis conventionnel est plus favorable au salarié, c'est à dire plus long [1616]).

634 De la même façon, **la mise à la retraite doit être rapprochée du régime du licenciement en ce qui concerne les garanties financières** puisque le salarié mis à la retraite a droit à une indemnité égale à l'indemnité légale de licenciement [1617] (sauf si l'indemnité de mise à la retraite prévue par la convention collective ou le contrat de travail est plus favorable, auquel cas celle-ci reçoit application).
Par ailleurs, alignant le régime de la mise à la retraite sur celui du licenciement, la Cour de cassation a posé le principe selon lequel l'indemnité est doublée quand le salarié, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle et non reclassé dans l'entreprise, est mis

---

[1614] Cass. soc., 12 janvier 1993, *RJS* 2/93, n°129 : *« La mise à la retraite d'un salarié, n'étant pas un licenciement, n'a pas à être précédée d'un entretien préalable »*.

[1615] Cass. soc., 10 mars 1999, n°97-40.059, *RJS* 4/99, n°504.

[1616] Exemple : Cass. soc., 15 mai 2007, n°05-43.234, *Dr. soc.* juillet/août 2007, p.898, obs. J. SAVATIER ; *JCP*, S, n°29 du 17 juillet 2007, 1570, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *RJS* 7/07, n°834 : *« Il résulte de la combinaison des articles L. 122-14-13 et L. 122-6 du Code du travail qu'en cas de mise à la retraite d'un salarié par l'employeur, le préavis applicable est celui prévu en cas de licenciement »*. En l'espèce, le salarié avait été mis à la retraite à l'âge de 62 ans en bénéficiant d'un préavis de deux mois (correspondant, eu égard à son ancienneté, au préavis légal). Or, la convention collective applicable prévoyait une « durée de préavis de six mois en cas de licenciement ». La Cour de cassation décide ici que cette durée de mois est applicable en cas de mise à la retraite.

[1617] Article L. 122-14-13 alinéa 2 du Code du travail.

à la retraite [1618]. Identiquement, le salarié mis à la retraite dans le cadre d'une réduction d'effectifs motivée par des raisons économiques doit bénéficier de l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue dans le plan de sauvegarde de l'emploi [1619].

635 La mise à la retraite, quand bien même a t-elle été qualifiée de « mode de rupture autonome » par le législateur de 1987, ne demeure donc pas totalement indifférente au régime du licenciement. Ceci est d'autant plus évident lorsque les conditions d'ouverture de la mise à la retraite posées par la loi ne sont pas remplies. En effet, en cette hypothèse, la rupture est requalifiée, à titre de sanction de l'employeur, en licenciement. Licenciement qui, en outre, en vertu de l'article L. 122-45 dans sa rédaction issue de la loi du 16 novembre 2001 [1620], s'avère discriminatoire et conséquemment nul [1621].

La mise à la retraite subit donc l'attraction du régime procédural et indemnitaire du licenciement.

[1618] Cass. soc., 29 janvier 2002, n°99-41.028, *CSBP* 2002, n°139, S 166, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2002, p.465, obs. R. VATINET ; *Jur. soc*., décembre 2002, p.390 ; *RJS* 4/02, n°424 ; *TPS*, mai 2002, n°131, p.10 : *« La rupture du contrat de travail d'un salarié déclaré par le médecin du travail inapte à son emploi en conséquence d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, ouvre droit pour le salarié non reclassé dans l'entreprise, que cette rupture prenne la forme d'un licenciement, prononcé en raison de l'impossibilité démontrée du reclassement du salarié ou en raison de son refus du poste de reclassement proposé, ou d'une mise à la retraite prononcée en conformité avec les dispositions légales ou conventionnelles, à une indemnité spéciale de licenciement qui, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, est égale au double de l'indemnité prévue à l'article L. 122-9 du Code du travail »*.

[1619] ◆ Cass. soc., 18 avril 2000, *Bull. civ.*, V, n°142 ; *Dr. soc.* 2000, p.790, obs. J. SAVATIER ; *RJS* 6/00, n°652.

◆ Cass. soc., 2 novembre 2005, *RJS* 1/06, n°30.

[1620] La loi du 16 novembre 2001 (transposant en droit interne la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, qui, en son article 12, interdit *« toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle »*) a ajouté à la liste limitative des motifs illicites de discrimination de l'article L. 122-45 du Code du travail celle relative à l'âge.

[1621] Cass. soc., 21 décembre 2006, n°05-12.816, *D.* 2007, n°4 du 25 janvier 2007, obs. J. CORTOT ; *Dr. soc.* février 2007, obs. P. CHAUMETTE ; *JCP*, E, n°8 du 22 février 2007, 1241, note F. DUQUESNE ; *JCP*, S, n°15 du 11 avril 2007, 1244, note B. BOSSU ; *RDT* avril 2007, p.238, note I. DESBARRATS ; *RJS* 3/07, n°326.

Il en va de même pour un mode de rupture, non pas issu du droit du travail, mais du droit civil : la force majeure.

B - L'influence sur la force majeure

636 Lorsque la force majeure est reconnue, elle entraîne la rupture immédiate des relations contractuelles, qu'elles soient à durée déterminée ou indéterminée. Il s'agit d'un mode autonome de rupture du contrat de travail, différent de celui du licenciement.
L'employeur [1622] n'est donc pas tenu de respecter la procédure de licenciement [1623].
En outre, dans la mesure où la rupture n'est pas le résultat d'une résiliation unilatérale, il échappe au versement de l'indemnité compensatrice de préavis [1624] et de licenciement [1625]. En revanche, l'indemnité compensatrice de congés payés reste due au salarié puisque, aux termes de la loi, sa privation ne peut résulter que d'une faute lourde [1626]. Enfin, aucune action en dommages et intérêts ne peut être exercée contre l'employeur [1627].

[1622] Théoriquement, le salarié peut également rompre le contrat de travail en invoquant un cas de force majeure.

[1623] Cass. soc., 19 novembre 1980, *Bull. civ.*, V, n°834.

[1624] Cass. soc., 31 mars 1994, *Lopez c/ Fourquet*.
Déjà dans le même sens : Cass. soc., 6 novembre 1969, *Bull. civ.*, V, n°591 : Le salarié dont le contrat est rompu par la force majeure ne doit pas de préavis.

[1625] Cass. soc., 17 mars 1965, *Bull. civ.*, IV, n°238 : L'employeur ne doit ni préavis, ni indemnité de licenciement.
Confirmation de jurisprudence :
- Cass. soc., 12 janvier 1967, *Bull. civ.*, IV, n°44
- Cass. soc., 28 février 1973, *Bull. civ.*, V, n°121 ; *JCP*, 1973, II, 17 560, note Y. SAINT-JOURS.
- Cass. soc., 2 mai 1978, *D.* 1978, I. R., p.390.

En matière de CDD, la rupture pour force majeure n'ouvre droit pour le salarié à l'indemnité de fin de contrat (article L. 122-3-4 du Code du travail).

[1626] Article L. 223-14 du Code du travail.

[1627] Selon l'article 1148 du Code civil, il n'y a lieu à aucun dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé. En conséquence, le salarié dont le contrat de travail est rompu du fait de la force majeure ne peut prétendre à des dommages et intérêts pour rupture abusive : Cass. soc., 22 février 1967, *Bull. civ.*, IV, n° 175.

637 De prime abord, la force majeure paraît donc totalement détachée des règles procédurales et indemnitaires du licenciement. Or, à y regarder de plus près, nous constatons que tel n'est plus le cas depuis 2002. En effet, la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a institué une indemnisation spécifique en faveur du salarié dont le contrat de travail est rompu pour cas de **force majeure résultant d'un sinistre** [1628].

Désormais, dans ce cas, en vertu de l'article L. 122-9-1 du Code du travail, **le salarié a droit à une indemnité compensatrice dont le montant est égal à l'indemnité légale de licenciement** prévue à l'article L. 122-9 du Code du travail [1629] **ainsi qu'à l'indemnité compensatrice de préavis** [1630].

La loi du 17 janvier 2002 a donc fait subir à la force majeure, mode de rupture du contrat issu de la tradition civiliste, l'attraction du régime indemnitaire du licenciement.

Certes, la force majeure continue d'exonérer l'employeur de toute procédure préalable à la rupture. Il n'en demeure pas moins qu'en cas de sinistre, les salariés qui voient leur contrat de travail brisé ne subissent pas de préjudice pécuniaire supplémentaire par rapport au licenciement dont ils auraient pu faire l'objet. Soulignons, cependant, qu'en pratique l'application de cette loi est extrêmement limitée. En effet, comme nous avons pu le consigner à maintes reprises, très peu d'événements obtiennent de la part des magistrats du travail la qualification de force majeure. En conséquence, pour notre part, nous ne connaissons aucun sinistre ayant reçu de la Chambre sociale la qualification de force majeure [1631].

[1628] L'administration a précisé que, selon le droit des assurances, le sinistre est défini comme étant la réalisation du risque prévu au contrat de nature à entraîner la garantie de l'assureur : Circulaire DRT n°2002-08 du 2 mai 2002.

[1629] En l'absence de précision dans la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, devrait être visée l'indemnité due en cas de licenciement pour motif économique, la rupture du contrat de travail n'étant pas inhérente à la personne du salarié.

[1630] Indemnité prévue à l'article L. 122-8 du Code du travail.

[1631] Ainsi, la destruction partielle d'un village-hôtel par le passage d'un cyclone ne constitue pas un cas de force majeure. En effet, les juges ont considéré en l'espèce que malgré l'ampleur des dégâts, le caractère insurmontable du cyclone n'était pas démontré : Cass. soc., 12 février 2003, n°01-40.916, *Bull. civ.*, V, n°50 ; *CSBP* 2003, n°150, A 28, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 2003, n°25, sommaires commentés, obs. N. DAIMEZ ;

La force majeure est donc entrée depuis 2002 dans le champ gravitationnel du statut du licenciement. Il en va de même de la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée quand le salarié commet une faute.

C - L'influence sur la rupture anticipée du CDD pour faute

638 Si l'employeur invoque une faute grave commise par le salarié pour rompre de manière anticipée le contrat de travail à durée déterminée, il est tenu de respecter la procédure disciplinaire prévue par l'article L. 122-41 du Code du travail [1632].
À défaut, le salarié peut prétendre à des dommages et intérêts pour non-respect de la procédure disciplinaire qui sont calculés en fonction du préjudice subi [1633].

639 Le salarié doit donc, tout d'abord, être convoqué à un entretien préalable [1634]. La loi ne fixant pas de délai minimum entre la convocation et l'entretien, le salarié doit être averti suffisamment à l'avance du moment et de l'objet de l'entretien pour pouvoir y réfléchir [1635] et, éventuellement, recourir à l'assistance d'un membre du personnel [1636].
Assistance qui ne peut d'ailleurs être exercée que par une personne appartenant au personnel de l'entreprise. En effet, l'article L. 122-41 du Code du travail ne précise pas, contrairement à

JCP, E, 26 juin 2003, chronique, p.1089, note P. MORVAN ; *RJS* 4/03, n°445 ; *Semaine Sociale Lamy* du 24 février 2003, n°1111, p.12-14, note F. CHAMPEAUX ; *TPS*, avril 2003, n°136, p.10.

[1632]
- Circulaire DRT n°5-83 du 15 mars 1983, *BO Travail* n°83/16.
- Cass. soc., 20 novembre 1991, *RJS* 1/92, n°10.
- Cass. soc., 11 avril 1996, *Dr. soc.* 1996, p.736, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 5/96, n°523.
- Cass. soc., 10 juillet 2002, *RJS* 11/02, n°1209.

[1633] Cass. soc., 27 juin 2001, n°99-42.216, *Bull. civ.*, V, n°236 ; *RJS* 10/01, n°1140.

[1634] Cass. soc., 27 mai 1992, *Bull. civ.*, V, n°341 ; *Dr. soc.* 1992, p.713 ; *JCP*, E, 1992, II, 379, note J. MOULY ; *RJS* 7/92, n°847.

[1635] Cass. soc., 14 décembre 1995, *Dr. soc.* 1996, p.197 ; *JCP*, E, 1996, panorama de jurisprudence, 251 : En l'espèce, les juges ont estimé qu'un délai de quatre jours était suffisant pour permettre au salarié d'assurer sa défense.

[1636]
- Cass. soc., 14 décembre 1995, *Bull. civ.*, V, n°347.
- Cass. soc., 20 novembre 1991, *Bull. civ.*, V, n°509.

l'article L. 122-14 relatif au licenciement, qu'en l'absence d'institutions représentatives du personnel, le salarié peut être assisté par un conseiller de son choix pris sur une liste établie au niveau du département.

640 Ensuite, lors de la tenue de l'entretien l'employeur doit indiquer au salarié le motif de la sanction envisagée et recueillir ses explications. La rupture disciplinaire du CDD obéit donc ici au même formalisme que le licenciement disciplinaire. Le respect des droits de la défense ne dépend pas de la durée de la relation contractuelle de travail.

641 Si l'employeur maintient son souhait de rompre de manière anticipée le contrat de travail à durée déterminée, il ne peut le faire, comme pour le licenciement, moins de deux jours ouvrables ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien [1637].
Il doit alors notifier, par écrit, au salarié la rupture intervenant à titre de sanction [1638]. Cette lettre de notification doit être motivée. À défaut, dès lors que la lettre de rupture, qui fixe les limites du litige, n'invoque pas les faits reprochés au salarié, aucune faute grave ne peut être retenue à son encontre [1639]. Peu importe que l'employeur ait indiqué au salarié au cours de l'entretien préalable les griefs formulés contre lui. La sanction encourue n'est plus alors seulement celle de la violation d'une règle de forme mais bien celle d'une règle de fond par similitude avec le droit du licenciement. En effet, en vertu de la jurisprudence ROGIÉ [1640], l'absence d'indication d'un motif précis dans la lettre de notification équivaut à une absence de motif. L'employeur doit donc payer en ce cas les dommages et intérêts prévus à l'article L. 122-3-8 alinéa 2 du Code du travail pour rupture injustifiée. Indemnité dont la Cour de cassation admet le cumul avec celle liée à l'irrégularité de la procédure [1641] ainsi, d'ailleurs, qu'avec celle de fin de contrat spécifique au CDD (dans la mesure où le salarié remplit les conditions d'octroi).

[1637] CA Reims, 12 avril 1995, *RJS* 11/95, p.764.

[1638] Cass. soc., 16 mars 1995, *RJS* 5/95, n°493 : En l'espèce, l'employeur est sanctionné pour avoir informé verbalement le salarié de la rupture anticipée de son contrat de travail, sans lui avoir notifié la rupture dans le même temps par lettre motivée.

[1639] Cass. soc., 26 février 1992, *Bull. civ.*, V, n°340 ; *Dr. soc.* 1992, p.377 ; *RJS* 4/92, n°413.

[1640] Cass. soc., 29 novembre 1990, *Bull. civ.*, V, n°598 ; *Dr. soc.* 1991, p.99, note J. SAVATIER.

[1641] Cass. soc., 27 juin 2001, *Dr. soc.* 2001, p.885, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 10/01, n°1140.

642 Enfin, concernant le droit au préavis et à l'indemnité de licenciement, la Cour de cassation raisonne pareillement par rapport au licenciement [1642]. Ce qui signifie que le salarié à qui une faute grave est reprochée voit son contrat de travail rompu immédiatement, sans préavis. L'employeur qui accorderait un tel préavis se priverait par là même du droit d'invoquer la faute grave [1643].

Consécutivement, le salarié ne bénéficie pas davantage du droit à l'indemnité de fin de contrat. Seule lui reste acquise l'indemnité de congés payés calculée sur les salaires versés jusqu'au jour de la rupture.

643 Le régime procédural et indemnitaire applicable à la rupture du CDD pour une faute commise par le salarié s'inspire donc largement de celui du licenciement disciplinaire.

Ceci est d'autant plus flagrant au regard de la condamnation encourue lorsque la sanction est *« irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise »*. En effet, l'article L. 122-43 du Code du travail pose le principe selon lequel le juge peut annuler une sanction présentant de tels vices. Puisque par principe la rupture du CDD n'est pas un licenciement, la question s'est posée de savoir si le juge pouvait l'annuler. Par analogie avec le droit du licenciement disciplinaire, la Cour de cassation a choisi de repousser le pouvoir du juge d'annuler la rupture du CDD pour faute [1644].

[1642] Voir H. BLAISE qui critique cette unification du régime de la faute grave dans le CDD et le CDI. Selon cet auteur, c'est ne pas tenir compte du particularisme du CDD : H. BLAISE, « Le CDD : jurisprudence récente », *RJS* 5/94, p. 324.

[1643] ◆ Cass. soc., 19 novembre 1992, *Dr. soc.* 1993, p.181 ; *JCP*, E, 1993, panorama de jurisprudence, 121 : Un employeur ne peut à la fois reprocher un comportement gravement fautif à un salarié et différer de sept jours l'effet de la rupture.

◆ Cass. soc., 24 mars 2004, n°02-41.117, *CSBP* 2004, n°161, S 240, obs. F.-J. PANSIER : *« L'employeur ne peut considérer comme constitutif d'une faute grave des faits qu'il avait tolérés pendant plus de trois mois sans y puiser motif à sanction »*.

[1644] Cass. soc., 12 novembre 2003, n° 01-42.130, *Bull. civ.*, V, n°278 ; *CSBP* 2004, n°157, S 53, obs. C. CHARBONNEAU ; *Dr. soc.* 2004, p.304, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; *RJS* 1/04, n°36 ; *TPS*, janvier 2004, n°3 : *« **Si les juges du fond tiennent de l'article L. 122-43 du Code du travail le pouvoir d'annuler une sanction disciplinaire** en raison de l'inobservation du délai d'un jour franc entre la date fixée pour l'entretien et celle du prononcé de la sanction, **ils ne disposent pas de cette faculté lorsqu'un licenciement est prononcé ou qu'un contrat à durée déterminée est rompu pour faute grave**. En ce dernier cas, l'inobservation du délai*

Nous saisissons ainsi le pouvoir d'aimantation du droit du licenciement : le régime procédural de la rupture anticipée du CDD par l'employeur en raison d'une faute du salarié est largement construit par référence au droit du licenciement, et spécifiquement au droit du licenciement disciplinaire.
Il en va de même de la rupture de la période d'essai qui, en principe libre, apparaît également ne pas échapper au pouvoir de magnétisme du licenciement lorsqu'elle repose sur un motif disciplinaire.

D - L'influence sur la rupture de la période d'essai

Si la rupture de la période d'essai est, en principe, affranchie de toute contrainte procédurale ou indemnitaire (1°), il en va différemment lorsque la cessation de la relation contractuelle est fondée sur une faute disciplinaire (2°).

1° - Le principe de la libre rupture

Selon le Code du travail, le régime de la rupture de la période d'essai par l'employeur est totalement autonome de celui du licenciement [1645]. Ceci se vérifie sur de multiples aspects.

644 Tout d'abord, sauf dispositions conventionnelles contraires, **l'entretien préalable** obligatoire pour tout licenciement **n'est pas nécessaire** lorsque l'employeur décide de mettre fin à la période d'essai.

645 Ensuite, contrairement aux règles légales du licenciement qui imposent l'envoi d'une lettre de licenciement en recommandé avec demande d'accusé de réception, **la décision de mettre fin à la période d'essai ne requiert aucun formalisme précis** [1646]. Il est toutefois

---

précité constitue une irrégularité de procédure ouvrant droit à réparation du préjudice en résultant pour le salarié ».

[1645] L'article L. 122-4 alinéa 2 du Code du travail exclut la procédure de droit commun d'un contrat de travail conclu sans détermination de durée pendant la période d'essai.
Identiquement, l'article L. 122-3-9 déclare non « applicables pendant la période d'essai » les règles régissant la cessation d'un contrat à durée déterminée.

[1646] Toutefois, la décision de rompre la période d'essai ne peut revêtir la forme d'une déclaration orale en présence du personnel de l'entreprise : Cass. soc., 7 février 2001, n°99-15.056, *RJS* 4/01, n°402 ; *TPS*, mai

évident que l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception (ou remise en main propre contre récépissé) permet d'éviter tout litige quant à la réalité et à la date de la rupture. D'ailleurs, de nombreuses conventions collectives imposent la formalité de l'écrit en cas de rupture de la période d'essai.

Dans tous les cas, la Cour de cassation a rappelé que la rupture doit nécessairement être explicite : l'employeur doit exprimer clairement son intention de rompre. Il ne peut donc valablement convenir avec son salarié, par anticipation, que le contrat de travail prendra fin, sans notification, du seul fait de l'arrivée à son terme de l'essai [1647].

646 Consécutivement à cette absence de formalisme, **la notification de la rupture n'a pas à être motivée**. L'employeur peut se contenter d'indiquer au salarié qu'il a décidé de mettre fin à la période d'essai.

Nous avons antérieurement mis en évidence le principal défaut de l'exclusion de cette garantie procédurale : elle constitue ce que certains auteurs ont appelé une *« prime au silence et à l'opacité »* [1648]. **Une évolution consistant à imposer une obligation générale de motivation de la rupture de la période d'essai nous semble en conséquence fortement souhaitable**. L'employeur devrait, dans cette optique, faire figurer dans un écrit les informations permettant de révéler le motif de rupture. Beaucoup dévisageront cette exigence comme un excès dissuasif pour l'employeur d'embaucher et un surcroît possible de contentieux. Selon nous, la motivation aurait, au contraire, l'avantage de renforcer les droits de la défense du salarié en lui offrant la possibilité de connaître la cause de la rupture *a priori*, c'est à dire sans avoir à intenter une action en justice comme tel est le cas aujourd'hui [1649]. En

---

2001, n°175, p.20.

Confirmation de jurisprudence : Cass. soc., 5 décembre 2001, *CSBP* 2002, n°137, A 9, obs. F.-J. PANSIER ; *RJS* 2/02, n°138.

[1647] Cass. soc., 13 novembre 1996, *Bull. civ.*, V, n°381 ; *JCP*, E, 1997, II, 974, note C. PUIGELIER.

[1648] D. CORRIGNAN-CARSIN, note sous Cass. soc., 10 mars 2004, *JCP*, E, n°26 du 24 juin 2004, p.1066.

Dès 1992, P. AUVERGNON dénonçait l'intérêt de se taire en cas de rupture de la période d'essai et parlait à ce propos de *« prime aux pratiques sociales fort peu sophistiquées »* : *Dr. soc.* 1992, p.797.

[1649] En effet, aujourd'hui, lorsque le salarié évincé intente une action en justice pour rupture abusive, voire discriminatoire de la période d'essai (ou de la période de consolidation d'emploi dans le CNE), l'employeur est contraint, *a posteriori*, de justifier sa rupture par des éléments objectifs.

outre, cette obligation de motivation permettrait d'empêcher certains employeurs peu scrupuleux de détourner la période d'essai de son objet. Assurément, nous l'avons antérieurement mentionné, les employeurs, désireux de recruter, ne doivent se servir de cette période contractuelle que pour vérifier l'adéquation entre le poste et la compétence de l'individu.

647 Un autre aspect met en exergue l'autonomie de la rupture de la période d'essai par rapport au régime procédural du licenciement : le préavis.

En principe, **aucun préavis de rupture n'est dû** : la rupture prend effet le jour où est émise la volonté de rompre, c'est à dire, en cas de notification par écrit, le jour de l'envoi de la lettre notifiant la rupture [1650]. C'est pourquoi, la rupture peut être notifiée à tout moment, du premier au dernier jour inclus de cette période [1651].

Toutefois, il ressort de l'étude d'un certain nombre de conventions collectives [1652] et de contrats de travail que, le plus souvent en pratique, un délai de préavis est prévu. Aussi, la Cour de cassation décide que, sauf dispositions conventionnelles contraires, lorsque le salarié ne peut, du fait de l'employeur, accomplir le préavis en totalité avant la fin de l'essai, il peut

---

[1650] ◆ Cass. soc. 11 mai 2005, n°03-40.650, *CSBP* 2005, n°173, A 64, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2005, p.920, note J. MOULY ; *RJS* 7/05, n°722 ; *Semaine Sociale Lamy* du 13 juin 2005, n°1219, p.10.

◆ Cass. soc., 26 septembre 2006, n°05-44.670, *JCP*, S, n°6 du 6 février 2007, 1077, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

◆ Cass. soc., 28 novembre 2006, n°05-42.202, *CSBP* 2007, n°188, S 109, obs. F.-J. PANSIER.

[1651] La rupture ne peut, cependant, être portée à la connaissance du salarié le lendemain de l'expiration de la période d'essai : Cass. soc., 26 mars 2002, n°00-40.452, *CSBP* 2002, n°141, S 276, obs. C. CHARBONNEAU.

[1652] Exemples : ◆ CCN des organismes de formation : *« En cas de rupture du contrat de travail pendant la période d'essai, l'employeur et le salarié se doivent réciproquement un préavis d'un jour ouvrable par mois de présence complet à la date de la rupture »*.

◆ CCN des avocats salariés : *« Pendant la période d'essai l'une ou l'autre des parties peut à tout moment dénoncer le contrat, sous réserve de respecter un délai de prévenance de 15 jours pendant les 3 premiers mois de travail effectif, de 1 mois au-delà »*.

prétendre à une indemnité compensatrice pour la partie du préavis qu'il n'a pas été en mesure d'exécuter parce qu'elle excède le terme de la période d'essai [1653].

648 Enfin, notons qu'une fois encore par dissemblance avec ce qui existe en matière de licenciement, **l'employeur ne doit verser aucune indemnité de rupture au salarié dont il se sépare en période d'essai** [1654].

La rupture de la période d'essai apparaît ainsi comme un mode de cessation de la relation de travail totalement indépendant du régime procédural et compensatoire du licenciement. Ce constat est exact mais ne reflète qu'une partie seulement de la réalité. En effet, dès lors que l'employeur rompt la période d'essai en raison d'une faute de son salarié, la procédure statutaire refait son apparition par le biais des règles disciplinaires.

2°- L'influence de la procédure disciplinaire

Si l'employeur invoque une faute commise par le salarié comme motif de rupture de la période d'essai, il est tenu de respecter la procédure disciplinaire prévue par l'article L. 122-41 du Code du travail. À défaut, le salarié peut prétendre à des dommages et intérêts pour non-respect de la procédure disciplinaire [1655].

649 Ceci signifie que l'employeur doit, de façon liminaire, convoquer le salarié à un entretien préalable en mentionnant qu'une sanction pouvant aller jusqu'à la rupture de la période d'essai est envisagée. À la différence de l'article L. 122-14 relatif au licenciement,

---

[1653]
- Cass. soc., 15 mars 1995, n°91-43.642, *Bull. civ.*, V, n°88.
- Cass. soc., 29 juin 1999, *Bull. civ.*, V, n°311 ; *RJS* 1999, n°1223.
- Cass. soc., 11 octobre 2000, *RJS* 2000, n°1215.

[1654] L'employeur doit, cependant, régler les salaires dus pour la période d'activité ainsi qu'une indemnité de congés payés si la période d'essai a duré au moins un mois. L'employeur doit, en outre, remettre au salarié un certificat de travail et une attestation ASSEDIC comme cela existe pour toutes les autres ruptures de contrat de travail.

[1655] Cass. soc., 10 mars 2004, n°01-44.750, *Bull. civ.*, V, n°80 ; *CSBP* 2004, n°161, A 38, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2004, n°30, p.2189, obs. B. GÉNIAUT ; *JCP*, E, n°26 du 24 juin 2004, p.1064-1066, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *JCP*, E, 4 novembre 2004, chronique, p.1775, note F. BOUSEZ ; *RJS* 6/04, n°646 ; *Semaine Sociale Lamy* du 22 mars 2004, n°1161, p.11 ; *TPS*, mai 2004, n°142.

l'article L. 122-41 du Code du travail n'exige pas que la faculté pour le salarié d'être assisté lors de l'entretien préalable soit mentionnée dans la convocation. D'ailleurs, les possibilités d'assistance sont plus larges lorsqu'il s'agit d'un « véritable » licenciement. En effet, l'article L. 122-14 ouvre le droit du salarié à être assisté par un conseiller de son choix pris sur une liste en l'absence d'institutions représentatives dans l'entreprise. Une telle faculté n'est pas prévue par l'article L. 122-41 du Code du travail [1656].

Une autre différence avec le droit du licenciement peut être relevée concernant le délai entre la convocation et la tenue de l'entretien préalable. En effet, l'article L. 122-41 du Code du travail ne prévoit pas de délai précis. Cela laisse donc une souplesse d'appréciation du caractère raisonnable du délai laissé au salarié pour se préparer à l'entretien. Néanmoins, à l'image du droit du licenciement et dans le silence de la loi, un délai de cinq jours ouvrables semble acceptable.

650 Lors de la tenue de l'entretien l'employeur doit indiquer au salarié le motif de la sanction envisagée et recueillir ses explications. La rupture disciplinaire de la période d'essai obéit donc ici au même formalisme que le licenciement disciplinaire.

651 Si l'employeur maintient son souhait de mettre fin à la relation de travail, il ne peut le faire, comme pour le licenciement, moins de deux jours ouvrables ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien. Il doit alors notifier, par écrit, au salarié la rupture de la période d'essai. Notification qui doit contenir une motivation précise des griefs retenus contre le salarié.

652 Ainsi, **si la séparation en période d'essai constitue bien, un mode de rupture du contrat de travail informel** et donc souple, **il s'avère ne pas échapper au pouvoir d'attraction des règles procédurales du droit disciplinaire**. En effet, chaque fois que la présence du salarié dans l'entreprise est menacée par sa faute, l'employeur doit respecter une procédure très proche de celle du licenciement disciplinaire.
En outre, il est fort probable que la Cour de cassation, quand la question viendra à lui être posée, choisira d'aligner le régime de la rupture de la période d'essai sur celui du licenciement

[1656] Article L. 122-41 alinéa 2 du Code du travail : *« Au cours de l'entretien, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise »*.

en écartant le pouvoir du juge [1657] d'*« annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise »* [1658]. **L'ombre du licenciement plane** donc **sur la rupture de la période d'essai**.

Ombre qui devrait encore s'amplifier à l'avenir. En effet, la loi du 29 juillet 1992 [1659] a étendu le champ d'application de l'article L. 321-1 du Code du travail *« à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes »* caractérisant le licenciement économique. Il nous semble, par conséquent, nécessaire d'en déduire que lorsque la rupture de la période d'essai est motivée par des faits économiques, les textes régissant la procédure de licenciement économique doivent trouver application [1660].

La Cour de cassation a d'ailleurs déjà imposé le respect de cette procédure à des ruptures qui ne recevaient pas la qualification de licenciement, telle la mise à la retraite ou encore, la rupture que nous allons dorénavant étudier et qui est souvent comparée à celle de la période d'essai : la rupture de la période de consolidation d'emploi du contrat de travail nouvelles embauches.

[1657] Pouvoir qu'il tient de l'article L. 122-43 du Code du travail.

[1658] À défaut d'une telle exclusion, le salarié dont le contrat de travail a été rompu pendant la période d'essai bénéficierait d'un traitement plus favorable que celui qui a été licencié pour une faute de même gravité mais dont la réintégration ne peut être ordonnée.

[1659] Article 26 de la loi n°92-722 du 29 juillet 1992, *J.O. Ass. Nat.* du 5 juillet 1992, p.10215.
Loi qui consacre, en l'étendant, la solution dégagée par la Cour de cassation : Cass. soc., 10 avril 1991, *Bull. civ.*, V, n°179 ; *D.* 1992, sommaires commentés, p.290, note M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC ; *Dr. soc.* 1991, p.515 ; *JCP*, E, 1991, II, 188, note F. TAQUET ; *RJS* 5/91, n°562.

[1660] En ce sens : ◆ J. MOULY, « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats – Pour une autre logique », *Dr. soc.* 2005, p.618.

◆ M.-C. AMAUGER-LATTES, « Réflexion sur le droit applicable à la rupture de la période d'essai », *JCP*, E, 21 octobre 2004, étude, 1546, p.1675.

◆ P. MALLARD, « Le licenciement en période d'essai ? », *Dr. soc.* 2006, p.1160.

E - L'influence sur la rupture de la période de consolidation d'emploi du contrat de travail nouvelles embauches

Le contrat de travail « nouvelles embauches » (CNE) a été créé par l'ordonnance du 2 août 2005 [1661]. Il se range dans la catégorie des contrats de travail à durée indéterminée tout en s'en distinguant nettement pendant les deux premières années suivant la date de sa conclusion. En effet, durant cette phase contractuelle, communément appelée « période de consolidation d'emploi », les règles de rupture sont aménagées. En particulier, nous avons déjà eu l'occasion de relever que l'exigence de la cause réelle et sérieuse de licenciement est bannie [1662].

653 Dans la même optique de faciliter le licenciement pour lutter contre le chômage, les modalités de rupture sont simplifiées par rapport au droit commun. En particulier **aucun entretien n'est prévu**, rendant ainsi la rupture « sèche » sans discussion, sans explication préalable **[1663]**.

[1661] Ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005, *J.O.* du 3 août 2005, p. 12 689.

[1662] Disposition jugée contraire à la convention n°158 de l'OIT par la Cour d'appel de Paris le 6 juillet 2007 : *« Qu'il en résulte qu'en excluant la nécessité d'asseoir la rupture du contrat « nouvelles embauches » sur un motif réel et sérieux, l'ordonnance du 2 août 2005 déroge à l'article 4 de la convention n°158 »*. Article 4 de la convention n°158 de l'OIT qui prévoit qu'*« un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service »*.
CA Paris (18ème chambre), 6 juillet 2007, *JCP*, S, n°29 du 17 juillet 2007, 1565, note P. MORVAN ; J.-P. LHERNOULD, « Le CNE à bout de souffle », *RJS* 8-9/07, p.695-700 ; *RPDS*, juillet 2007, p.235, note L. MILET ; *Semaine Sociale Lamy*, n°1316 du 16 juillet 2007, p.2-3.

[1663] **Disposition de l'ordonnance du 2 août 2005 jugée contraire à l'article 7 de la convention n°158 de l'OIT par la Cour d'appel de Paris le 6 juillet 2007**.
Article 7 de la convention OIT n°158 selon lequel *« un travailleur ne devra être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées »*.
CA Paris (18ème chambre), 6 juillet 2007, *JCP*, S, n°29 du 17 juillet 2007, 1565, note P. MORVAN ; J.-P. LHERNOULD, « Le CNE à bout de souffle », *RJS* 8-9/07, p.695-700 ; *RPDS*, juillet 2007, p.235, note L. MILET ; *Semaine Sociale Lamy*, n°1316 du 16 juillet 2007, p.2-3.

En outre, **aucune obligation de motivation** n'est imposée à l'employeur [1664]. Nous avons antérieurement émis nos critiques par rapport à cette absence de formalisme. Selon nous, il serait souhaitable d'**imposer une obligation de motivation** de la rupture. Elle permettrait à l'employeur de prendre conscience de la gravité de la rupture du contrat de travail au regard du rôle social de l'entreprise. Mais elle renforcerait aussi et surtout les droits de la défense du salarié en lui offrant la possibilité de connaître le motif de la rupture. Nous pensons que la transparence devrait être prescrite au moment de la rupture.

654 Hormis ces deux normes, qui effectivement ne sont pas des moindres, **le droit procédural du licenciement a attiré inéluctablement vers lui la rupture de la période de consolidation d'emploi du CNE**. En effet, nous allons constater maintenant que certaines **garanties procédurales applicables au licenciement sont transposées à cette période biennale**.

655 Ainsi, **à l'image de la règle de droit commun, la notification de la rupture de la période de consolidation d'emploi doit se faire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception** [1665]. Aucune formalité équivalente n'est admise, telle la remise en main propre contre décharge.

656 Ensuite, *« lorsque l'employeur est à l'initiative de la rupture, sauf faute grave ou force majeure, la présentation de la lettre recommandée fait courir, dès lors que le salarié est présent depuis au moins un mois dans l'entreprise, un* ***préavis****. La durée de celui-ci est fixée à deux semaines, dans le cas d'un contrat conclu depuis moins de six mois à la date de la présentation de la lettre recommandée, et à un mois dans le cas d'un contrat conclu depuis au*

[1664] **La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs fustigé, le 6 juillet 2007, cette absence d'information du salarié sur les motifs de la rupture**, le salarié devant en outre *« supporter la charge de la preuve d'un abus de droit de son employeur »*. S'appuyant sur une décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999, la Cour précise que *« la simple notification de la rupture prévue par l'ordonnance du 2 août 2005 n'équivaut pas à l'information exigée »*. En effet, le CNE entre dans la catégorie des contrats nécessitant *« une protection de l'une des parties »*, le salarié se trouvant *« dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de son contractant »* : CA Paris (18ème chambre), 6 juillet 2007, *JCP*, S, n°29 du 17 juillet 2007, 1565, note P. MORVAN ; J.-P. LHERNOULD, « Le CNE à bout de souffle », *RJS* 8-9/07, p.695-700 ; *RPDS*, juillet 2007, p.235, note L. MILET ; *Semaine Sociale Lamy*, n°1316 du 16 juillet 2007, p.2-3.

[1665] Article 2, 1° de l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005.

moins six mois » [1666]. Le point de départ du préavis se situe donc à la date de présentation de la lettre recommandée. Solution qui est identique à celle retenue par l'article L. 122-14-1 alinéa 1er du Code du travail pour le licenciement dans un CDI de droit commun.

657 Enfin, la rupture de la période de consolidation d'emploi par l'employeur engendre des conséquences financières. Certes, le salarié n'a pas droit à l'indemnité légale de licenciement. Il bénéficie, cependant, d'une *« indemnité égale à 8% du montant total de la rémunération brute due au salarié depuis la conclusion du contrat »* en sus de l'indemnité de congés payés [1667]. Ce faisant, **la rupture du CNE est souvent plus coûteuse qu'un licenciement** dans un CDI de droit commun. En effet, le licenciement reposant sur une cause réelle et sérieuse n'ouvre droit qu'à une modeste indemnité légale de licenciement, dont est même privé le salarié qui ne justifie pas de deux années d'ancienneté.
Quant au régime fiscal et social de l'indemnité de rupture du CNE, il est calqué sur celui de l'indemnité de licenciement de droit commun.

658 La rupture de la période de consolidation d'emploi emprunte donc **de nombreuses règles procédurales au droit du licenciement**.
Ceci est d'autant plus vrai quand la rupture est motivée par une faute **disciplinaire** du salarié. En effet, en cette hypothèse, **la procédure afférente doit être respectée**.
De façon similaire, les dispositions relatives aux procédures d'information et de consultation régissant les **procédures de licenciement économique collectif sont applicables** lorsque l'employeur envisage de rompre la période de consolidation d'emploi du CNE [1668]. Soulignons, toutefois, que, du fait des seuils requis pour mettre en place les procédures de licenciements collectifs, ces contentieux ne seront guère fréquents dans les entreprises concernées par le contrat de travail nouvelles embauches (celles qui emploient au plus vingt salariés).

[1666] Article 2, 2° de l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005.

[1667] Article 2, 3° de l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005. Cependant, cette indemnité de 8% n'est pas due en cas de faute grave.

[1668] Article 2 alinéa 8 de l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005, *« Par exception aux dispositions du deuxième alinéa, les ruptures du contrat de travail envisagées à l'initiative de l'employeur sont prises en compte pour la mise en œuvre des procédures d'information et de consultation régissant les procédures de licenciement économique collectif prévues au Chapitre I du Titre II du Livre III du Code du travail »*.

Le droit procédural et indemnitaire du licenciement marque donc de son empreinte la rupture de la période biennale du CNE, que le législateur a pourtant voulu affranchi du droit du licenciement jugé trop rigide.

La même force d'attraction se fait ressentir, à un degré néanmoins inférieur, lorsque le contrat de travail est rompu d'un commun accord entre employeur et salarié.

F - L'influence sur la rupture d'un commun accord

En vertu de l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil, les parties qui, par la force du seul échange de leur consentement, ont créé le contrat, peuvent de la même manière, mettre fin à leur relation. Cette rupture d'un « commun accord », issue du droit des obligations, ne requiert nulle procédure préalable ni formalisme particulier et n'implique pas davantage de garanties financières.

Si cette logique contractuelle prévaut encore à ce jour lorsque la rupture intervient d'un commun accord pour un motif inhérent à la personne du salarié (1°), bien différente est la situation quand un motif économique est à l'origine de la négociation de la rupture du contrat de travail (2°). En ce cas, les garanties statutaires instaurées au profit du licenciement économique exercent leur pouvoir d'aimantation.

1° - La rupture d'un commun accord pour motif personnel

659 La rupture d'un commun accord pour motif personnel permet d'échapper à toutes les règles procédurales et indemnitaires du licenciement.

Ainsi, aucune procédure préalable n'a besoin d'être suivie [1669]. En particulier, la rédaction d'un écrit n'est pas obligatoire [1670]. Subséquemment, aucune motivation de la

[1669] Cass. soc., 12 mai 1993, n°89-43.346 : En l'espèce, la Cour de cassation décide qu'une Cour d'appel décide à bon droit que, dans la mesure où la rupture du contrat intervient d'un commun accord, la procédure de licenciement ne trouve pas à s'appliquer et déboute le salarié de sa demande en paiement d'indemnités pour non-respect de la procédure de licenciement.

[1670] Toutefois, un tel document paraît indispensable pour des raisons évidentes de preuve. Elaborer un écrit contribue à dévoiler la volonté des parties de mettre fin à la relation de travail par consentement mutuel. Par ailleurs, la rupture d'un commun accord d'un contrat d'apprentissage doit obligatoirement être passée par

rupture n'est requise [1671].

De la même façon aucun texte légal ne spécifie un droit au préavis en cas de rupture d'un commun accord [1672], pas plus qu'à une indemnité de licenciement [1673].

660 Soulignons d'ailleurs que non seulement la procédure de licenciement n'a pas lieu d'être mise en œuvre, mais qu'en outre son application remet immédiatement en cause la validité de la rupture négociée [1674]. En effet, de telles formalités permettent de mettre en doute la réalité des consentements des parties et offre la possibilité aux juges de requalifier la rupture d'un commun accord en licenciement.

661 Enfin, un dernier aspect, certes à la périphérie de notre propos, doit être souligné car il permet de démontrer pareillement l'autonomie de la rupture d'un commun accord intervenant pour un motif personnel par rapport aux garanties financières accordées en cas de licenciement. Il s'agit du droit aux allocations chômage.

écrit (Voir par exemple, Cass. soc., 1er février 2005, *RJS* 4/05, n°424) et notifiée tant au centre de formation des apprentis qu'au service ayant enregistré le contrat d'apprentissage. Sans cela, la rupture du contrat est prononcée aux torts de l'employeur.

[1671] Cass. soc., 17 janvier 1985, *Dr. soc.* 1985, p.698.

[1672] ◆ Cass. soc., 12 février 1985, *Bull. civ.*, V, n°95 ; *Dr. soc.* 1985, p.699 : *« Un employeur est à bon droit débouté de sa demande en indemnité compensatrice de préavis contre le salarié démissionnaire s'il résulte des circonstances de fait que le contrat avait pris fin par la volonté commune des parties à la date de remise du certificat de travail »*.

◆ Cass. soc., 8 février 1989, n°86-11.022, *Bull. civ.*, V, n°104 ; *RJS* 3/89, n°266.

◆ Cass. soc., 30 juin 1993, *Bull. civ.*, V, n°189 ; *Dr. soc.* 1993, p.770 : le contrat de travail étant rompu d'un commun accord, aucun préavis n'est dû. Un salarié ne peut donc pas demander une indemnité compensatrice de préavis.

[1673] Cass. soc., 20 mars 1980, n°78-40.907, *Bull. civ.*, V, n°278 : le salarié ne peut pas imposer le paiement de l'indemnité de licenciement dans la mesure où la rupture n'est pas de cette nature.

[1674] ◆ Cass. soc., 3 avril 1990, *RJS* 5/90, n°376.

◆ Cass. soc., 11 octobre 2000, n°98-42.067.

En principe, le bénéfice des allocations chômage est réservé aux salariés involontairement privés d'emploi [1675]. En conséquence, le salarié ayant « volontairement » mis un terme à son contrat de travail en accord avec l'employeur est dépossédé du droit à percevoir de telles indemnités. L'ASSEDIC prononce, dans ce cas, une décision de refus de prise en charge motivée par le caractère volontaire du chômage [1676].

Cette position nous paraît critiquable. En effet, la qualification de « rupture d'un commun accord » n'est permise que lorsque l'employeur et le salarié se partagent l'initiative de la rupture des relations. Sans aller jusqu'à affirmer que la fin de la relation est consensuelle (parce que souvent la fin du contrat de travail traduit un désaccord entre l'employeur et le salarié), elle résulte d'un nouvel accord entre les parties qui, ce faisant, choisissent de se partager l'initiative de la rupture. Et ce, dans le but de défaire ce qui avait été fait par elles. L'objectif de cette rupture est précisément de nier toute imputabilité à la charge de l'une ou de l'autre [1677]. Dès lors, nous pouvons nous interroger sur le point de savoir pourquoi un tel partage n'est pas retenu concernant l'indemnisation du chômage.

Il nous semble inexact de considérer que le salarié, dont le contrat de travail a été rompu d'un commun accord, se prive volontairement d'emploi comme le fait le démissionnaire. C'est pourquoi, nous suggérons que les partenaires sociaux, gestionnaires du régime d'assurance chômage, ouvrent le droit à indemnisation au salarié dont le contrat de travail est rompu d'un commun accord pour motif personnel dans des conditions proches de celles du salarié licencié

[1675] Convention UNEDIC du 18 janvier 2006 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage, *J.O.* du 2 mars 2006, p.3138 (http://info.assedic.fr/unijuridis/travail/documents/XCnvACh06.pdf). Voir également la circulaire UNEDIC n°2006-14 du 21 juillet 2006 : *« Sont considérés comme involontairement privés d'emploi, les salariés dont la cessation de contrat de travail résulte : d'un licenciement ; d'une fin de contrat de travail à durée déterminée ; d'une démission considérée comme légitime ; d'une rupture de contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'article L. 321-1 du code du travail »* : http://info.assedic.fr/unijuridis/travail/documents/ci200614.pdf.

[1676] Toutefois, si le chômage se prolonge à l'issue d'un délai de 121 jours, l'intéressé peut saisir la commission paritaire de l'ASSEDIC afin qu'elle examine sa situation en vue d'une prise en charge éventuelle à compter du 122ème jour de chômage. La commission paritaire examinera les efforts de reclassement de l'intéressé et décidera si le chômage peut désormais être considéré comme involontaire.

[1677] À ce sujet, voir les développements de N. HAUSER-COSTA, *La qualification de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée en droit comparé franco-italien*, Thèse, Université de Nancy 2, 2000, p.284-289.

(mais avec, par exemple, un délai de carence plus long). Au regard de la catégorisation juridique, ce système hybride d'indemnisation permettrait de n'imputer la rupture du contrat de travail ni au salarié (il n'est plus regardé comme volontairement privé d'emploi) ni à l'employeur (la rupture n'est pas qualifiée de licenciement et le revenu de remplacement servi au salarié n'obéissent pas exactement aux mêmes règles).

Cette révision du régime de l'assurance chômage aurait en outre l'avantage d'aligner, au moins en partie, le traitement réservé aux salariés dont le contrat de travail est rompu d'un commun accord pour motif personnel sur celui réservé à ceux dont la rupture amiable intervient pour un motif économique.

2 °- La rupture d'un commun accord économique

662 En vertu de l'article L. 321-1 alinéa 2 du Code du travail [1678]**, la procédure de licenciement économique est applicable à** toute forme de rupture qui trouve son origine dans un motif économique. Sont donc concernées **toutes les ruptures amiables reposant sur un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié** résultant d'une suppression ou d'une transformation d'emploi ou d'une modification refusée par le salarié d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. L'administration [1679] a précisé que la loi vise tout système qu'il soit

---

[1678] Issu de l'article 26 de la loi n°92-722 du 29 juillet 1992, *J.O. Ass. Nat.* du 5 juillet 1992, p.10215. Loi qui transpose la directive n°92/56 du 24 juin 1992 relative aux licenciements collectifs.

La loi du 29 juillet 1992 consacre ainsi, en l'étendant, la solution dégagée par la Cour de cassation : Cass. soc., 10 avril 1991, *Bull. civ.*, V, n°179 ; *D.* 1992, sommaires commentés, p.290, note M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC ; *Dr. soc.* 1991, p.515 ; *JCP*, E, 1991, II, 188, note F. TAQUET ; *RJS* 5/91, n°562 : Dans cet arrêt , la Chambre sociale considère que toute *« opération de gestion du personnel tendant, pour un motif économique, à la suppression de nombreux emplois »* s'analyse en un projet de licenciement collectif soumis aux articles L. 321-1 et suivants du Code du travail, même si l'employeur *« a choisi de privilégier les départs volontaires, qui peuvent être valablement négociés en vue de parvenir à la résiliation du contrat de travail d'un commun accord »*.

La jurisprudence pénale avait également reconnu la consommation du délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise lorsque l'employeur, sous le couvert de départs en préretraite, avait licencié plus de dix salariés dans une même période de trente jours avec lesquels il avait négocié individuellement : Cass. crim., 11 mai 1989, *Bull. crim.*, n°196.

[1679] Circulaire ministérielle n°92-26 du 29 décembre 1992.

négocié ou non avec les organisations syndicales, par lequel l'employeur entend réduire les effectifs de l'entreprise ou modifier la structure de ceux-ci, en accordant aux salariés volontaires au départ une compensation pécuniaire [1680].

L'employeur doit donc, tout d'abord, identifier la procédure applicable en fonction du nombre de salariés concernés.

663 En présence d'une rupture d'un commun accord avec un seul salarié engendrée par un motif économique, la méthode est très sommaire puisque aucune règle particulière de procédure ne s'impose [1681]. En effet, dans ce cas, ce sont les règles relatives à la rupture d'un commun accord pour motif personnel qui s'appliquent.

À l'opposé, en cas de rupture d'un commun accord du contrat de travail de plusieurs salariés, l'employeur doit respecter les garanties collectives relatives au licenciement économique collectif. Dispositif protecteur qui varie selon le nombre de salariés concernés.

664 Ainsi, l'employeur est tenu de **consulter les représentants du personnel** dans les conditions fixées par les articles L. 321-2, L. 321-3 et L. 321-4 du Code du travail, en leur communiquant tous les renseignements utiles sur le projet de réduction des effectifs. Et en particulier, en leur indiquant les raisons économiques, financières ou techniques de ce projet, le nombre de salariés touchés par une suppression d'emploi et le calendrier prévisionnel des ruptures [1682].

[1680] La question demeure, cependant, entière à propos des « départs volontaires » visés dans le II de l'article L. 320-2 du Code du travail, tel qu'issu de la loi n°2006-1640 du 21 décembre 2006. Ces départs volontaires, prévus par un accord de gestion prévisionnelle de l'emploi, impliquent-ils que soit suivie une procédure de licenciement collectif ? Et, subséquemment, un plan de sauvegarde de l'emploi s'impose t-il dans le cas où interviendraient au moins dix départs sur une période de trente jours ?
Pour une étude approfondie, voir : G. COUTURIER, « Le motif économique des départs volontaires (à propos de l'article 16 de la loi du 21 décembre 2006) », *Dr. soc*. septembre – octobre 2007, p.978-983.

[1681] En revanche, la question se pose de savoir si le comité d'entreprise doit être consulté sur la conclusion d'une unique rupture d'un commun accord économique au titre du livre IV du Code du travail, lequel prévoit qu'il donne un avis sur la marche générale de l'entreprise et notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs ou encore sur tout projet de restructuration et compression d'effectifs. Par prudence, nous recommandons une telle consultation.

[1682] TGI Paris, 22 novembre 1994, *RJS* 1/95, n°12.

La non consultation du comité d'entreprise en cas de départs collectifs négociés caractérise le délit d'entrave [1683].

665 Lorsque le projet porte sur au moins dix départs volontaires, celui-ci est notifié à l'autorité administrative, en application de l'article L. 321-7 du Code du travail.
Le seuil de dix salariés rend également obligatoire, pour l'employeur occupant cinquante salariés et plus, **l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi** [1684], même si ce dernier consiste exclusivement en la proposition de départs volontaires [1685].
En cas de non-respect de cette obligation prévue à l'article L. 321-4-1 du Code du travail, *« la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement de salariés s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel »*. Dans la mesure où le législateur a expressément soumis toute rupture du contrat de travail justifiée par une cause économique à la procédure de licenciement économique, il nous semblerait logique que les sanctions tirées du non-respect de cette procédure doivent de la même façon être appliquées sans distinction du mode de rupture. La sanction de la nullité de la rupture d'un commun accord s'imposerait alors en cas de carence quant à la présentation d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Curieusement, cette sanction consistant en la nullité de la rupture est catégoriquement rejetée par la Cour de cassation [1686]. Toutefois, s'agissant d'une décision isolée, nous nous abstiendrons d'en tirer une conclusion définitive.

666 Une autre conséquence découle de l'application de la procédure de licenciement à la rupture d'un commun accord d'origine économique : l'employeur doit proposer la convention

---

[1683] ◆ Cass. crim., 28 septembre 1993, n°92-86.615, *RJS* 2/94, n°138.
◆ Cass. crim., 29 novembre 1994, n°93-81.321, *Bull. crim.*, n°385.

[1684] Cass. soc., 22 février 1995, n°92-11.566, *Bull. civ.*, V, n°68.

[1685] Mais un plan de sauvegarde de l'emploi, se bornant à prévoir des mesures de départs volontaires assortis d'une indemnité substantielle, ne satisfait pas aux dispositions de l'article L. 321-4-1 du Code du travail, les départs négociés n'étant pas des mesures visant au reclassement des salariés : Cass. soc., 13 février 1997, n°96-41.874, *Juris. Hebdo*. n°7615 du 20 février 1997.

[1686] Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-40.702, *RJS* 7/04, n°802.

de reclassement personnalisé (CRP) [1687]. En effet, la proposition de la CRP est inscrite dans le chapitre du Code du travail relatif à la procédure de licenciement économique.

667 Enfin, en application de l'article L. 321-14, l'employeur doit indiquer au salarié qui a accepté la rupture d'un commun accord de son contrat de travail pour un motif économique qu'il bénéficie d'une priorité de réembauchage pendant un an [1688].
En pratique, des difficultés surviennent dans la mesure où l'article L. 122-14-2 alinéa 3 du Code du travail impose à l'employeur d'informer le salarié, dans la lettre de licenciement, de son droit au bénéfice de la priorité de réembauchage et de ses modalités de mise en œuvre. Or, le régime de la rupture d'un commun accord ignore la lettre de licenciement. Cette obligation légale ne peut donc être remplie. C'est pourquoi, la Cour de cassation a décidé que l'employeur ne pouvait être sanctionné pour avoir omis d'informer le salarié de son droit à la priorité de réembauchage selon les modalités prévues par l'article L. 122-14-2 du Code du travail [1689]. En définitive, seul un manquement à l'obligation de réembauchage elle-même peut être puni par le paiement d'une indemnité. Il semble néanmoins utile et prudent, en pratique, de rappeler ce droit et les conditions de son exercice dans l'accord qui formalise la rupture du contrat de travail pour prévenir toute contestation ultérieure.

668 Enfin, dernier aspect à évoquer concernant spécifiquement la rupture d'un commun accord liée à un motif économique : l'indemnisation du chômage. La situation se montre ici totalement différente de celle de la rupture amiable pour motif personnel précédemment évoquée.
La circulaire UNEDIC n°2006-14 du 21 juillet 2006 considère expressément que : *« sont considérés comme involontairement privés d'emploi, les salariés dont la cessation de contrat de travail résulte […] d'une rupture de contrat de travail résultant de l'une des causes*

[1687] Circulaire UNEDIC n°2006-09 du 13 avril 2006.

[1688] ◆ Cass. soc., 10 mai 1999, n°96-19.828, *Bull. civ.*, V, n°202 ; *CSBP* 1999, n°112, S 387, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 1999, I. R., p.157 ; *Dr. soc.* 1999, p.736, obs. B. GAURIAU.

◆ Cass. soc., 13 septembre 2005, n°04-40.135, *Bull. civ.*, V, n°252 ; *CSBP* 2005, n°175, S 401, obs. Y. M. ; *Dr. soc.* 2005, p.1059, note G. COUTURIER ; *JCP*, S, n°16 du 11 octobre 2005, 1259, p.24-26, note P.-Y. VERKINDT ; *RJS* 11/05, n°1083 ; *Semaine Sociale Lamy* du 26 septembre 2005, n°1229, p.12.

[1689] Cass. soc., 2 novembre 2005, n°02-44.721, *CBSP*, février 2006, n°177, S 103, obs. C. CHARBONNEAU ; *RJS* 1/06, n°19 ; *Semaine Sociale Lamy* du 24 avril 2006, n°1258, p.10.

énoncées à l'article L. 321-1 du code du travail » [1690]. En conséquence, toutes les périodes de chômage faisant suite à des ruptures de contrat de travail qui, quelle que soit leur nature, sont visées par l'article L. 321-1 du Code du travail doivent automatiquement être considérées comme du chômage involontaire ouvrant droit au bénéfice des prestations de chômage. Les salariés qui acceptent de quitter volontairement leur emploi suite à une raison économique sont donc considérés par l'assurance chômage comme des salariés licenciés.

669 Nous le voyons, la rupture d'un commun accord pour motif économique est largement soumise au pouvoir d'attraction du régime procédural et indemnitaire du licenciement économique.

Seules sont exclues les dispositions relatives à l'ordre des licenciements qui, par hypothèse, supposent le prononcé de licenciement [1691]. Le juge concède effectivement que l'employeur n'est tenu de mettre en œuvre cette disposition que lorsqu'un licenciement pour motif économique est décidé [1692]. L'employeur peut donc choisir librement, parmi les candidats aux départs volontaires, ceux qui vont bénéficier de cette mesure.

Sont également exclues les normes relatives au licenciement inscrites au livre I du Code du travail (articles L. 122-4 et suivants). Ce qui signifie, plus précisément, que sont écartées [1693] les exigences légales quant à l'entretien préalable [1694], à la notification [1695], au respect d'un

---

[1690] http://info.assedic.fr/unijuridis/travail/documents/ci200614.pdf.

[1691] Sauf si l'employeur s'engage à s'y soumettre : Cass. soc., 10 mai 2005, n°02-45.237, *Semaine Sociale Lamy* du 23 mai 2005, n°1216, p.15.

[1692] Cass. soc., 12 juillet 2004, n°02-19.175, *RJS* 10/04, n°1014 : *« La réduction d'effectif envisagée ne devait se réaliser, selon le plan social, qu'au moyen d'accords de rupture négociés conclus avec les seuls salariés souhaitant quitter volontairement l'entreprise, à l'exclusion de tout licenciement économique, la Cour d'appel en a déduit à bon droit, que l'employeur qui n'envisageait pas de prononcer des licenciements pour motif économique n'était alors pas tenu de consulter le comité d'entreprise sur des critères d'ordre des licenciements ».*

[1693] Cass. soc., 2 décembre 2003, n°01-46.540 et 01-46.176, *Juris. Hebdo* n°844 du 15 décembre 2003.

[1694] Article L. 122-14 du Code du travail.

[1695] Article L. 122-14-1 et L. 122-14-2 du Code du travail.

préavis [1696] et à la motivation de la rupture [1697]. L'indemnité compensatrice de congés payés doit, en revanche, être versée.

Nous pensons par ailleurs que, par extrapolation, doit être exclue l'application de la disposition de l'article L. 122-9 relative à l'indemnité de licenciement. En effet, celle-ci se trouve dans le livre I du Code du travail, et donc dans les garanties individuelles accordées en cas de licenciement. Or, nous venons de l'évoquer, ces garanties sont écartées par les juges, qui n'appliquent à la rupture d'un commun accord pour motif économique que les garanties collectives mentionnées par le livre III. Pourquoi, alors, l'indemnité de licenciement devrait-elle faire exception ? La Cour de cassation se prononce d'ailleurs en ce sens [1698].

670 Nous le constatons, **l'assujettissement ou non de la rupture d'un commun accord pour motif économique aux règles du licenciement pose de multiples problèmes de délimitation**. Il est, en effet, délicat de transposer l'application des règles procédurales et indemnitaires du licenciement à un mode de rupture qui ne reçoit pas cette qualification. **La logique contractuelle inhérente à la rupture d'un commun accord entre en confrontation directe avec la logique statutaire du licenciement**.

671 C'est une des raisons pour lesquelles certains auteurs [1699] souhaitent *« libérer le départ volontaire pour motif économique »* en l'affranchissant des règles procédurales du

---

[1696] Article L. 122-6 du Code du travail.

En ce sens : Cass. soc., 30 juin 1993, n°92-40.008, *Bull. civ.*, V, n°189.

[1697] Article L. 122-14-1 du Code du travail.

Voir : ◆ Cass. soc., 2 décembre 2003, *Bull. civ.*, V, n°309 ; *RJS* 2/04, n°179 ; *D.* 2004, sommaires commentés, 390, obs. A. LYON-CAEN ; *JCP*, E, 2004, II, 605, note F. PETIT ; *JCP*, G, 2004, I, 177, n°8, obs. J.-F. CESARO : en présence d'un accord collectif qui visait à réduire les effectifs de l'entreprise sur la base du volontariat pour éviter des licenciements durant une période déterminée, la lettre adressée par l'employeur n'avait pas à être motivée à l'instar d'une lettre de licenciement selon l'article L. 122-14-2 du Code du travail.

◆ Cass. soc., 26 octobre 2004, n°02-40.959, *CSBP* 2005, n°166, S 39, obs. F.-J. PANSIER.

[1698] ◆ Cass. soc., 20 mars 1980, n°78-40.907, *Bull. civ.*, V, n°278.

◆ Cass. soc., 6 mars 2001, n°00-41.367.

◆ Cass. soc., 26 janvier 2005, n°02-44.474.

[1699] Voir principalement : ◆ P. MORVAN, « Libérer le départ volontaire pour motif économique », *Dr. soc.* 2005, p.59-67 ; « Le droit des licenciements pour motif économique après la loi de cohésion sociale (Loi n°2005-32, 18 janvier 2005), *TPS*, février 2005, p.8-14.

licenciement. Cette idée a d'ailleurs trouvé écho auprès de parlementaires qui, lors du vote de la loi de programmation pour la cohésion sociale, ont déposé des amendements [1700] proposant à l'Assemblée Nationale l'abrogation de l'alinéa deuxième de l'article L. 321-1 qui soumet aux dispositions du livre III toute rupture du contrat de travail résultant d'un motif économique. Une telle abrogation n'a, au final, pas été retenue [1701].

672 À l'inverse, d'autres juristes [1702] requièrent une application plus complète du droit du licenciement économique. Ainsi, selon F. WASSMER, *« la cause première de la rupture du contrat découle de la situation économique de l'entreprise et non de l'accord de volonté entre les deux parties qui n'en est que la conséquence »* [1703]. Aussi, le salarié devrait-il pouvoir prétendre à toutes les indemnités qu'il aurait reçues s'il avait été licencié au lieu et place de la rupture négociée.

673 Pour notre part, nous ne pouvons que dresser le constat selon lequel **le régime de la rupture d'un commun accord liée à un motif économique, telle qu'il existe aujourd'hui, ne présente guère d'intérêt pour aucune des deux parties au contrat de travail**.
En effet, pour l'employeur, la procédure à mettre en œuvre est aussi lourde que celle applicable en cas de licenciement économique. En conséquence, la liberté contractuelle présente en droit commun des obligations disparaît totalement sous la logique statutaire du licenciement. Ensuite, il faut souligner que la rupture d'un commun accord pour motif économique peut s'avérer, à ce jour, plus onéreuse pour l'employeur qu'un licenciement

---

◆ F. TAQUET, note sous Cass. soc., 10 avril 1991, *JCP*, E, n°32, jurisprudence, 188, p.204.

[1700] Amendements n°55 rectifié et 308.

[1701] Les amendements ont été rejetés lors de la troisième séance à l'Assemblée Nationale du 2 décembre 2004.
Voir à ce propos l'intervention du ministre délégué aux relations du travail : *« Nous ne souhaitons pas que les ruptures négociées liées à une réorganisation de l'entreprise aient lieu en dehors du cadre collectif du licenciement économique tel que nous l'avons défini, car elles peuvent donner lieu, qu'on le veuille ou non, à des détournements, voire à des pressions sur les salariés »*.

[1702] Voir, par exemple, R. VATINET, « Le mutuus dissensus », *RTDciv.* 1987, p.265.

[1703] F. WASSMER, « La rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée » in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p.485.

économique. Et ce, dans la mesure où, en pratique, les indemnités de licenciement sont souvent inférieures à celles offertes en cas de départ volontaire. Mais aussi et surtout, les indemnités versées en cas de rupture amiable entrent intégralement dans l'assiette des cotisations de Sécurité sociale [1704], ce qui renchérit leur coût global.
Quant au salarié, la rupture d'un commun accord pour motif économique, telle qu'organisée aujourd'hui, ne lui apporte guère d'avantages. En effet, lorsque le salarié n'est pas spontanément candidat au départ mais répond favorablement à une proposition de rupture que lui expose son employeur, celui-ci perd tout droit à contester en justice l'ordre des licenciements mais également la cause réelle et sérieuse du licenciement [1705] puisqu'une telle qualification de « licenciement » est écartée.

Dès lors, nous pouvons nous demander si l'application des règles de procédure préalable à la rupture est réellement protectrice des intérêts du salarié qu'elle entend défendre.

La question se pose de manière encore plus aiguë quand le salarié propose volontairement sa « candidature » à un départ volontaire dans le cadre d'un licenciement économique collectif. En effet, dans cette hypothèse, le plus souvent ce qui pousse un salarié à proposer sa candidature pour quitter son entreprise initiale est le fait d'avoir trouvé un nouvel emploi ou encore le choix de créer sa propre société.
Dès lors, la procédure obligatoire relative à la rupture d'un commun accord économique se révèle un obstacle. Sa mise en œuvre nécessite un certain temps. Temps que le salarié sur le départ ne peut comprendre : l'entreprise cherche à réduire au plus vite ses effectifs, le salarié souhaite partir, or, la loi refuse un règlement rapide de la situation.

[1704] Article L. 242-1 dernier alinéa du Code de la Sécurité Sociale qui pose un principe général d'assujettissement des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail. Toutefois, lorsque celles-ci sont versées dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, elles sont exonérées.
Par ailleurs, sont intégralement soumises à la CSG et à la CRDS, les indemnités de départ volontaire versées en dehors d'un plan de sauvegarde de l'emploi. De même, les indemnités versées dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi restent soumises à la CSG et à la CRDS mais uniquement pour leurs fractions excédant les montants légaux ou conventionnels.

[1705] ◆ Cass. soc., 3 mars 1993, *Dr. soc.* 1993, p.384.

◆ Cass. soc., 2 décembre 2003, n°01-46.540, *CSBP* 2004, n°158, A 18, obs. F.-J. PANSIER ; *D.* 2004, n°6, p.389, obs. A. LYON-CAEN ; *TPS*, février 2004, n°41. En l'espèce, la décision de la Cour d'appel est cassée parce qu'elle s'était prononcée sur la cause économique de la rupture.

Ce synopsis ouvre alors l'interrogation suivante : À trop vouloir protéger le salarié contre la perte de son emploi, des employeurs ne peuvent-ils pas être tentés de détourner la loi en utilisant un licenciement pour motif personnel de complaisance suivi d'une transaction ? Ce qui permet, de la sorte, d'alléger la procédure (l'obligation de consulter les représentants du personnel et l'obligation de reclassement sont écartées) et, en conséquence, de réduire les délais afférents à la rupture d'un commun accord pour motif économique. Assurément, la procédure de licenciement pour motif personnel, bien qu'existante, est moins contraignante. Quant à la transaction, elle permettra, notamment, d'empêcher le salarié de contester la cause réelle et sérieuse de licenciement qui, de toute évidence, sera mensongère.
C'est ce constat qui explique d'ailleurs, au moins partiellement, les statistiques relevées en 2003 par la DARES qui montraient une augmentation inquiétante du nombre de licenciements pour motif personnel [1706].

674 C'est pour éviter ce décalage entre le droit et son application que nous pensons qu'il est **urgent pour les partenaires sociaux et/ou le législateur de se saisir de la question du régime de la rupture d'un commun accord intervenant pour une raison économique**. En effet, dans un contexte où les délocalisations et restructurations d'entreprises sont fréquentes, le recours aux ruptures d'un commun accord permet d'échapper aux licenciements économiques, toujours mauvais en termes « d'image » pour l'entreprise. Il leur appartiendra alors de choisir entre **deux options** radicalement opposées.
La première consiste à conserver aux parties la possibilité de convenir d'un commun accord de la rupture suite à un motif économique, mais en imposant l'application de l'ensemble des règles du statut procédural et indemnitaire du licenciement économique. Ce qui signifierait que le salarié bénéficierait de l'ensemble de la procédure de licenciement (consultation des représentants du personnel ; mise en place, le cas échéant d'un plan de sauvegarde de l'emploi ; notification écrite de la rupture ; motivation écrite et précise de la rupture) ainsi que des indemnités du licenciement. De la même façon, le salarié obtiendrait le droit de contester en justice la cause réelle et sérieuse de la rupture, le défaut de reclassement, voire l'ordre des

[1706] « Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel », Premières informations de la DARES, n°28-2, juillet 2003 : http://www.travail.gouv.fr/IMG/pdf/publication_pips_200307_n-28-2_nouveaux-usage-licenciement-motif-personnel.pdf. *« Les licenciements pour motif personnel seraient l'un des moyens de réduire ou de recomposer la main d'œuvre dans le cadre des restructurations. Moins visibles que les licenciements économiques des plans sociaux, ils préserveraient l'image de l'entreprise et seraient « indolores » pour le corps social. Enfin, ils permettraient de procéder à des licenciements plus sélectifs* ».

ruptures négociées pour motif économique [1707]. Dans cette optique, la rupture d'un commun accord demeurerait une qualification autonome issue du droit civil mais serait entièrement absorbée par le droit du licenciement. Ce faisant, **la logique statutaire du licenciement primerait sur la liberté contractuelle** en vue d'assurer une protection efficace des intérêts du salarié.

La seconde option réside en l'affranchissement partiel ou total de la rupture d'un commun accord économique du carcan procédural du licenciement [1708], afin de **lui rendre son statut originel de mode de rupture civiliste soumis à la liberté contractuelle**. Cette solution permettrait, en outre, de traiter de manière uniforme la rupture d'un commun accord qu'elle intervienne pour motif personnel ou pour motif économique, débouchant par la même sur une simplification du droit et subséquemment sur une plus grande lisibilité pour tous les acteurs du droit du travail. Telle est d'ailleurs l'orientation prônée par la présidente du MEDEF, Laurence PARISOT en son ouvrage intitulé « Besoin d'Air » [1709] dans lequel elle propose la « séparabilité » amiable. Il s'agirait d'organiser, de manière bien plus large qu'aujourd'hui, une rupture par consentement mutuel qui échapperait à la fois aux règles du licenciement et au contrôle du juge, sauf vice du consentement. Dans cette optique, trois garde-fous pourraient être mis en place : le salarié disposerait d'un droit de rétractation ; le salarié percevrait une indemnité qui ne saurait être inférieure à l'indemnité de licenciement ; enfin, la rupture ouvrirait toujours droit aux allocations chômage, quelle que soit la raison ayant amené les parties au contrat de travail à se séparer [1710].

[1707] En ce sens, voir F. WASSMER, « La rupture négociée du contrat de travail à durée indéterminée » in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p. 485-486.

[1708] En ce sens, voir entre autres : ◆ Rapport de M. DE VIRVILLE du 15 janvier 2004 qui constate que la pratique du faux licenciement se généralise et qui préconise donc, pour contrer cette dérive, de rendre la rupture d'un commun accord plus attractive : Proposition n°17 du rapport au Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, « Pour un Code du travail plus efficace ».

◆ P. MORVAN, « Libérer le départ volontaire pour motif économique », *Dr. soc.* 2005, p.65.

[1709] L. PARISOT, *Besoin d'air*, Le Seuil, Paris, 2007, 150 pages.

[1710] F. TAQUET, quant à lui, propose de compléter l'article L. 122-4 alinéa 1 du Code du travail afin de créer un contrat de départ négocié. Ledit contrat n'obéirait pas au même régime procédural selon qu'il serait conclu pour un motif personnel ou économique. En revanche, il ouvrirait toujours droit, pour le salarié, à une

Quelle que soit la solution négociée, elle devra **assurer un équilibre entre liberté contractuelle et protection statutaire**. En effet, le régime de la rupture d'un commun accord se doit de protéger le salarié (pour lequel le contrat de travail ne constitue pas qu'un simple contrat synallagmatique [1711]) mais en ne négligeant pas la caractéristique originelle du droit des contrats qu'est le consensualisme.

675 De manière plus globale, il apparaît que législateurs successifs et magistrats du travail ont tenté d'assurer, pour **tous les modes de rupture dans lesquels l'employeur prend part** (qu'il soit seul à l'initiative de la rupture ou y donne simplement son accord), un équilibre entre d'une part, la liberté d'entreprendre de ce dernier et, d'autre part, la nécessaire protection des droits fondamentaux du salarié. Et ce, en **les attirant inéluctablement dans le champ magnétique du régime procédural et indemnitaire du licenciement**. Ainsi, aujourd'hui, le droit du licenciement a acquis un pouvoir d'aimantation rémanent. Tous les modes de rupture du contrat de travail, y compris ceux issus du droit civil, y sont soumis fragmentairement, voire totalement quand le salarié est protégé. Seule la rupture du contrat de travail par le salarié résiste encore à ce « magnétisme juridique » du licenciement puisqu'elle demeure affranchie de toute contrainte procédurale et indemnitaire.

---

prise en charge par l'assurance chômage : « Pour la création d'un contrat de départ négocié », *Revue française de comptabilité*, mars 2007,n °397, p.41-42.

[1711] *« L'assimilation du contrat de travail au seul contrat synallagmatique, par lequel le salarié propose ses services contre une rémunération, constitue une vision réductrice, voire simpliste et même dépassée »* : F. EWALD, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986, p.99.

Section 2 - La rupture du contrat de travail par le salarié affranchie de tout régime procédural et indemnitaire

En dépit de sa parenté avec le licenciement, le droit de résiliation donné au salarié ne connaît pas dans son exercice les restrictions auxquels le licenciement est astreint. La législation sociale ne veut mettre aucune entrave, ni procédurale, ni formaliste, ni indemnitaire à la liberté du salarié peu important la forme qu'elle revêt : démission (§1), prise d'acte (§2), départ à la retraite (§3) ou encore rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée (§4). Il s'agit, en effet, pour le salarié de sauvegarder une liberté fondamentale de la personne : la possibilité de retrouver par la rupture, son indépendance.

§ 1 - La démission

676 Parce qu'elle ne se pose pas, en principe, en termes conflictuels, **la démission est largement restée ignorée par le législateur et la doctrine**. Le régime de la démission est estompé par les problèmes soulevés par la législation sur le licenciement.

Le désintérêt législatif à l'égard de la démission se révèle particulièrement dans la loi du 13 juillet 1973 qui vise pourtant de manière large, le droit de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée. Celle-ci n'apporte aucune innovation en la matière : la démission demeure un acte très souplement réglementé par le droit du travail. **Alors que** nous avons vu que **le droit civil perd une grande partie de son attraction sur la rupture émanant de l'employeur, la démission du salarié reste sous l'emprise des techniques civilistes**.

Les articles L. 122-4 et L. 122-5 du Code du travail ne prévoient **aucune condition de forme particulière** au congé donné par le salarié à son employeur et n'exigent **pas davantage le respect d'une procédure préalable à la rupture** (A). Le salarié doit pouvoir reprendre sa liberté à tout moment sans être contraint par un formalisme rigide. La seule restriction vient de l'article L. 122-5 du même Code qui concerne *« l'existence et la durée du délai congé »* dans le cas d'une résiliation à l'initiative du salarié.

Sans remettre en cause cette logique consistant à faire prévaloir la liberté du salarié, nous pensons que l'absence cumulée de formalisme et de procédure en matière de démission

est source de contentieux. C'est la raison pour laquelle nous suggérons une **évolution** en la matière **allant dans le sens d'un encadrement formel du droit de résiliation unilatérale du salarié** (B).

A - Le principe de la liberté de démissionner

Tandis que le licenciement devient de plus en plus réglementé, à l'inverse la liberté de démissionner s'affirme à travers une absence de formalisme (1°). Seul le respect d'un préavis, dont la durée n'est pas légalement définie, est attendu du salarié (2°).

1° - L'absence de formalisme

677 Le Code du travail ne prévoit aucune procédure à respecter. Et ce, quand bien même le salarié qui démissionne est protégé : ce dernier n'a aucune formalité préalable supplémentaire à effectuer. Dès lors qu'elle présente bien les caractères d'une décision unilatérale, la démission du salarié protégé est valable.
Ceci prouve que le législateur social ne veut mettre aucune entrave à la liberté du salarié, même si, par ailleurs, il s'efforce de renforcer la stabilité de l'emploi.

678 La démission n'obéit à aucune forme légalement déterminée [1712]. Elle peut s'exprimer oralement [1713], voire par courrier électronique [1714]. Toutefois, lorsqu'elle est délivrée par

---

[1712] Cass. soc., 1er décembre 2004, n°02-46.341, *CSBP* 2005, n°167, S 56, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.* 2005, p.339, obs. B. GAURIAU ; *Jur. soc.*, septembre 2006, p.258 ; *RJS* 2/05, n°151 ; *TPS*, février 2005, n°45 : *« Aucune disposition légale n'exige que la lettre de démission soit notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception »*.

[1713] ◆ Cass. soc, 8 octobre 1970, n°69-40.287, *Bull. civ.*, V, n°511 : A été tenu pour démissionnaire le salarié qui, ayant refusé d'exécuter un ordre, quitte son travail en disant « Je prends ma veste et je m'en vais » et ne revient pas à la reprise du travail.

◆ Cass. soc, 30 novembre 1977, n°76-40.741, *Bull. civ.*, V, n°662 ; *D.* 1978, I. R., 64 : Démissionne le représentant qui, devant le refus de son employeur de tenir compte de diverses réclamations, présente sa démission non sous la forme d'une simple hypothèse mais sous celle d'une manifestation formelle : même si la démission n'avait pas été confirmée par écrit, sa manifestation de volonté avait été clairement exprimée.

◆ Cass. soc, 10 décembre 1980, n°79-41.105 : Est jugé démissionnaire, le salarié d'une société de

courriel, se pose la délicate question de l'auteur exact de ce message.
Lorsqu'elle est adressée verbalement, la démission risque d'être disqualifiée par le juge s'il se vérifie que les faits de l'espèce ne démontrent pas la volonté réelle et sans équivoque du salarié de rompre le contrat de travail.

Cela signifie t-il que la rédaction d'une lettre de démission rend celle-ci nécessairement sans équivoque ?

679 La réponse est définitivement négative. Les juges du fond ne sont pas liés par les termes de la lettre de démission. Il leur appartient d'apprécier souverainement d'après l'ensemble des circonstances de l'espèce si le document émanant du salarié exprime réellement sa volonté.
Ainsi, la lettre révèle une volonté non équivoque de démissionner lorsqu'elle apparaît comme le résultat d'une réflexion qui se manifeste par l'écoulement d'un délai entre les reproches faits par l'employeur et l'envoi de la lettre [1715] ; lorsqu'elle est confirmée par la suite [1716] ; lorsqu'elle ne laisse apparaître ni dans son contenu, ni dans les circonstances dans lesquelles elle a été écrite aucune contrainte, ni aucun trouble du comportement [1717].

---

construction qui se présente à son travail en tenue de ville et déclare qu'il ne viendrait plus travailler et qu'il démissionnait.

[1714] CA Paris, 16 novembre 2001 : En l'espèce, il s'agissait d'un e-mail titré « Démission », avec deux pages d'explications commençant par : « Comme promis, je vais t'expliquer les raisons pour lesquelles j'ai décidé de partir ». Le salarié était ensuite revenu trois semaines plus tard, demandant la requalification de la rupture et des dommages et intérêts. La Cour d'appel refuse cette rétractation tardive.

[1715] ◆ Cass. soc, 8 juillet 1992, *CSBP* 1992, S 140 : Dans cet arrêt, la lettre est l'aboutissement de discussions. Elle est rédigée quatre jours après l'entretien avec l'employeur par un cadre qui a eu le temps de réfléchir en toute liberté et de prendre éventuellement conseil auprès de personnes compétentes.

◆ Cass. soc, 22 janvier 1992, Mme Molteno c/ Sté Barthelemy Prado Sud : En l'espèce, la démission est valable car donnée après un entretien avec l'employeur, suivi d'une discussion avec les délégués du personnel, hors la présence de l'employeur, alors que le salarié a été invité par ses collègues à bien réfléchir.

[1716] CA Aix-en-Provence, 29 juin 1994, Juris-Data n°048982.

[1717] Cass. soc, 17 mai 2000, n°98-45.209 : Caractérise une volonté claire et non équivoque de démissionner, la lettre rédigée sans contrainte et non rétractée dans laquelle le salarié dit vouloir quitter l'entreprise et demande à être dispensé de préavis dans la perspective d'un nouvel emploi.

À l'inverse, n'ont pas été considérées comme révélant une volonté certaine et non équivoque de démissionner : la lettre signée par un salarié ne sachant ni lire ni écrire [1718] ; la lettre par laquelle le salarié demande un congé sans solde à son employeur quand bien même il emploie maladroitement le mot « démission » dans une correspondance ultérieure[1719] ; la lettre dans laquelle un salarié écrit *« pour me faire tous ces reproches, il faut que vous ne m'estimiez pas du tout et si cela peut vous faire plaisir, tenez cette lettre comme une démission car moi aussi j'en ai assez de vos reproches »* [1720] ; la lettre dictée par l'employeur [1721] ou écrite sous la contrainte [1722] ; la lettre de démission écrite de la main même de l'épouse de l'employeur et postée de la commune où celui-ci avait son domicile [1723] ; la lettre rédigée sous la menace d'une plainte ou d'une action en justice [1724] ; la lettre de démission rédigée par l'employeur,

---

[1718] ◆ Cass. soc, 30 novembre 1994, *RJS* 1/95, n°6.

◆ CA Paris, 23 octobre 1986, N'Guyen : Cas du salarié étranger qui ne sait ni lire ni écrire le français et à qui l'employeur fait signer une lettre de démission rédigée en français.

[1719] CA Paris, 26 juillet 1986, *D*. 1986, I. R., p.346.

[1720] Cass. soc, 12 novembre 1987, n°85-41.726, *Bull. civ.*, V, n°637 ; *Gaz. Pal*., 1988, 1, panorama de jurisprudence, p.9.

[1721] Cass. soc, 5 mars 1987, n°84-43.181 : En l'espèce, la salariée est contrainte par son employeur d'écrire et de signer sa lettre de démission. En outre, l'employeur avait reconnu lui-même qu'il voulait que sa salariée démissionne.
En sens contraire mais plus ancien : Cass. soc, 18 décembre 1978, n°77-40.906 : En l'espèce, il s'agissait d'une formule pré imprimée par l'employeur sur laquelle le salarié appose sa signature et mentionne la date. La Cour de cassation a estimé qu'il y avait une manifestation de volonté suffisante de la part du salarié, même si celui-ci est *« d'origine étrangère et de condition modeste »*.

[1722] Conseil de prud'hommes de Saintes, 23 novembre 1990, *Dr. ouvrier* 1991, p.134.

[1723] Cass. soc, 28 février 2001, n°98-45.681.

[1724] CA Caen, 17 janvier 2000 : *« Rédigée par le salarié de façon manuscrite sur une feuille de papier quadrillée, la démission du secrétaire général de la chambre artisanale porte les marques de l'improvisation et de la soudaineté »*. En l'espèce, la lettre avait été rédigée après la révélation publique d'une large utilisation du Minitel rose, avec quarante minutes pour réfléchir à d'éventuelles poursuites pénales.

signée par le salarié qui se rétracte trois jours après [1725] et, plus récemment, la lettre de démission avec réserves [1726].

En fait, l'existence d'une lettre de démission sans réserves a pour principale conséquence d'alourdir la charge de la preuve pesant sur le salarié à qui il appartiendra de démontrer que sa volonté réelle ne correspond pas à sa volonté apparente [1727].

680 Notons, toutefois, qu'il arrive parfois que cette lettre soit requise. En effet, le principe de l'absence de formalisme légal n'empêche pas les parties de convenir par contrat d'une procédure de démission, ni les partenaires sociaux de l'organiser, par voie de convention collective. C'est ainsi que de nombreuses conventions collectives prévoient que la démission du salarié doit être notifiée par écrit à l'employeur par lettre recommandée ou remise contre décharge.
La question qui se pose est celle de la sanction à laquelle s'expose le salarié qui, lors de sa démission, n'applique pas la procédure conventionnellement prévue. Dans ce cas, le salarié peut éventuellement se voir condamner par les juges du fond au versement de dommages et intérêts pour rupture abusive [1728]. Indemnisation qui est calculée en fonction du préjudice subi par l'employeur. La même sanction est d'ailleurs encourue par le salarié qui ne respecte pas le préavis conventionnellement fixé.

[1725] Cass. soc., 26 septembre 2002, *RJS* 12/02, n°1369.

[1726] ◆ Cass. soc., 9 mai 2007, n°05-40.315, *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* du 21 mai 2007, n°126 ; *RDT*, juillet/août 2007, p.452, obs. G. AUZERO ; *RJS* 7/07, n°823 : *« Ayant relevé que la lettre de démission était accompagnée d'un décompte des sommes que le salarié prétendait lui être dues au titre de ses heures supplémentaires et repos compensateur, la Cour d'appel qui a déduit de ces circonstances que la volonté de démissionner du salarié était équivoque a statué à bon droit »*.

◆ Cass. soc., 9 mai 2007, n°05-40.744, *Liaisons Sociales Juris. Hebdo* du 24 août 2007, n°202, p.1 : *« Ayant constaté que la lettre de démission était accompagnée d'un décompte des sommes que le salarié prétendait lui être dues au titre des heures supplémentaires, de primes de productivité et de frais, la Cour d'appel, qui a déduit de ces circonstances que la manifestation de la volonté de démissionner du salarié était équivoque, a statué à bon droit »*.

[1727] Cass. soc, 19 mars 1981, n°78-40.392, *Bull. civ.*, V, n°239.

[1728] Cependant, le non-respect de ces règles conventionnelles ne suffit pas, à lui seul, à remettre en cause la démission du salarié : ◆ Cass. soc., 27 mai 1992, n°89-40.264, *Bull. civ.*, V, n°350.

◆ Cass. soc., 28 septembre 2004, n°02-43.299, *RJS* 12/04, n°1253.

2 °- Le respect d'un préavis

681 Le préavis est le délai qui s'écoule entre le moment où la décision de rompre le contrat est notifiée, et celui où le contrat de travail prend effectivement fin.
C'est la loi du 19 juillet 1928 qui, se référant aux pratiques existant dans la plupart des professions, instaure le principe du respect, par chacune des parties, d'un délai de congédiement ou délai de préavis en cas de résiliation unilatérale du contrat de travail. Mais, elle n'en fixe pas la durée, se contentant de renvoyer sur ce point aux usages.

682 La loi du 13 juillet 1973 n'est guère plus diserte. Elle se contente, en effet, d'indiquer en l'article L. 122-5 du Code du travail que *« Dans le cas de résiliation à l'initiative du salarié, l'existence et la durée du délai-congé résultent soit de la loi, soit de « la convention ou de l'accord collectif de travail ». En l'absence de dispositions légales, de « convention ou accord collectif de travail » relatifs au délai-congé, cette existence et cette durée résultent des usages pratiqués dans la localité ou la profession »*.

Ainsi, au regard de la loi, le salarié qui démissionne doit respecter un préavis. Il s'agit là de la **seule restriction apportée au principe de libre rupture par le salarié du contrat de travail**. Or, le Code du travail ne fixe pas de durée de préavis, exception faite des journalistes [1729], des VRP [1730] et des personnes employées par des particuliers [1731].

[1729] Article L. 761-4 du Code du travail : *« La durée du préavis est pour l'une ou l'autre des parties [...] d'un mois si le contrat a reçu exécution pendant une durée inférieure ou égale à trois ans et deux mois, si ce contrat a été exécuté pendant plus de trois ans »*.
La convention collective nationale des journalistes ne prévoit, quant à elle, qu'un mois de préavis quelle que soit l'ancienneté du journaliste. Étant de ce fait plus favorable, elle doit s'appliquer de préférence au Code du travail pour la démission des journalistes ayant une ancienneté supérieure à trois ans.
À ce sujet, voir CA Paris, 29 octobre 1984, SGP c/ Sergent.

[1730] Article L. 751-5 du Code du travail : La durée du délai congé *« ne peut jamais être inférieure à un mois durant la première année d'application, à deux mois durant la deuxième année, et à trois mois au-delà de la deuxième année »*.
L'accord interprofessionnel des VRP prévoit la même durée.

[1731] Article L. 773-9 du Code du travail : *« Dans le cas d'un contrat à durée indéterminée, la décision, par une personne mentionnée à la présente section, de ne plus garder un enfant qui lui était confié depuis au*

683 C'est donc vers le droit conventionnel collectif et, de manière subsidiaire [1732], vers l'usage *« pratiqué dans la localité et la profession »* qu'il faut se tourner pour déterminer la durée du préavis dont est redevable le salarié démissionnaire.

684 Le contrat de travail individuel peut également comporter une clause relative au préavis de démission. Mais c'est sous réserve d'être plus favorable que la convention collective et les usages applicables. En effet, avant 1988, le préavis contractuel de démission connaissait un grand usage : soucieuses de fidéliser leurs meilleurs éléments, des entreprises formulaient à l'embauche, particulièrement pour les commerciaux, une durée de délai congé extrêmement longue (entre trois et huit mois). Ceci permettait, en cas de démission, de muter le salarié à un poste moins sensible, et mettait l'employeur en position de force dans l'optique d'une éventuelle transaction. La Cour de cassation a ainsi dû intervenir par un arrêt du 16 juin 1988 [1733] pour rappeler l'ordre public social : la norme la moins élevée, le contrat de travail, ne peut se révéler moins favorable au salarié que la norme supérieure, la convention collective. Ainsi, seule la clause du contrat de travail envisageant un préavis plus court que celui de la convention collective est valable. Ceci conduisant à une reprise de liberté plus rapide par le salarié [1734].
Suivant le même raisonnement, une convention collective ne peut à la fois définir la durée de préavis et permettre au contrat de travail de fixer une durée supérieure [1735].

---

moins trois mois est subordonnée à un préavis de quinze jours, à moins que l'employeur n'accepte d'abréger cette durée ».

[1732] Ceci signifie qu'en cas de contradiction entre la convention collective applicable et l'usage, le texte conventionnel prime. Et ce, quand bien même l'usage serait plus favorable au salarié démissionnaire en matière de durée du préavis.

[1733] Cass. soc, 16 juin 1988, n°86-40.358, *Bull. civ.*, V, n°371.

[1734]
- Cass. soc, 30 mars 1995, *Gaz. Pal.* 1995, 1, panorama de jurisprudence, p.112.
- Cass. soc, 19 juin 1996, n°93-44.728.

[1735] Cass. soc, 1er avril 1992, n°90-43.999, *Bull. civ.*, V, n°222 ; *CSBP* 1992, A 26.

En revanche, le salarié peut décider, de lui-même, de donner un préavis plus long que le délai congé conventionnel [1736]. Dans ce cas, l'employeur devra laisser travailler le salarié et le rémunérer jusqu'à la date fixée par ce dernier pour la cessation effective de l'emploi [1737]. S'il se sépare du salarié au terme de la durée fixée pour le préavis par la convention collective (ou l'usage), il prend l'initiative d'une rupture anticipée et doit verser au salarié une indemnité pour le délai restant à courir.

Cependant, à titre exceptionnel, l'employeur peut refuser son accord à l'allongement du préavis proposé par le salarié si l'attitude de celui-ci manifeste un état d'esprit qui rend impossible une continuation de la collaboration. De la sorte, une prolongation a été refusée à un salarié en raison des termes désobligeants et volontairement critiques employés par celui-ci dans sa lettre de démission [1738].

685 Le Code du travail impose donc au salarié démissionnaire de respecter un préavis. Cette obligation a pour finalité de permettre à l'employeur d'anticiper les conséquences de la rupture. Aussi, le salarié qui ne respecte pas cette obligation court le risque de condamnation à dommages et intérêts pour abus du droit de démissionner, sur la base de l'article L 122-13 ou d'un texte conventionnel [1739]. Dans une telle hypothèse, la preuve du caractère abusif de la rupture et du préjudice causé revient à l'employeur.

[1736] ◆ Cass. soc, 2 février 1993, *RJS* 3/93, n°266 ; *CSBP*, 1993, A 20.
◆ Cass. soc, 11 avril 1996, n°93-40.789, *Bull. civ.*, V, n°153.

[1737] ◆ Cass. soc, 21 novembre 1984, n°84-42.323, *Bull. civ*., V, n°448.
◆ Cass. soc, 2 février 1993, n°89-44.334.

[1738] Cass. soc, 8 juin 1977, n°75-40.816, *Bull. civ.*, V, n°382.

[1739] Ainsi, par exemple, l'article 20 de la convention collective nationale de la pharmacie d'officine du 3 décembre 1997 précise un délai congé de démission d'un mois et *« dans le cas d'inobservation du délai-congé par le salarié, celui-ci devra une indemnité correspondante aux heures de travail qu'il aurait dû effectuer »* . De la même façon, l'article 2.12 de la convention collective nationale du commerce et de la réparation de l'automobile, du cycle et du motocycle et des activités connexes, ainsi que du contrôle technique automobile du 15 janvier 1981 prévoit que *« la partie qui n'observera pas le préavis devra à l'autre une indemnité égale aux appointements correspondant à la durée du préavis restant à courir, sur la base de l'horaire pratiqué dans l'entreprise »*.

Une telle disposition se retrouve également dans l'article 29 de la convention collective nationale des vins, cidres, jus de fruits, sirops, spiritueux et liqueurs de France du 13 février 1969 : *« La partie qui n'observerait pas*

Au terme de cette présentation, nous constatons donc que, contrairement à son faux symétrique qu'est le licenciement, la démission ne donne lieu à aucune procédure légalement obligatoire et favorable à la réflexion. Seule l'exigence d'un délai de préavis, dont l'existence et la durée dépendent du seul droit conventionnel, vient encadrer le pouvoir de résiliation unilatérale du contrat de travail du salarié. Nous pensons qu'une telle liberté, qui s'inscrit certes dans la philosophie de l'article 1780 du Code civil, peut s'avérer néfaste pour les droits de chacune des parties au contrat de travail. C'est la raison pour laquelle une évolution formelle et procédurale nous semble souhaitable.

B - Une évolution formelle et procédurale souhaitable

L'acte par lequel le salarié met en œuvre son droit de résilier unilatéralement le contrat de travail ne requiert ni forme particulière ni procédure préalable. Or, nous l'avons déjà mentionné à de nombreuses reprises, le contrat de travail ne constitue pas un simple contrat synallagmatique. Il est impossible de s'en tenir, comme en d'autres domaines du droit des obligations, à une *« analyse contractuelle de la relation de travail »* [1740] : le contrat de travail fait entrer le salarié dans un statut à multiples facettes. C'est la raison pour laquelle nous suggérons une évolution du régime formel et procédural de la démission.

686 Comme pour le licenciement en 1973, la mise en place d'une procédure légale aurait pour premier objectif de **prévenir la rupture** du contrat de travail. En effet, en imposant un délai de procédure, le salarié serait mis en mesure de prendre conscience de la gravité de son acte de démission qui le fait sortir du statut salarial [1741].
Puis, si la décision de rupture par le salarié est définitive, imposer la rédaction d'un écrit permettrait de **préparer un éventuel contentieux**. En effet, l'écrit lèverait le doute rencontré

---

le préavis devrait à l'autre une indemnité égale au salaire correspondant à la durée du préavis restant à courir ».

[1740] P. CHAUMETTE, « Le médecin du travail, l'employeur et l'inspecteur du travail », *Dr. soc.* mars 1983, p.188.

[1741] En outre, le salarié démissionnaire peut se placer ainsi que, le cas échéant, sa famille, dans une situation financière délicate s'il n'occupe pas rapidement un nouvel emploi puisque la convention UNEDIC ne fait bénéficier de l'assurance chômage que les salariés involontairement privés d'emploi (ce que n'est pas, en principe, un salarié démissionnaire, sauf démission considérée comme légitime).

parfois sur l'existence même de la rupture du contrat de travail. En outre, la formalisation par écrit de la démission permettrait d'éviter une partie du contentieux relatif au caractère « non équivoque » que doit présenter la démission [1742].

Mais, cette évolution procédurale et formelle peut revêtir plusieurs degrés de contrainte : elle peut être le symétrique parfait du licenciement (1°) ou, et c'est la solution qui a notre préférence, revêtir un aspect plus souple (2°).

1° - Un formalisme symétrique à celui du licenciement

Tout d'abord, il est envisageable de créer, en matière de démission, une procédure proche de celle qui existe en matière de licenciement. Il faut d'abord en exposer la teneur (a) avant de voir les avantages (b) et les inconvénients (c) de celle-ci.

a - Présentation de la réforme

687 Dans l'optique d'une procédure symétrique à celle existante pour le licenciement, le salarié aurait l'obligation d'envoyer une lettre recommandée avec accusé de réception (ou remise en main propre contre décharge) à l'employeur dans laquelle il lui exposerait sa volonté de quitter l'entreprise.

688 Puis, deuxième étape de la procédure de démission : un délai de réflexion.
La durée de ce temps de réflexion serait à examiner précisément, mais nous pensons qu'un délai compris entre un et sept jours francs maximums serait raisonnable. Il correspond au minimum qui existe en matière de procédure de licenciement et au maximum prévu en matière de droit de la consommation.

689 Enfin, le salarié aurait l'obligation d'envoyer à l'employeur une seconde lettre recommandée avec accusé de réception précisant que sa décision définitive de démissionner est prise.

Le législateur pourrait ainsi créer un article dans le Code du travail, équivalent à l'article L. 122-14 prévu pour le licenciement, qui énoncerait : *« Le salarié qui envisage de*

[1742] Caractère non équivoque dont nous souhaitons la suppression dans l'actuelle définition de la démission : Voir développements dans la Première Partie de la thèse.

démissionner doit, avant toute décision, informer l'employeur par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge de son intention de quitter l'entreprise. Puis, après un délai de réflexion compris entre un et sept jours francs maximums après la date de notification de la première lettre, le salarié doit notifier sa décision définitive à l'employeur par une seconde lettre recommandée ».

b - Avantages de la réforme

690 Une telle procédure, proche de celle qui existe actuellement pour le licenciement, permettrait d'éviter plusieurs écueils présents aujourd'hui en matière de démission.

D'une part, elle permettrait d'échapper à certains problèmes liés à la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail.

Ensuite, elle permettrait d'esquiver les difficultés attachées aux notions de volonté sérieuse et non équivoque de démissionner ainsi qu'au problème de la rétractation de la démission.
En effet, avec un tel système, le contentieux relatif à la manifestation de volonté sérieuse du salarié disparaît. Les démissions prises sous le coup de la fatigue, de la colère ou du désarroi ne seraient plus valables à défaut d'un écrit faisant suite à un délai de réflexion.
De la même façon, les arrêts acceptant ou non selon l'espèce la rétractation du salarié n'auraient plus lieu d'être : la rétractation de la démission ne serait plus possible, le salarié ayant eu le temps de penser à sa décision. Et ce, grâce au temps de réflexion accordé.
Il nous semble donc qu'un tel délai est impératif en la matière.

Nous le voyons, cette nouvelle procédure aurait l'avantage non négligeable de réduire le contentieux (celui qui existe concernant la notion de manifestation de volonté sérieuse et non équivoque) et par la même de réduire l'insécurité juridique dans laquelle se trouvent aujourd'hui les parties, spécialement lorsqu'elles ne savent par avance comment les juges apprécieront par exemple la rétractation dont a fait preuve le salarié.

Il ne s'agit pas d'interdire la démission mais de la rendre plus sûre pour les deux parties contractantes. Cependant, une telle réforme s'expose à de sérieuses critiques.

c - Inconvénients de la réforme

691 Nous le comprenons très vite, cette procédure présente un inconvénient majeur : elle est extrêmement rigide. Elle risque fort probablement d'être considérée comme une atteinte au droit fondamental du salarié de se démettre d'un contrat conclu sans détermination de durée et qui ne le satisfait plus.
En outre, elle risque souvent, en pratique, de ne pas être respectée par les salariés démissionnaires.

Tel n'est bien évidemment pas le but recherché. Il faut donc, sans doute, y préférer une procédure plus souple.

2 °- Une procédure et un formalisme protecteurs souples

La procédure que nous proposons réside en deux innovations essentielles : un écrit obligatoire (a) ainsi que la mise en place d'un délai de réflexion au profit du salarié (b).

a - Un écrit obligatoire

692 À ce jour, nous l'avons vu, il n'existe aucune obligation légale, pour le salarié, de notifier par écrit sa décision de démissionner. Cette lacune doit être comblée et non en se reposant seulement sur les obligations conventionnelles contenues dans les accords collectifs de travail. Une lettre doit être exigée par la loi dans tous les cas où le salarié décide de quitter son emploi.
En outre, pour des questions d'ordre probatoire, l'écrit doit prendre la forme d'une lettre recommandée avec accusé de réception.

Ensuite, nous pensons qu'un temps de réflexion doit s'imposer en la matière.

b - Un délai de réflexion

693 Nous avons pu détailler précédemment les vertus d'un tel délai. Mais nous avons également compris qu'il risquerait d'alourdir la mise en œuvre du départ du salarié. C'est la raison pour laquelle nous suggérons la création d'un délai de réflexion identique à celui qui existe en droit de la consommation.
Dans cette matière, le consommateur bénéficie d'une protection car il est reconnu comme la

partie faible au contrat [1743]. Ainsi, l'article L. 121-20 du Code de la consommation prévoit, en matière de vente à distance : *« Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour »*. De façon identique, en matière de démarchage, l'article L. 121-25 du même Code précise : *« Dans les sept jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception [...] Toute clause du contrat par laquelle le client abandonne son droit de renoncer à sa commande ou à son engagement d'achat est nulle et non avenue »* [1744].

Nous suggérons qu'un délai de réflexion semblable soit instauré en faveur du salarié démissionnaire. Un tel droit de repentir n'est d'ailleurs pas une idée neuve en la matière puisque nous la retrouvions déjà dans les propos de M. NAUDÉ en 1973 [1745].
Contrairement au délai précédemment proposé, celui-ci aurait l'avantage de ne pas rallonger la procédure de démission. Il permettrait simplement au salarié hésitant de réfléchir et, éventuellement de revenir sur sa décision. Quant au salarié qui démissionnerait de façon rapide, sur un coup de tête, il serait protégé contre lui-même. Un délai de sept jours lui serait ouvert afin de réfléchir sérieusement aux conséquences d'un tel départ.

694 Pour l'employeur également, ce délai de réflexion serait une aubaine. En effet, il saurait qu'à son expiration, la décision du salarié deviendrait définitive. Aucune contestation ultérieure sur le caractère sérieux ne pourrait être portée en justice.
De la même façon, disparaît l'aléa de la qualification en présence, aujourd'hui, d'une telle rétractation. En effet, selon l'espèce, il arrive que des rétractations données après une durée semblable ne subissent pas le même traitement en justice : l'une permettra de faire disqualifier

---

[1743] V. CHRISTIANOS, « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », *D.* 1993, 28.

[1744] Dans le même sens : article L. 311-15 du Code de la consommation à propos de la vente à crédit.

[1745] F. NAUDÉ, « Réflexion à propos du projet de loi modifiant le droit de licenciement », *Dr. soc.* 1973, p.147.
Dans le mêmes sens, E. FRAISE propose de définir une période stricte au cours de laquelle le salarié démissionnaire conserverait la possibilité de se rétracter : « Rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié », *RPDS*, n°716, décembre 2004, p.384.

la démission alors que telle autre ne le pourra pas en raison, par exemple, du niveau du salarié dans la hiérarchie sociale.
Grâce à la constitution du délai de réflexion que nous présentons, une telle disparité de traitement disparaîtrait. Tous les salariés seraient soumis à la même protection. En outre, cela permettrait une certaine **objectivation de la matière**, rendant en conséquence la situation juridique des parties plus stable.

695 Certains objecteront sans doute que ce nouveau délai de réflexion n'est pas aussi favorable qu'il peut y paraître pour les employeurs dans la mesure où, pendant sept jours, une incertitude demeure quant à l'intention réelle du salarié démissionnaire.
Cette critique ne nous apparaît pas fondée. En effet, à ce jour, une grande majorité de conventions collectives organisent un délai de préavis avant la cessation de la relation contractuelle. Il suffit, par conséquent, de décider que le délai de réflexion s'impute sur le temps de préavis.
Concernant les dispenses de préavis, elles seront toujours possibles, sous réserve, néanmoins, de ne pas avoir pour effet de supprimer le délai de réflexion. Cela signifie que le salarié pourra être dispensé d'exécuter son préavis sauf pendant les sept premiers jours qui resteront toujours obligatoires.

696 Tout ceci nous amène à proposer l'élaboration d'un nouvel article dans le Code du travail qui pourrait ainsi être formulé :
« Dans le cas de résiliation à l'initiative du salarié, celui-ci doit notifier sa décision à l'employeur par lettre recommandée avec accusé de réception ou par lettre remise en main propre contre décharge.
Le salarié dispose d'un délai de sept jours francs, à compter de la date de première présentation de la lettre pour rétracter sa décision, par lettre recommandée avec accusé de réception ou lettre remise en main propre contre décharge, sans avoir à justifier de motifs. Lorsque le droit de rétractation est exercé, le contrat de travail se poursuit aux conditions antérieures.
À l'expiration du délai de réflexion, la démission devient définitive, sous réserve de vice. Le délai de réflexion s'impute sur le délai-congé éventuellement prévu à l'article L. 122-5 du présent Code.
Toute clause du contrat de travail par laquelle le salarié abandonne son droit de renoncer à sa démission est nulle et non avenue ».

697 La mise en place d'un tel article nous paraîtrait constituer une belle avancée dans le système de protection du salarié. Cependant, nous savons qu'une règle de droit n'est appliquée que si elle est entourée de sanctions en cas de non-respect de celle-ci. Nous espérons, en conséquence, l'élaboration corrélative d'un article venant autoriser le juge à allouer une indemnité à l'employeur, calculée en fonction du préjudice subi, dès lors que le salarié démissionnaire ne se soumet pas à la procédure légale. S'agissant d'une règle de forme, il convient de la sanctionner comme telle, c'est à dire que le non-respect du formalisme ne doit pas affecter la validité de la démission.

698 Procédure qui, en revanche, n'impose aucunement la motivation de la rupture. En effet, l'employeur n'a nul besoin de connaître les raisons du départ du salarié. Contrairement au licenciement où une motivation précise est nécessaire, le respect des droits de la défense n'est pas en jeu quand le salarié démissionne.

Il en va différemment, selon nous, quand le salarié « prend acte » de la rupture de son contrat de travail. Or, en cette hypothèse, le salarié n'a pas davantage l'obligation de respecter de procédure ni de préciser par écrit à l'employeur les motifs amenant à la rupture de la relation de travail.

§ 2 - La prise d'acte de la rupture du contrat de travail

699 La Chambre sociale a admis que, lorsque l'employeur ne respecte pas tout ou partie de ses obligations, le salarié peut « prendre acte » de la rupture de son contrat de travail et quitter l'entreprise. Et ce, **sans aucune procédure préalable ni formalisme**.

700 Ce faisant, la Cour de cassation fait fi des principes UNIDROIT [1746] et de ceux du droit européen des contrats [1747], qui certes n'ont pas de valeur juridique réelle, mais ont pour

[1746] Article 7-3-1 et suivants. Les Principes UNIDROIT forment un Code des obligations qui a vocation à régir des contrats du commerce international. Ils sont le fruit d'un vaste travail de recherche comparatif qui aboutit à une reformulation unifiée et idéale des droits des contrats nationaux. Texte disponible à l'adresse suivante : http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf.

[1747] Article 9-301. Les principes du droit européen des contrats n'ont pas de valeur légale mais sont issus d'un travail de mise en ordre et d'harmonisation des différents droits européens qui pourrait, dans l'avenir, servir de base à un éventuel Code européen des contrats.

ambition de servir de référence à chaque droit interne pour connaître une sorte de consensus international en matière de droit des contrats. En effet, s'ils retiennent assurément la possibilité d'une résolution unilatérale du contrat en cas d'*« inexécution essentielle »* de la part du cocontractant, c'est sous condition d'une *« notification au débiteur »*. Or, selon la jurisprudence sociale française, le salarié (voire, son conseil [1748]) n'a nulle obligation de notifier la prise d'acte à son employeur. Plus, si une lettre de prise d'acte existe, elle ne fixe pas les limites du litige [1749]. Ce qui signifie que le salarié peut prendre acte de la rupture en invoquant divers motifs dans sa lettre de résiliation puis en exciper d'autres, de nature totalement ou partiellement différente, devant le juge. Ce dernier est alors tenu d'examiner tous les manquements de l'employeur invoqués devant lui même si le salarié ne les a pas mentionnés dans cet écrit [1750].

D'autre part, toujours selon les principes susmentionnés, le débiteur doit être mis en demeure

---

[1748] La Cour de cassation a admis que la prise d'acte n'étant soumise à aucun formalisme, elle pouvait valablement être présentée par le conseil du salarié, au nom de celui-ci : Cass. soc., 4 avril 2007, n°05-42.847, *CSBP*, n°192, juillet – août 2007, S 298, obs. C. CHARBONNEAU ; *JCP*, E, n°24 du 14 juin 2007, 1762, note S. BÉAL.

[1749] ◆ Cass. soc., 29 juin 2005, n°03-42.804, *CSBP* 2005, n°175, A 78, obs. C. CHARBONNEAU ; *D.* 2005, n°39, jurisprudence, p.2723, note P. LOKIEC ; *Dr. soc.* 2005, p.1058, note G. COUTURIER ; C. GAILLARD, « La prise d'acte de la rupture », *JCP*, E, n°39 du 29 septembre 2005, 1422, p.1613-1614 ; *RJS* 10/05, n°959 ; *Semaine Sociale Lamy* du 11 juillet 2005, n°1223, p.11 : *« L'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur ne fixe pas les limites du litige ; le juge est tenu d'examiner les manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié, même si celui-ci ne les a pas mentionnés dans cet écrit »*.

◆ Cass. soc., 15 février 2006, n°03-47.363, *Semaine Sociale Lamy,* 3 avril 2006, n°1255, p.12-13.

◆ Cass. soc., 5 avril 2006, *RJS* 6/06, n°697.

◆ Cass. soc., 5 juillet 2006, n° 04-40.134, *CSBP* décembre 2006, n°185, S 472, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. soc.*, novembre 2006, p.1069, note F. FAVENNEC-HÉRY ; *JCP*, S, n°39 du 26 septembre 2006, 1757, note J.-Y. FROUIN ; *RJS* 10/06, n°1091. En l'espèce, le salarié était titulaire d'un mandat représentatif, et par conséquent, protégé.

◆ Cass. soc., 7 novembre 2006, n°05-43.549, *CSBP* 2007, n°187, S 70, obs. C. CHARBONNEAU.

[1750] En revanche, **de manière paradoxale**, l'employeur doit faire figurer dans l'attestation destinée à l'ASSEDIC le motif exact de la rupture du contrat de travail, tel qu'il ressort de la prise d'acte du salarié : Cass. soc., 27 septembre 2006, n°05-40.414, *Dr. soc.*, décembre 2006, p.1195, note J. SAVATIER ; *JCP*, E, n°1 du 4 janvier 2007, 1010, note F. TAQUET ; *RDT* janvier 2007, p.26, note J.-P. DOMERGUE ; *RJS* 12/06, n°1275 ; *Semaine Sociale Lamy* du 16 octobre 2006, n°1278, p.12.

de mettre fin à l'inexécution dans un délai que lui octroie le cocontractant. Un tel délai ne se retrouve aucunement en matière de prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié.

701 Ceci nous montre qu'aussi séduisante soit-elle, la faculté de résiliation unilatérale pour inexécution, ne nous paraît guère adaptée, en l'état, au droit de la rupture du contrat de travail. Elle est apparue en droit des contrats et vise aujourd'hui plus spécifiquement les contrats commerciaux. Or, le contrat de travail est très différent d'un contrat commercial.
C'est la raison pour laquelle nous confirmons ici notre analyse effectuée dans de précédents développements : la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié doit recevoir la qualification de « démission » et obéir à son régime.

Ainsi, le salarié qui serait confronté à l'inexécution par l'employeur d'une ou plusieurs obligations contractuelles disposerait de différentes options : tout d'abord, il pourrait en demander l'exécution en justice. À l'inverse, s'il estime que le manquement de l'employeur est tel qu'il n'est plus possible de maintenir la relation de travail, il pourrait demander au juge d'en prononcer la résiliation. À défaut d'opter pour une de ces solutions, le salarié qui quitterait tout de même son entreprise tout en imputant la responsabilité à l'employeur, serait considéré comme démissionnaire. Il lui incomberait alors de prouver que, comme pour toute démission, sa volonté n'était ni réelle ni libre.
La lettre de démission, dont nous suggérions la création légale auparavant, aurait alors l'avantage de faciliter la preuve du salarié en cas de contentieux postérieur puisque dans celle-ci le salarié pourrait y exposer les raisons le poussant à la rupture du contrat de travail.
De plus, grâce à la procédure préalable de démission que nous proposons, le salarié serait mis en mesure de jauger le risque que représente pour lui la résiliation unilatérale de son contrat de travail.

Risque qui n'est pas le même quand le salarié met un terme à la relation de travail pour partir en retraite et ne nécessite donc pas un formalisme similaire.

§ 3 - Le départ à la retraite

702 Le départ à la retraite du salarié n'est soumis par la loi à **aucune procédure préalable ni formalisme particulier** [1751].

Ce qui distingue alors le départ à la retraite de la démission tient en deux points : tout d'abord, le salarié doit, sauf exception [1752], être âgé d'au moins soixante ans [1753]. Ensuite, le salarié doit demander la liquidation de sa pension de vieillesse [1754]. Mais, contrairement à l'employeur qui souhaite mettre un salarié à la retraite, il n'est pas nécessaire que cette pension soit liquidée à taux plein. Un départ en retraite est donc tout à fait possible avant soixante-cinq ans.

703 Le salarié partant en retraite doit respecter un **préavis** dont la durée est celle prévue par le Code du travail en cas de licenciement ou, s'il est plus court, le délai de préavis contenu dans la convention collective, le contrat de travail ou un usage en vigueur.

704 Concernant les garanties financières, le départ à la retraite se détache de la démission puisque le salarié a droit en cette hypothèse, sous réserve de dispositions conventionnelles [1755]

[1751] En revanche, la convention collective ou le contrat de travail peut préciser des formalités à accomplir par le salarié pour informer l'employeur de sa décision de partir en retraite.
En pratique, même si rien n'est prévu, il est fortement recommandé au salarié de notifier sa décision par écrit, soit par lettre recommandée avec accusé de réception soit par lettre remise en main propre à l'employeur contre décharge.

[1752] Certains salariés de moins de soixante ans peuvent obtenir la liquidation de leur pension de vieillesse à taux plein en raison de leur longue carrière (article L. 355-1-1-1 du Code de Sécurité sociale, article D. 351-1-1-1 et suivants du Code de la Sécurité sociale) ou encore en raison de leur lourd handicap (article L. 351-1-1-3 du Code de la Sécurité sociale, article D. 351-1-6 du Code de Sécurité sociale).

[1753] Article L. 351-1 du Code de Sécurité sociale.

[1754] Article L. 122-14-13 du Code du travail.

[1755] Toutefois, un départ volontaire dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi n'ouvre pas droit au paiement de l'indemnité conventionnelle de licenciement : ◆ Cass. soc., 25 juin 2002, n°00-18.907, *CSBP* 2002, n°143, S 373, obs. F.-J. PANSIER ; *Dr. ouvrier*, janvier 2003, p.30 ; *Dr. soc.* 2002, p.1023, obs. J. SAVATIER ; *RJS* 10/02, n°1154 ; *RPDS*, novembre 2002, n°691, p.361, note M. CARLES ; *Semaine Sociale Lamy* du 8 juillet 2002, n°1083, p.9.

◆ Cass. soc., 9 juillet 2003, *RJS* 10/03, n°1161.

ou contractuelles plus favorables, à l'**indemnité de départ en retraite** prévue par la loi du 19 janvier 1978 [1756].

Le régime pécuniaire du départ à la retraite est donc plus favorable au salarié que celui de la démission. En revanche, l'absence de formalisme et de procédure se retrouve similairement dans les deux modes de rupture.

Le même constat doit être dressé lorsque le salarié met fin, de manière anticipée, au contrat de travail qu'il a conclu pour une durée déterminée.

§ 4 - La rupture anticipée du CDD

Dans un contrat de travail à durée déterminée, la faculté de résiliation unilatérale est écartée pour le salarié, qui s'engage pour un temps limité. Il ne peut donc pas démissionner.

705 En revanche, lorsque l'employeur commet une faute grave en ne respectant pas ses obligations contractuelles, le salarié peut rompre immédiatement le contrat de travail à durée déterminée. Mais, contrairement à l'employeur qui constate une faute grave du salarié, ce dernier n'a **aucune procédure particulière** à mettre en œuvre pour résilier unilatéralement le contrat de travail. Le salarié peut rompre le contrat de travail à durée déterminée sans avoir à suivre une procédure préalable, telle une mise en demeure de l'employeur de respecter le contrat.

Le salarié n'a pas davantage de lettre à envoyer à l'employeur lui notifiant la rupture et motivée par les griefs reprochés. Bien que la démission n'existe pas en matière de CDD, le même régime de liberté est prôné lorsque le salarié prend l'initiative d'une rupture anticipée. Selon nous, dans un souci de transparence, il serait sans doute souhaitable, d'exiger un écrit du salarié notifiant la rupture. Dans cet écrit, afin de préparer un éventuel contentieux, le salarié pourrait indiquer les motifs le conduisant à faire cesser la relation de travail avant le terme convenu.

[1756] Les indemnités prévues par la loi de mensualisation sont égales à :

- Un demi mois de salaire à partir de dix ans d'ancienneté.
- Un mois de salaire à partir de quinze ans d'ancienneté.
- Un mois et demi de salaire à partir de vingt ans d'ancienneté.
- Deux mois de salaire à partir de trente ans d'ancienneté.

Enfin, concernant le préavis, soulignons que la faute grave de l'employeur implique que le salarié quitte immédiatement l'entreprise, **sans** respecter de **préavis**.

En définitive, le salarié est libre de rompre de manière anticipée le CDD s'il estime que l'employeur commet une faute grave.

706 La situation diffère quelque peu lorsque le salarié souhaite rompre le CDD dont il est titulaire en raison de son embauche en CDI. Dans ce cas, l'article L. 122-3-8 du Code du travail prévoit que, sauf accord des parties, le salarié est tenu de respecter une période de **préavis** dont la durée varie selon que le contrat de travail est pourvu d'un terme précis ou imprécis. En cas de non-respect de cette règle procédurale, le salarié s'expose au paiement de dommages et intérêts à son employeur, déterminés par le juge à hauteur du préjudice subi par ce dernier. En revanche, la validité de la rupture n'est pas remise en cause.
Enfin, il faut souligner qu'en ce domaine également, **le salarié n'a nullement l'obligation de notifier par écrit sa décision de rompre de manière anticipée son CDD pour occuper un CDI**. Il ne s'agit que d'une recommandation formulée par l'administration.

707 Au terme de cette présentation de la rupture du contrat de travail par le salarié, nous constatons donc que, quelle que soit la durée du contrat et quel que soit le mode de rupture mis en œuvre, **la logique contractuelle domine**. Le salarié peut, sans contraintes procédurales ou formelles, reprendre sa liberté.
Or, dans un contexte de fort chômage, **il nous semble souhaitable d'instiller une dose de logique statutaire dans le régime de la rupture du contrat de travail par le salarié** pour le protéger. Il s'agit, en effet, en le contraignant à suivre une procédure souple de rupture, de le faire réfléchir aux conséquences de son acte unilatéral qui le fait sortir du statut salarial.

Conclusion du Chapitre

Ce chapitre nous a permis de mettre en perspective l'évolution subie par le régime procédural et indemnitaire des modes de rupture du contrat de travail autres que le licenciement. Un double constat doit être fait :

708 D'une part, tous les modes de rupture du contrat de travail dans lesquels l'employeur prend l'initiative, voire ceux où il ne fait que concourir (comme la rupture d'un commun accord) sont attirés dans le champ magnétique du régime du licenciement. Parce que les garanties créées pour le licenciement ne doivent pouvoir être évincées, le législateur et les magistrats les ont progressivement étendues à tous les modes de rupture ne recevant pas cette qualification. **La logique statutaire du licenciement l'emporte sur la logique contractuelle primaire**.

709 D'autre part, de façon dissymétrique, la rupture du contrat de travail mise en œuvre par le salarié demeure affranchie de tout statut. Aucune contrainte formelle ni procédurale ne vient restreindre la possibilité, pour le salarié, de retrouver sa liberté, quand bien même le contrat de travail serait conclu pour une durée déterminée. Ce faisant, **le régime de la rupture par le salarié constitue un pôle de résistance de la logique contractuelle au puissant champ magnétique de la logique statutaire** précédemment évoqué.

710 La question qui se pose aujourd'hui est de savoir si nous sommes parvenus à un équilibre convenable pour les intérêts respectifs de chacune des parties au contrat de travail. **La logique statutaire du licenciement n'a t-elle pas été poussée trop loin ? Ne faut-il pas envisager de réintroduire de la souplesse dans des ruptures ne portant pas en elles le traumatisme du licenciement? À l'inverse, la logique contractuelle irriguant le régime de la rupture par le salarié n'est-elle pas trop permissive, et en conséquence contraire à la volonté du législateur depuis 1973 d'assurer la stabilité de l'emploi ?**

Dans le contexte actuel de lutte contre le chômage et la précarité, ces interrogations ne manqueront sans doute pas d'être examinées dans un avenir proche.

Conclusion du Titre

Ce titre nous a permis de mettre en lumière les garanties procédurales et indemnitaires des différents modes de rupture du contrat de travail.

711 En imposant à l'employeur de respecter une procédure préalable au licenciement, le législateur de 1973 a opéré un profond bouleversement dans le droit de la rupture du contrat de travail. En effet, en contraignant l'employeur à suivre différentes étapes avant que sa décision de licencier ne puisse être opposable au salarié et, simultanément, en conférant au salarié le droit de s'exprimer, la loi a souhaité protéger le salarié en repoussant les risques d'arbitraire. Elle a conjointement tenté de prévenir la rupture du contrat de travail. *« L'employeur ne peut plus licencier comme il le veut, quand il le veut, les salariés qu'il emploie »*, il doit informer, dialoguer [1757] et réfléchir à la gravité inhérente au licenciement.

Informer et dialoguer, tel est également l'objectif poursuivi par la loi du 4 août 1982 qui a organisé le passage d'*« un pouvoir souverain vers un droit disciplinaire »* [1758]. L'encadrement de la procédure disciplinaire a permis de faire reculer l'arbitraire en imposant à l'employeur d'informer le salarié par écrit des griefs retenus contre lui lorsqu'il entend lui infliger une sanction disciplinaire. Ce faisant, le salarié se trouve protégé au moment de la rupture de son contrat de travail.

Enfin, informer et dialoguer, est pareillement l'obligation faite à l'employeur qui envisage de prononcer un ou plusieurs licenciements économiques. Afin de préserver l'emploi, les législateurs successifs ont contraint l'employeur à respecter une procédure dont l'étendue varie mais dans laquelle le dialogue occupe une place importante. Dialogue qui vise, en premier lieu, à éviter un certain nombre de ruptures et, à défaut, à reclasser les salariés licenciés.

Les règles de procédure du licenciement revêtent donc une grande place dans la rupture du contrat de travail et leur importance est indéniable. D'autant que la Cour de cassation s'est attachée à sanctionner sévèrement leur violation, en particulier lorsque la

---

[1757] J. PÉLISSIER, *Le nouveau droit du licenciement*, Sirey, 1977, p.4.

[1758] P. BOUAZIZ, *Dr. ouvrier*, 1982, p.449.

notification du licenciement n'obéit pas aux prescriptions légales. L'idée peut être résumée comme suit : le respect des procédures entraîne celui du droit et plus généralement des droits des salariés, c'est pourquoi il doit être rigoureusement suivi.

712 La recherche de la protection des salariés passe donc par l'exigence du respect par l'employeur des formes. **Les garanties de procédure participent d'un véritable statut protecteur** du salarié, à côté de l'exigence d'une justification. C'est la raison pour laquelle, progressivement, **le régime formel du licenciement a attiré vers lui l'ensemble des autres modes de rupture du contrat de travail**. Tous aujourd'hui sont soumis à son pouvoir d'aimantation. Certes, ce pouvoir s'exerce avec plus ou moins d'intensité selon le moment où la rupture intervient et selon la qualité du salarié (protégé ou non). Il n'en demeure pas moins que, y compris les modes de rupture que le codificateur de 1804 a voulus libres, ou ceux que le législateur a souhaités souples sont entrés dans le champ magnétique du licenciement. Subsiste maintenant seule en dehors la rupture du contrat de travail dont l'initiative est prise par le seul salarié. En effet, nous avons constaté que **l'acte unilatéral du salarié reste dépourvu de toute contrainte formelle**, suivant ainsi la logique consensualiste issue du droit civil.

713 Après plus d'un tiers de siècle d'évolution, la question est aujourd'hui posée de savoir si le rôle de protection du salarié alloué aux règles formelles, procédurales et indemnitaires est correctement rempli.

Pour certains, la protection du salarié, et subséquemment de l'emploi, ne peut être assurée que par un renforcement des garanties procédurales et indemnitaires actuellement en vigueur au moment de la rupture du contrat de travail.

À l'opposé, des voix s'élèvent pour expliquer que la protection du salarié ne passe pas forcément par le formalisme de la procédure de rupture. Non qu'il faille rejeter en bloc les formes et le formalisme car ils sont nécessaires et utiles mais afin qu'ils ne prennent le pas sur le but liminaire de protection du salarié.

Il conviendra donc, à l'avenir, d'examiner avec attention l'évolution que subiront à n'en pas douter les règles procédurales, formelles et indemnitaires applicables à la rupture du contrat de travail.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Au terme de cette seconde partie, il apparaît que **le régime de la rupture du contrat de travail a profondément évolué**.

714 En subordonnant le pouvoir de licencier à la fois à des règles de fond et de forme, le législateur a procédé, le 13 juillet 1973, à un bouleversement des logiques : **la logique statutaire a évincé la logique contractuelle**.
Tout d'abord, en exigeant que le licenciement soit justifié par une cause réelle et sérieuse, le législateur a transfiguré le pouvoir de résiliation unilatérale de l'employeur. Et grâce à une notable contribution de la Cour de cassation, d'une situation où, avant 1973, l'employeur était « seul juge » quant au prononcé d'un licenciement, nous sommes aujourd'hui parvenus à une situation où l'employeur est « socialement responsable ». Dorénavant, le licenciement ne peut plus intervenir que lorsqu'il constitue un acte objectif, voire parfois la mesure ultime.
De la même façon, en instaurant des garanties procédurales, formalistes et indemnitaires, le législateur de 1973 a rompu avec la tradition civiliste. Depuis cette date, le principe d'une procédure précontentieuse n'a jamais été remis en cause. Au contraire, il a été renforcé spécifiquement au profit des salariés titulaires d'un mandat représentatif mais également au profit de tous les salariés menacés par un licenciement disciplinaire ou économique. En outre, la Cour de cassation a toujours veillé au strict respect, par l'employeur, de l'ensemble de ces règles de forme. Les garanties formelles ont donc acquis une place incontestable dans le régime statutaire du licenciement visant à assurer la protection du salarié.

Ainsi, le pouvoir de résiliation unilatérale de l'employeur est aujourd'hui un pouvoir circonscrit en ses raisons, un pouvoir encadré par des exigences procédurales qui, en outre, est exposé à des contrôles externes soit de l'administration (pour les salariés protégés) soit du juge. Et ce, dans le but principal de protéger le salarié.

715 Cet objectif de protection du salarié a, par ailleurs, amené législateurs successifs et magistrats à faire entrer graduellement dans le champ magnétique du droit du licenciement tous les autres modes de rupture du contrat de travail. Ainsi, l**a logique statutaire du régime du licenciement imprègne aujourd'hui tous les modes de rupture du contrat de travail**. Qu'il s'agisse de l'exigence de justification ou du respect de garanties formelles, aucun mode

de rupture ne résiste à cette attraction. Le salarié, partie faible face à l'entreprise supposée plus forte et plus puissante, est protégé au moment où son contrat de travail risque de cesser, l'expulsant consécutivement du statut salarial.

716 Cette situation qui semble avoir maintenant acquis une certaine sérénité, n'est pourtant pas à l'abri de nouveaux bouleversements. En effet, une négociation est actuellement menée entre partenaires sociaux en vue d'une *« modernisation du marché du travail »* et d'une *« sécurisation des parcours professionnels »* [1759]. Elle vise notamment à **réviser les modalités de rupture du contrat de travail**. L'objectif affiché étant de concilier la garantie des droits individuels des salariés avec la sécurisation des procédures pour l'entreprise.

Comme le relève G. COUTURIER, *« il est toujours présomptueux de prétendre dire l'avenir et il est téméraire de prétendre dire celui du droit du licenciement »* [1760]. Pourtant, il nous semble plus que probable que le régime des procédures et des indemnités de licenciement sortira transformé de ces négociations. Dans la même optique, le juge risque de voir son pouvoir de contrôle modifié.

De manière plus large, le régime des modes de rupture du contrat de travail autres que le licenciement sera vraisemblablement modifié. En effet, les travaux portent concurremment sur plusieurs points.

Tout d'abord, les négociations doivent permettre l'instauration d'un contrat de travail unique conclu sans détermination de durée se substituant, en tout ou partie, aux formes juridiques existantes. Ceci signifie que les règles actuelles relatives à la cessation du contrat de travail à durée déterminée par arrivée du terme tout comme celles envisageant une rupture anticipée sont amenées à disparaître.

D'autre part, une révision de la durée et du régime de rupture de la période d'essai est envisagée [1761].

[1759] Document d'orientation disponible à l'adresse Internet suivante : http://www.wk-rh.fr/actualites/upload/social_actu492_doc_emploi.pdf.

[1760] G. COUTURIER, « Quel avenir pour le droit du licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne », *Dr. soc.* 1997, p.75.

[1761] Ainsi, lors de la deuxième réunion de négociation du 14 septembre 2007, le MEDEF a proposé la création d'une « *période d'essai cohérente d'une durée suffisante* », plus longue que celle qui existe actuellement. Sans aller jusqu'aux deux ans instaurés dans le cadre du contrat « nouvelles embauches » réservé

Enfin, bien que ce point ne figure pas dans les priorités énoncées dans le document d'orientation transmis le 18 juin 2007 par le Premier ministre aux partenaires sociaux, une négociation s'instaurera sans doute sur la rupture d'un commun accord. En effet, la présidente du MEDEF [1762] ne s'est pas cachée de vouloir créer une rupture par consentement mutuel qui échapperait à la fois aux règles du licenciement et au contrôle du juge, sauf vice du consentement. Dans un contexte de larges négociations relatives au contrat de travail et à sa cessation, la « séparabilité amiable », telle que la dénomme L. PARISOT, sera donc vraisemblablement évoquée.

Ainsi, **la logique contractuelle peut connaître, à l'avenir, un renouveau en matière de régime de la rupture du contrat de travail**, ou tout au moins, la logique statutaire prévalente du régime du licenciement risque de voir son influence diminuer.
Il conviendra donc de rester attentif pour appréhender l'ensemble de ces évolutions car quand le droit du licenciement évolue, c'est l'ensemble du droit du travail qui évolue. En effet, les modes de rupture du contrat de travail sont une « clef de voûte » importante du droit des relations individuelles de travail, et la forme du licenciement en est le centre.

---

aux entreprises de vingt salariés au plus, cette période pourrait atteindre de six mois à un an. Le document patronal propose aussi d'instaurer une « *période de validation économique répondant à l'incertitude économique de l'entreprise* », succédant à la période d'essai. Ce n'est qu'après cette « double période d'essai » que le contrat de travail deviendrait définitif.
Cette piste de réflexion n'a pas été totalement écartée par certains syndicats (la CFDT notamment).

[1762] Dont l'opinion est partagée par le Président de la République, Nicolas SARKOZY : *« Je veux vous redire à quel point je suis favorable à ce que soit ouverte la possibilité d'une séparation à l'amiable dans les entreprises dont les conditions pourraient être fixées à l'avance […] Pour les familles, il y a bien un divorce par consentement mutuel […] L'objectif de la négociation sur le contrat de travail, c'est plus de liberté et de prévisibilité pour l'employeur et au bout du compte plus de protection pour le salarié »* (Extraits du discours prononcé lors de l'Université d'été du MEDEF à Jouy-en-Josas le 30 août 2007, disponible en intégralité sur Internet à l'adresse suivante : http://www.sarkozynicolas.com/video-discours-nicolas-sarkozy-universite-dete-du-medef).

CONCLUSION

Au terme de ces développements, qui sont loin d'être exhaustifs, le moment nous paraît venu de faire le bilan du travail réalisé et de rassembler les réflexions essentielles que celui-ci nous a inspirées.

717 La première partie de notre étude nous a permis de mettre en perspective l'évolution de la qualification de la rupture du contrat de travail.

La loi du 13 juillet 1973, qui a doublement encadré le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail par l'employeur, en constitue un élément charnière. En effet, cet encadrement, justifié par la volonté de protéger le salarié contre le risque d'arbitraire, a eu pour conséquence le développement de modes de rupture plus souples que le licenciement. Il s'en est ainsi suivi un recours accru à la diversité offerte par le droit civil (rupture d'un commun accord, résiliation judiciaire, prise d'acte, force majeure) parfois renforcée par le législateur (rupture en période d'essai, départ et mise à la retraite, convention de conversion, convention de reclassement personnalisé, contrat de transition professionnelle, rupture anticipée du CDD pour une embauche en CDI). Or, le contrat de travail ne peut être traité comme un contrat de facture classique. En effet, dans notre société, le contrat de travail est devenu la base de la dignité et de l'autonomie des personnes [1763] car il est celui qui permet de conférer un statut au salarié.

C'est la raison pour laquelle à l'éclatement des modes de rupture du contrat de travail a succédé une phase de recentrage présentant trois caractéristiques principales.
La première réside en la réduction du champ de la démission. Cette qualification est réservée aux seules ruptures résultant d'une volonté libre, sérieuse et non équivoque du salarié de mettre fin à la relation de travail.
La deuxième caractéristique tient à la réduction des modes de rupture à l'alternative de la démission ou du licenciement.

[1763] J.-B. DE FOUCAULD et D. PIVETEAU, *Une société en quête de sens*, O. JACOB, 1995.

Enfin, la dernière, conséquence immédiate de la première, consiste à faire de la qualification de licenciement un pôle d'aimantation de la rupture opérée à l'initiative de l'employeur. Dès lors que les conditions spécifiques d'une rupture « autonome » ne sont pas réunies, l'opération est requalifiée en licenciement, la Cour de cassation en tirant toutes les conséquences de droit.

Aujourd'hui, une nouvelle période s'ouvre. Si la qualification de licenciement continue d'être omniprésente, en particulier à titre de sanction de l'employeur irrespectueux des prescriptions légales, il n'en demeure pas moins que la propension actuelle n'est plus au bannissement des autres modes de rupture du contrat de travail. L'alternative « licenciement - démission » a laissé place à la pluralité La logique contractuelle vit ainsi un renouveau en matière de qualification de la rupture.

718 Le régime de la rupture du contrat de travail est né et s'est également développé à la croisée de ces logiques. C'est ce que nous a permis de mettre en valeur la seconde partie de notre étude. En effet, en abandonnant la théorie de l'abus de droit et en imposant une légalité propre au licenciement, le législateur de 1973 a délibérément rompu avec la tradition civiliste.

Désormais, **le pouvoir de rompre de l'employeur** est un domaine circonscrit. Quels que soient la nature, la durée du contrat de travail et le mode emprunté, la rupture doit toujours être un acte objectif qui, en outre, ne peut intervenir que dans le respect des libertés fondamentales et du principe de non-discrimination.

De façon concomitante, le législateur a fait du pouvoir de rompre de l'employeur un exercice encadré. La rupture du contrat de travail par l'employeur ne peut plus opérer qu'en se soumettant à des garanties procédurales, formalistes et indemnitaires dont l'étendue varie selon la qualité du salarié, le mode de rupture emprunté et la raison conduisant à la cessation de la relation contractuelle.

Enfin, le législateur a encadré le pouvoir de rompre de l'employeur en l'exposant à des contrôles externes. Lorsque le salarié est protégé en raison de son mandat de représentation, c'est l'administration qui joue le rôle principal en autorisant la rupture du contrat de travail. Dès lors que le salarié est « ordinaire », c'est au juge judiciaire qu'il incombe d'organiser l'usage de ce pouvoir patronal et d'en limiter les excès.

Le régime de la rupture du contrat de travail opérée à l'initiative de l'employeur est donc dépendant en sa totalité du droit du licenciement. La logique statutaire l'emporte sur la

logique contractuelle. Ce faisant, le droit du travail illumine la sphère des droits fondamentaux.

C'est d'ailleurs dans cette même optique de respect des droits de la personne que **l'acte de liberté du salarié** demeure pleinement inscrit dans la logique contractuelle. Il s'exerce librement, sans motivation, ni procédure et ne connaît pas davantage de forme spécifique. Quant au contrôle du juge, il se révèle être particulièrement restreint. La logique contractuelle demeure donc intacte en ce domaine afin de protéger le principe de la liberté individuelle du salarié. Ce qui ne va pas sans entraîner de contentieux, en particulier lorsque le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail.

Ainsi, logique contractuelle et logique statutaire cohabitent au sein du régime de la rupture du contrat de travail avec une place, il est vrai, prépondérante, pour la dernière [1764]. Il conviendra, cependant, d'examiner à l'avenir le rôle attribué à chacune. En effet, depuis quelques années, le droit du travail en son ensemble fait l'expérience d'un retour au droit des contrats. Il est question du « renouveau du contrat de travail » [1765] en de nombreux domaines. Notamment, nous avons assisté à un retour spectaculaire au principe de la force obligatoire du contrat en matière de modification du contrat de travail. En effet, pendant longtemps, la jurisprudence admettait en son principe la modification unilatérale du contrat de travail en faisant prévaloir le droit de résiliation unilatérale reconnu aux parties à un contrat à durée indéterminée [1766]. Désormais, au contraire, il est jugé que *« l'employeur ne peut, sans l'accord du salarié, modifier le contrat individuel de travail et qu'il lui incombe, soit de*

[1764] En effet, les statistiques officielles révèlent que les démissions ne représentent qu'environ 5% des demandeurs d'emplois enregistrés chaque mois à l'ANPE en catégorie 1 : Voir les statistiques mensuelles fournies sur le site du ministère du travail : http://www.travail.gouv.fr.

[1765] ◆ 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. ouvrier* 1999, p.1.

◆ A. JEAMMAUD, « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français », in *Estudios juridico en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, México, UNAM, 2003. Disponible à l'adresse Internet suivante : http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/24.pdf.

[1766] Cass. soc., 26 janvier 1978, *Bull. civ.*, V, n°69 ; *Dr. soc.* 1979, p.287 : *« Le contrat à durée indéterminée, qui peut être à tout moment rompu par la volonté de l'une des parties, peut également et par là même être modifié de façon unilatérale »*.

maintenir les conditions contractuellement convenues, soit de tirer les conséquences du refus opposé par l'intéressé » [1767]. L'irrévocabilité et l'intangibilité qui constituent des aspects majeurs de la force obligatoire du contrat ont donc retrouvé leur pleine application en droit du travail. De façon semblable, l'exigence de bonne foi contractuelle de l'article 1134 du Code civil a progressivement investi tout le droit du travail [1768]. Il en va de la sorte non seulement pour l'employeur [1769] mais également pour le salarié [1770]. La logique contractuelle occupe donc une place grandissante en droit du travail. Une attention toute particulière devra donc

---

[1767] Cass. soc., 4 février 1988, *Bull. civ.*, V, n°96.

[1768] La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a d'ailleurs inscrit l'obligation d'exécuter le contrat de travail de bonne foi dans l'article L. 120-4 du Code du travail.
Sur le sujet, voir : ◆ M. BUY, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail » in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p.57.

◆ W. ROUMIER, « Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique », *TPS*, 2003, n°2, p.4.

◆ C. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* juillet- août 2004, p.706-714.

◆ M. PLET, « Bonne foi et contrat de travail », *Dr. ouvrier*, mars 2005, p.98-102.

[1769] Voir par exemple : ◆ Cass. soc., 18 mai 1999, *Bull. civ.*, V, n°219 ; *Dr. soc.* 1999, p.734 : *« L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, fait un usage abusif de cette clause* [de mobilité] *en imposant au salarié, qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés »*.

◆ Cass. soc., 28 mars 2001, *Jur. soc.*, septembre 2001, p.233 : Manque à son obligation d'exécuter le contrat de travail de bonne foi l'employeur qui demande au salarié d'accepter une modification de son contrat sans lui laisser un délai suffisant pour évaluer la portée de la modification et décider en connaissance de cause.

◆ Cass. soc., 10 mai 2006, n°05-42.210, *Bull. civ.*, V, n°169 ; *JCP*, S, n°38 du 19 septembre 2006, 1727, note B. BOSSU : *« Manque à l'exécution de bonne foi du contrat de travail un employeur qui, prenant en compte la spécificité de son travail et l'horaire exceptionnel de prise du travail, faisait prendre la salariée depuis plus de dix ans à son domicile par un véhicule de l'entreprise et a cessé de la faire bénéficier de cet avantage lié à sa fonction, la mettant dans l'impossibilité de travailler »*.

[1770] ◆ En vertu de l'article L. 121-6 du Code du travail, le candidat à un emploi ou le salarié est tenu de répondre de bonne foi aux questions qui lui sont posées lors du recrutement.

◆ Cass. soc., 21 septembre 2006, n°05-41.155, *Bull. civ.*, V, n°285 ; *CSBP* janvier 2007, n°186, A 4, obs. H. GILLIER : *« Aucun manquement du salarié à l'obligation contractuelle de bonne foi n'était caractérisé »*.

être portée, dans les prochaines années, à son influence sur la rupture du contrat de travail, tant concernant les qualifications que le régime applicable.

719 De façon plus large, les années à venir seront l'occasion d'étudier la nécessaire conciliation entre les finalités sociales et l'impact économique du droit du travail. En effet, si la recherche d'un équilibre entre logique contractuelle et logique statutaire est si difficile à réaliser c'est parce qu'il consiste, de manière générale, à essayer de concilier deux exigences en apparence contradictoires : efficacité économique d'une part, et protection de la personne d'autre part. Comme le souligne M. DELMAS-MARTY [1771], assurer l'effectivité de l'ensemble des droits fondamentaux sera l'enjeu essentiel des prochaines années pour réussir à conjuguer économie et droits de l'homme et éviter ainsi que les deux processus, la globalisation économique et l'universalisation des droits de l'homme, ne deviennent conflictuels ou, si l'on estime que cette conflictualité est indépassable, qu'elle n'aboutisse à l'absorption et la domination de la seconde par la première. Tel est tout l'enjeu de l'analyse économique du droit. Mais à cet égard, c'est au législateur que revient l'arbitrage entre considérations économiques et enjeux sociaux. Législateur national ou demain, européen [1772], l'interrogation est posée. Quoi qu'il en soit, le travail de l'universitaire s'arrête à ses portes.

[1771] M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chance et risque », *D.* 1999, chronique, p.43.

[1772] En effet, la Commission européenne a publié le 27 juin 2007, au terme d'une consultation approfondie des principales parties prenantes, une communication définissant les grands domaines dans lesquels doit s'appliquer une politique de « flexicurité » et dans laquelle sont proposés huit « principes communs ». Ces principes sont des points de référence sur lesquels la Commission européenne estime qu'il serait bon que les États membres s'accordent. L'idée principale étant que le droit du travail ne doit pas accroître alternativement la flexibilité pour les entreprises ou la sécurité pour les salariés mais évoluer afin qu'elles se renforcent « mutuellement » (Voir également le Livre Vert « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIe siècle », 22 novembre 2006 : http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/2006/green_paper_fr.pdf). Cette communication constitue un élément important de l'agenda social de l'Union Européenne pour 2005-2010 et rejoint plusieurs autres initiatives de la Commission dans le domaine plus large de la « flexicurité ». Le Conseil européen doit, pour sa part, adopter un *corpus* similaire avant la fin de l'année 2007.
Sur le sujet, voir : ◆ F. VALDÉS DAL RÉ et F. GAUDU, « Le Livre vert de la Commission européenne pose t-il de bonnes questions ? », *RDT* février 2007, p.72-74.

◆ S. LAULOM, « Flexicurité : la Commission souhaite des principes communs », *Semaine Sociale Lamy* du 16 juillet 2007, n°1316, p.4-6.

Bibliographie

Ouvrages généraux, Traités, Manuels

AUBIN (G) et BOUVERESSE (J)

Introduction historique au droit du travail, PUF, 1995, 318 pages.

BÉNABENT (A)

Droit civil ; Les obligations, 10ème édition, Montchrestien, Domat, 2005, 693 pages.

CAMERLYNCK (G.-H.)

- *Le contrat de travail* in Traité de droit du travail, 2ème édition, 1982, Dalloz, 726 pages.
- *Le contrat de travail* in Traité de droit du travail, 2ème édition, mise à jour 1988, Dalloz, 299 pages.

COLLART-DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (P)

Contrats civils et commerciaux, 7ème édition, Dalloz, 2004, 984 pages.

CORNU (G)

Vocabulaire juridique, 8ème édition, PUF, 2007, collection Quadrige, 986 pages.

COUTURIER (G)

Droit du travail, tome I : les relations individuelles de travail, 3ème édition, PUF, 1996, collection Droit fondamental, 608 pages.

DURAND (P), JAUSSAUD (R)

Traité de droit du travail, tome I, Dalloz, 1947.

DURAND (P), VITU (A)

Traité de droit du travail, tome II, Dalloz 1950, 1040 pages.

FLICHY (H), GAMET (L)

Licenciement. Procédure ; indemnités ; contentieux, 10ème édition, Delmas, 2005, 264 pages.

FLOUR (J), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E)

Droit civil ; Les obligations, tome 1 : L'acte juridique, 11ème édition, Armand Colin, 2004, 417 pages.

GATUMEL (D)

Le droit du travail en France, éditions Francis Lefebvre, 2006-2007, 545 pages.

GAUDU (F)

Droit du travail, 2ème édition, Dalloz, 2007, 406 pages.

GAUDU (F), VATINET (R)

Traité des contrats sous la direction de J. GHESTIN, Les contrats de travails : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux, 1ère édition, LGDJ, 2001, 625 pages.

GUINCHARD (S) et MONTAGNIER (G)

Lexique des termes juridiques, 16ème édition, Dalloz, 2007, 700 pages.

JAVILLIER (J.-C.)

Droit du travail, 7ème édition, LGDJ, 1999, 843 pages.

LE GOFF (J)

Droit du travail et société, tome I : les relations individuelles de travail, 1ère édition, Presses Universitaires de Rennes, 2001, 1015 pages, préface de A. TOURAINE.

MAZEAUD (A)

Droit du travail, 5ème édition, Montchrestien, Domat, 2006, 636 pages.

OLSZAC (N)

Histoire du droit du travail, PUF, collection « Que sais-je ? », 1999, 128 pages.

PÉLISSIER (J), LYON-CAEN (A), JEAMMAUD (A), DOCKÈS (E)

Grands arrêts de droit du travail, 3ème édition, Dalloz, 2004, 777 pages.

PÉLISSIER (J), SUPIOT (A), JEAMMAUD (A)

Droit du travail, 23ème édition, Dalloz, 2006, 1387 pages.

PUIGELIER (C)

Droit du travail, Tome 1 : les relations individuelles, 3ème édition, Armand Colin, Compact, 2001, 348 pages.

RAY (J.-E.)

Droit du travail, droit vivant, 15ème édition, Editions Liaisons, 2006-2007, 670 pages.

TERRÉ (F), SIMLER (P) et LEQUETTE (Y)

Droit civil ; Les obligations, 9ème édition, Dalloz, 2005, 1440 pages.

TEYSSIÉ (B)

- *Droit du travail*, tome I : les relations individuelles, Litec, 2006, 310 pages.
- *Droit européen du travail*, 3ème édition, Litec, 2006, 318 pages.

VERDIER (J.-M.), COEURET (A), SOURIAC (M.-A.)

Droit du travail, Volume II : rapports individuels, 13ème édition, Mémento Dalloz, 2005, 312 pages.

Ouvrages spéciaux, études et mélanges

La protection de la partie faible dans les rapports contractuels - comparaisons franco-belges, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, collection bibliothèque de droit privé, 1996, 676 pages.

Les motifs du licenciement, Deuxième journée prud'homale de Montpellier, 1996, Litec, tome V, collection dirigée par Bernard TEYSSIÈ.

Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. LYON-CAEN, Dalloz, 1989, 489 pages.

ARSEGUEL (A)

« Rupture d'un commun accord et transaction – Une interaction fructueuse », *Mélanges Louis BOYER*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p.1-13.

BLONDIAU (P), CLAEYS (T), MAINGAIN (B), CARLIER (E)

La rupture du contrat de travail – chronique de jurisprudence 1992-1995, éditions Larcier, Bruxelles, 1997, 291 pages.

BOUSIGES (A)

« L'évolution de la force majeure en droit du travail », in Les orientations sociales du droit contemporain, *Ecrits en l'honneur du Professeur J. SAVATIER*, PUF 1992, p.85 –109.

CAM (P), SUPIOT (A)

Les dédales du droit social, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1986, 199 pages.

CATALA (N)

« Les salariés protégés face aux manifestations du pouvoir de direction et du pouvoir disciplinaire de l'employeur autres que le licenciement », in Tendances du droit du travail français contemporain, *Etudes offertes à G.-H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1978, p.249-261.

CHAUMETTE (P)

- « La motivation de la rupture unilatérale du contrat de travail en droit français. Une asymétrie entre pouvoir et liberté », in *Motivation et motif du congé*, Journée d'études du Département de droit

économique et social, Faculté de droit, Université Catholique de Louvain Kluwer, Wolters Kluwer, Waterloo, Belgique, coll. Etudes pratiques de droit social, préface J. JAMOULLE, 2006, p.39-59.
◆ « Le licenciement pour motif économique en droit français » in *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Caducci Editore, Bari, 2001, p.51-94.

CHORIN (J)

Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1994, 568 pages, préface de P. RODIÈRE.

CORRIGNAN-CARSIN (D)

« Loyauté et droit du travail », *Mélanges H. BLAISE*, 1994, p.125-152.

COUTURIER (G)

◆ « L'intérêt de l'entreprise », *Ecrits en l'honneur de J. SAVATIER*, PUF, 1992, p.143–156.
◆ « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de Cassation », in *Etudes offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p.273-294.

DISPERSYN (M)

« La procédure d'information et de consultation des travailleurs et de leurs représentants en matière de licenciements collectifs en droit belge » in *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Caducci Editore, Bari, 2001, p.39-49.

FAVENNEC – HÉRY (F)

« Regards sur le droit de résiliation unilatérale : les apports de la loi du 13 juillet 1973 » in J.-P. LE CROM (dir.), *Deux siècles de droit du travail. L'histoire par les lois*, Les Editions de l'Atelier, 1998, p.251-264.

FLOUR (J)

« Quelques remarques sur l'évolution du formalisme » in *Le droit privé français au milieu du 20ème Siècle*, Etudes offertes à G. RIPERT, tome 1, LGDJ, 1950, p.93–114.

GARBAR (C)

Le droit applicable au personnel des entreprises publiques, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1996, 588 pages.

GHESTIN (J)

« L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », *mélanges RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p.203–226.

GUÉRICOLAS (M.-A.)

« La force majeure en droit du travail » in *Etudes offertes à A. BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p.257-280.

HEBRAUD (P)

« Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques » in *Mélanges MAURY*, tome 2, p.419–476.

JAVILLIER (J.-C.)

« Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : « normalisation » du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise » in Tendances du droit du travail français contemporain, *Etudes offertes à G.-H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1978, p.101-145.

JAVILLIER (J.-C.)

Les réformes du droit du travail depuis le 10 mai 1981, LGDJ, 1982, 418 pages.

JEANNEAU (B)

« L'évolution du droit applicable au personnel statutaire des entreprises publiques », in *Mélanges SAVATIER*, PUF, 1992, p.243.

LACHAUME (J.-F.)

« Remarques sur l'efficacité de la jurisprudence relative à la situation juridique des agents des services publics industriels et commerciaux », in *Mélanges SAVATIER*, PUF, 1992, p.283-301.

LANCIANI (C)

Le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée en droit français et en droit italien, Publications du centre européen universitaire, collection des mémoires, Université de Nancy, 1962, 46 pages.

LAROQUE (J)

« Réflexions sur la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation » in Tendances du droit du travail français contemporain, *Etudes offertes à G.-H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1978, p.27-34.

LOISEAU (G)

« L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », *Etudes J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p.579-599.

LYON-CAEN (G)

« Les principes généraux du droit du travail », in Tendances du droit du travail français contemporain, *Etudes offertes à G.-H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1978, p.35-45.

MARRAUD (C), KESSLER (F), GÉA (F)

La rupture du contrat de travail en droits français et allemand, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, 579 pages.

MAZEAUD (A)

« Proportionnalité en droit social » in *Existe t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? »*, Colloque du 20 mars 1998 organisé par le centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, *Petites Affiches*, n°117 du 30 septembre 1998, p.64–72.

PÉLISSIER (J)

- « L'élaboration laborieuse d'un droit du licenciement », *Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p.349-362.
- « Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Dalloz, 1981.
- « Les ambiguïtés du droit disciplinaire dans les relations de travail », *Etudes J. SAVATIER*, PUF, 1992, p.367-381.
- « 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.88-100.
- *Le nouveau droit du licenciement*, 2ème édition, Sirey, 1980, Paris, 379 pages.

ROSE (H), STRUILLOU (Y)

Droit du licenciement des salariés protégés, 3ème édition, Economica, 2006, 1158 pages.

SAINT-JOURS (Y)

« La pénétration du contrat de travail dans la fonction publique », in Tendances du droit du travail français contemporain, *Etudes offertes à G.-H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1978, p.231-246.

SUPIOT (A)

Critique du droit du travail, PUF, 2002, 280 pages.

Thèses

ANTONMATTÉI (P.-H.)

Contribution à l'étude de la force majeure, LGDJ, 1992, 315 pages.

ARLIE (D)

La qualification juridique de la cessation du contrat de travail, Thèse, Université de Toulouse, 1988.

AUTIÉ (D)

La rupture abusive du contrat de travail, 1955, Dalloz, 189 pages, préface de M.-H. PICARD.

CARRÉ (S)

Le contrôle prud'homal du licenciement économique, Droit et pratiques, Thèse, Université de Nantes, 1993.

CHIREZ (A)

De la confiance en droit contractuel, Thèse, Université de Nice, 1977.

COURTOIS-CHAMPENOIS (E)

L'organisation du droit du licenciement aux États-Unis – Approche comparative des droits américain et français, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, préface de D. BERRA, 215 pages.

DOLE (G)

La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail, LGDJ, 1997, préface de J.-C. JAVILLIER, 247 pages.

FABRE-MAGNAN (M)

De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie, LGDJ, 1992, 573 pages.

FAVENNEC-HÉRY (F)

La preuve en droit du travail, Thèse, Université de Paris X Nanterre, 1983.

FOATA (V)

Contribution à l'étude du motif personnel non fautif de licenciement, Thèse, Université de Nice, 1997.

FROSSARD (S)

Les qualifications juridiques en droit du travail, LGDJ, 2000, 246 pages, préface J.-M. BERAUD.

GARDIN (A)

La vie familiale du salarié en droit du travail, Thèse, Université de Nancy, 2000.

GAURIAU (B)

La nullité du licenciement, Thèse, Université de Paris I, 1992.

HAUSER-COSTA (N)

La qualification de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée en droit comparé franco-italien, Thèse, Université de Nancy 2, 2000.

HÉAS (F)

Le reclassement du salarié en droit du travail, LGDJ, 2000, 280 pages, préface A. SUPIOT.

HOUIN (B)

La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, Thèse, Université de Paris II, 1973.

LAURENT-MERLE (I)

Le licenciement individuel dans les 15 Etats membres de l'Union Européenne, Thèse, Université de Limoges, 1996.

POPLAWSKI (R)

Du droit de congé unilatéral dans le louage de services à durée indéterminée, Thèse, Université de Bordeaux, 1914.

PRIEUR (R)

L'abus des droits dans la formation et dans la dissolution du contrat de travail, Thèse, Université de Paris, 1942.

RADOUANT (J)

Du cas fortuit et de la force majeure, Thèse, Université de Paris, 1920.

REVET (T)

La force de travail (Etude juridique), Thèse, Université de Montpellier I, 1992.

ROUSSEAU (M)

La cause du licenciement, Thèse, 1994, Université de Rennes I.

SUPIOT (A)

Le juge et le droit du travail, Thèse, Université de Bordeaux, 1979.

TERRÉ (F)

L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, LGDJ, Paris, 1957, 599 pages.

Articles et chroniques

« Le contrôle par la Chambre sociale de la Cour de cassation du caractère réel et sérieux de la cause de licenciement », *Dr. soc.* 1986, p.175-212.

« Les motifs du licenciement », *JCP*, E, 1993, I, 235, p.163-180.

ALMA–DELETTRE (S)

« L'entreprise, cadre de protection de l'emploi », *Dr. ouvrier*, juillet 2002, p.337–342.

AMAUGER-LATTES (M.-C.)

- « La faute du salarié », *D.* 2001, n°33, chronique, p.2698-2701.
- « Réflexion sur le droit applicable à la rupture de la période d'essai », *JCP*, E, 21 octobre 2004, étude, 1546, p.1673-1676.

ANTONMATTÉI (P.-H.)

◆ « GPEC et licenciement pour motif économique : le temps des confusions judiciaires », *Dr. soc.*, mars 2007, p.289-292.

◆ « L'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique : nouvelles dispositions », *Dr. soc.* 2002, p.274-278.

◆ « Ouragan sur la force majeure », *JCP*, G, 1996, I, 3907, p.83-84.

◆ « Projet de loi de modernisation sociale : quelques propos sur une nouvelle définition du motif économique de licenciement », *Dr. soc.* 2001, p.930-934.

ARLIE (D)

« Réflexions sur l'initiative et l'imputabilité en matière de cessation des relations de travail », *Petites Affiches* du 21 décembre 1990, n°153, p.22-30.

AUBERT-MONPEYSSEN (T)

« Contrat « nouvelles embauches » et droit du travail : Quelques interrogations techniques », *JCP*, E, n°41 du 13 octobre 2005, 1495, p.1701-1707.

AUDINET (J)

« Une réforme imparfaite, la loi du 13 juillet 1973 sur le licenciement », *JCP*, G, 1974, I, 2601.

AUVERGNON (P)

« Les ruptures en période d'essai », *Dr. soc.* 1992, p.796-811.

AUZERO (G)

« La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 2001, p.17-22.

BADINTER (R)

« Le droit au respect de la vie privée », *JCP*, 1968, I, 2136.

BAILLY (P)

« La rupture négociée du contrat pour motif économique », *Semaine Sociale Lamy* du 24 avril 2006, n°1258, p.7-10.

BARTHÉLÉMY (J)

« Les clauses guillotines en cas de maladie », *Dr. soc.* 1989, p.242-244.

BARTHÉLÉMY (J), CETTE (G) et VERKINDT (P.-Y.)

« À propos du contrat unique », *JCP*, S, n°6 du 6 février 2007, 63, p.3-4.

BATAILLE-NEVEJANS (N)

« La période d'essai instituée au cours des relations contractuelles », *Dr. soc.* 2004, p.335-350.

BÉLIER (G)

« Droit disciplinaire et citoyenneté dans l'entreprise dans la réforme des droits des travailleurs », *Dr. soc.* 1982, p.407-416.

BÉRAUD (J.-M.)

- « La mise à la retraite : un droit qui se cherche », *Dr. soc.* 1992, p.812-817.
- « Maladie et perte d'emploi », *Dr. soc.* 1991, p.579-587.

BERAUDO (M.-J.)

« L'évolution de la jurisprudence en matière d'énonciation des motifs du licenciement », *RJS* 4/92, p.231-236.

BERTHOU (K)

« Contrat « nouvelles embauches » et droit communautaire », *Semaine Sociale Lamy* du 18 juillet 2005, n°1224, p.8-11.

BETOUILLE (J)

« La distinction contrôle lourd / contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité ? », *JCP*, G, 2002, I, 171, p.1790-1793.

BLAISE (H)

- « De la difficulté de rompre avant son terme le contrat de travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 1993, p.41-48.
- « La mise à pied conservatoire », *Dr. soc.* 1986, p.220-227.
- « La période d'essai, dix années de jurisprudence », *RJS* 5/89, p.215-224.
- « La responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur », *RJS* 2/96, p. 68-72.
- « Le contrat de travail à durée déterminée : jurisprudence récente », *RJS* 5/94, p.319-328.
- « Maladie et inaptitude physique, causes de rupture du contrat de travail », *RJS* 6/90, p.315-324.
- « Rupture amiable et transaction : une distinction délicate en droit du travail », *Dr. soc.* 1996, p.33-36.
- « Une jurisprudence en pleine évolution : maladies et accidents non professionnels, inaptitude physique du salarié », *RJS* 2/92, p.83-92.
- « Une transaction sans concessions… », *Dr. soc.* 1988, p.432-437.
- « Validité de la transaction entre employeur et salarié lors de la cessation du contrat de travail », *Dr. soc.* 1980, p.39.

BLANC-JOUVAN (X)

« Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement », *Dr. soc.* 1981, p.207-218.

BOISGIBAULT DE BRYAS (A)

« La tenue vestimentaire du salarié », *JCP*, E, 5 juin 2003, étude, 851, p.940-945.

BONNEAU (J.-R.)

« La réforme du droit du licenciement », *Gaz. Pal.*, 23 octobre 1973, doctrine, p.642-648.

BONNETÊTE (M.-C.)

« De la notion de faute à la notion de cause – La notion de « cause réelle et sérieuse » dans la loi du 13 juillet 1973 sur la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée », *D.* 1974, chronique XXXVI, p.191-196.

BOSSU (B)

- « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise », *Dr. soc.* 1994, p.753.
- « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire », *Dr. soc.* 1995, p.26-32.
- « Mésentente entre salariés : motif de licenciement ? », *TPS*, juin 1998, p.4-5.

BOUAZIZ (Paul) et BOUAZIZ (Pierre)

« Un contrat nommé « nouvelles embauches » », *D.* 2005, n°42, chronique, p.2907-2911.

BOUBLI (B)

- « L'auto-licenciement : gadget ou catégorie juridique ? », *TPS*, avril 2004, p.4-7.
- « La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise », *Dr. soc.* 2004, p.1094-1097.
- « Le licenciement : Statut exclusif de la rupture du CDI », *TPS* 1998, chronique, n°7, p.4-6.
- « Réflexions sur l'obligation de reclassement en matière de licenciement pour motif économique », *RJS* 3/96, p.131-137.
- « Sur l'étrange intérêt de la loi de modernisation sociale pour la jurisprudence : licenciement injustifié et licenciement non valide », *Gaz. Pal.*, 20-21 septembre 2002, doctrine, p.3-13.
- « Trente ans après, un nouveau visage du licenciement économique », *Dr. soc.* 2007, p.293-297.

BOUDIAS (B)

« Modifications des contrats de travail et plan de sauvegarde de l'emploi : changement de cap (loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005) », *D.* 2005, n°19, p.1244-1245.

BOURGEOT (S)

- « Contrat de travail à durée déterminée – Résiliation judiciaire en cas d'inaptitude physique du salarié », *RJS* 8-9/02, p.707-710.

◆ « Etat de santé du salarié et licenciement – Absence perturbant le fonctionnement de l'entreprise », *RJS* 12/98, p.869-870.

◆ « Inaptitude physique du salarié », *RJS* 6/04, p.435-438.

◆ « Le refus par le salarié inapte du reclassement proposé par l'employeur », *RJS* 6/00, p.434-436.

◆ « Les avis d'inaptitude du médecin du travail », *Liaisons Sociales Jurisprudence* du 22 août 2003, n°830.

◆ « Les avis sur l'aptitude du salarié délivrés par le médecin du travail–Regards sur une jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Liaisons Sociales jurisprudence* du 11 août 2004, n°878, p.1-7.

◆ « Les évolutions du droit de la santé des travailleurs », *Semaine Sociale Lamy* du 7 octobre 2002, n°1092, p.6-10 et *Semaine Sociale Lamy* du 14 octobre 2002, n°1093, p.6-9.

◆ « Maladie ou accident – Nullité du licenciement prononcé au seul motif du classement d'un salarié en invalidité de la deuxième catégorie », *RJS* 2/98, p.87-89.

BOURGEOT (S) et FROUIN (J.-Y.)

« Maladie et inaptitude du salarié », *RJS* 1/00, p.3-20.

BOURGEOT (S), TRASSOUDAINE-VERGER (S)

« Maladie ou accident. Quelques précisions jurisprudentielles sur l'issue de la suspension du contrat de travail », *RJS* 3/98, p.163-168.

BOUTITIE (L)

« Le contrat nouvelles embauches : un contrat à durée indéterminée précaire », *D.* 2005, n°40, chronique, p.2777-2782.

BOUTY (C)

« Le contrôle de l'insuffisance des résultats par le juge », *TPS*, avril 2001, p.4-6.

BRISSY (S),

« L'insuffisance de résultats du salarié au regard de la cause réelle et sérieuse de licenciement », *D.* 2006, n°10, chronique, p.685-688.

BRUGGEMAN (F)

« Restructurations et licenciements », *Dr. soc.* 2004, p.852-858.

BRUNHES (B)

« Le droit du licenciement collectif : les humeurs d'un praticien », *Dr. soc.* 2003, p.40-43.

BUSEINE (G)

« La lettre de licenciement : la forme ou le fond », *Dr. ouvrier* 1999, p.432-438.

CAMERLYNCK (G.-H.)

◆ « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », *JCP*, 1958, I, 1425.

◆ « Du motif inexact au fallacieux prétexte », *D.* 1959, chronique, p.129.

◆ « L'autonomie du droit du travail », *D.* 1956, chronique, p.23-26.

◆ « La maladie prolongée du salarié constitue-t-elle un cas de force majeure ? », *JCP*, G, 1961, I, 1609.

◆ « La réforme sociale de l'entreprise. Un préalable indispensable : la garantie de l'appartenance du travailleur à la communauté dont il devient membre », *D.* 1967, chronique, p.101-106.

◆ « Le règlement des différends touchant à l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur, y compris le renvoi », *Dr. soc.* 1964, p.80-93.

CANIVET (G)

« L'approche économique du droit par la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2005, p.951-956.

CARRÉ (S)

« Le contrôle prud'homal de la légitimité des licenciements économiques, bilan d'une recherche », *Dr. soc.* 1993, p.859-865.

CHABAS (J)

◆ « De l'ampleur de la résolution », *RTDciv.* 1987, p.540-543.

◆ « De quelques limites au jeu des clauses résolutoires », *RTDciv.* 1988, p.120-123.

◆ « Quelques précisions sur la résolution du contrat », *RTDciv.* 1985, p.163-168.

CHAGNY (Y)

« La jurisprudence *Framatome-Majorette* : les derniers feux ? », *Dr. soc.* 2005, p.556-558.

CHAMPEIL-DESPLATS (V)

« La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT*, janvier 2007, p.19-25.

CHARBONNEAU (C)

◆ « Dommages et intérêts et mésentente imputable au salarié », *CSBP* 2002, n°137, A7.

◆ « Le « licenciement » de l'employeur », *CSBP* 2003, n°153, D17.

◆ « Loi n°2003-6 du 3 janvier 2003 – Commentaire article par article de la loi portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques (J.O. n°3 du 4 janvier 2003, p.255) », *CSBP* 2003, n°147, D2, p.54-59.

CHAUMETTE (P)

◆ « Le médecin du travail, l'employeur et l'inspecteur du travail », *Dr. soc.* 2003, p.717-725.

◆ « Réflexions sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail », *D.* 1986, chronique, p.68-72.
◆ « Rupture unilatérale du contrat d'engagement maritime », *Droit maritime français*, juillet / août 2003, p.627-637.

CHELLE (D) et PRÉTOT (X)

◆ « Le champ d'application de l'autorisation administrative de licenciement des salariés protégés », *Dr. soc.* 1987, p.686-695.
◆ « Licenciement du salarié protégé : nouveaux développements de la jurisprudence administrative », *RJS* 7/92, p.457-462.

CHEVILLARD (A)

« Les motifs de licenciement », *JCP*, E, 1993, I, 235.

CHIREZ (A)

◆ « Insuffisances, erreurs et fautes du salarié », *Dr. ouvrier* 2006, p.513-516.
◆ « La mésentente reste-t-elle une cause de licenciement ? », *Dr. ouvrier* 2005, p.45-46.
◆ « La perte de confiance de l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », *D.* 1981, chronique XXVIII, p.193-197.
◆ « Notation et évaluation des salariés », *Dr. ouvrier*, août 2003, p.309-318.
◆ « Propriété de l'emploi, indemnisation et reclassement », *Dr ouvrier* 2005, p.335-341.
◆ « Ruptures déviantes », *Dr. ouvrier*, mai 2004, p.201-205.

CHIREZ (A) et LABIGNETTE (J)

« La place du doute dans le contentieux de la relation de travail », *Dr. soc.* 1997**,** p.669-678.

CHORIN (J)

◆ « Entreprises publiques à statut : actualité jurisprudentielle », *Dr. soc.* 1996, p.175-186.
◆ « Les entreprises publiques à statut, le Code du travail et le principe de séparation des pouvoirs », *Dr. soc.* 1993, p.953.

COHEN (M)

« Le fonctionnement du comité d'entreprise et les licenciements économiques après la loi du 18 janvier 2005 », *Dr. soc.* 2005, p.394-398.

COHEN-DONSIMONI (V)

« Le CNE : entre incertitudes et difficultés. La rupture du CNE », *Semaine Sociale Lamy* du 11 décembre 2006, supplément, n°1286, p.11-15.

COLBEAUX (J)

« Retour sur la rupture du contrat des salariés protégés », *Semaine Sociale Lamy* du 6 mars 2006, p.6-9.

CORRIGNAN (D)

« La maladie du salarié et la rupture du contrat de travail », *Dr. soc*. 1972, p.550-582.

CORRIGNAN-CARSIN (D)

- « L'entretien préalable au licenciement », *RJS* 8-9/97, p.582-591.
- « La loi du 3 janvier 1979 relative au contrat à durée déterminée », *D.* 1979, chronique XXXVI, p.227-242.
- « La période d'essai », *RJS* 8-9/95, p.551-563.
- « La protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle », *D.* 1981, chronique, p.255.
- « La réinsertion dans l'entreprise des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle », *RJS* 12/91, p.679-691.
- « La rupture de la période d'essai – Une autonomie sur le déclin ? », *JCP*, E, n°35 du 1er septembre 2005, 1241, p.1387-1393.
- « La transaction - Derniers développements jurisprudentiels », *RJS* 6/96, p.407-417.
- « Le refus abusif d'une proposition de reclassement », *JCP*, E, 1995, I, 491, p.375-379.

COTTEREAU (V)

- « Le déclin de la résiliation judiciaire du contrat de travail », *TPS*, juillet 2001, p.7-11.
- « Une issue de secours : l'action en résolution judiciaire du contrat de travail à durée déterminée des salariés ordinaires », *Dr. soc.* 1985, p.27-32.

COUTURIER (G) et RAY (J.-E.)

« Auto-licenciement : dérives et revirement », *Dr. soc.* 2003, p.817-826.

COUTURIER (G)

- « Des limites aux nullités de l'article L. 321-4-1 du Code du travail », *Dr. soc.* 2003, p.726-731.
- « L'autolicenciement n'est pas un droit, c'est un risque », *Semaine Sociale Lamy* du 22 avril 2003, n°1119, p.11-14.
- « L'impossibilité de réintégrer – Sur l'article 77-V de la loi de programmation pour la cohésion sociale », *Dr. soc.* 2005, p.403-408.
- « La faute lourde du salarié », *Dr. soc.* 1991, p.105-107.
- « Le licenciement de compétitivité », *Semaine Sociale Lamy* du 23 janvier 2006, n°1245, p.8-11.
- « Le motif économique des départs volontaires (à propos de l'article 16 de la loi du 21 décembre 2006) », *Dr. soc.* septembre - octobre 2007, p.978-983.

◆ « Le nouveau droit des licenciements est-il efficace ? », *Dr. soc.* avril 1978, p.74-82.

◆ « Les clauses « couperet », encore… », *Dr. soc.* 1995, p.231-233.

◆ « Les nullités du licenciement », *Dr. soc.* 1977, p.215.

◆ « Les offres de reclassement », *Dr. soc.* décembre 2006, p.1151-1155.

◆ « Les techniques civilistes et le droit du travail », *D.* 1975**,** chronique p.151-158.

◆ « Quel avenir pour le droit du licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne », *Dr. soc.* 1997, p.75-84.

◆ « Sur les nullités sanctionnant l'insuffisance du plan de reclassement : dits et non-dits du premier arrêt Wolber », *Dr. soc.* 2005, p.847-851.

◆ « Vers un droit au reclassement », *Dr. soc.* 1999, p.497-503.

CRÉPLET (A.-C.), VERNAC (S), SACHS (T), COTHENET (A), DABOSVILLE (B)
« Variations autour de la prise d'acte », *RDT* mars 2007, p.159-165.

CRISTAU (A)

◆ « Énonciation des motifs du licenciement : deux précautions valent mieux qu'une… », *Dr. soc.* 2003, p.1119-1121.

◆ « Force majeure : à l'impossible l'employeur serait-il tenu ? », *Dr. soc.* 2003, p.388-394.

CROZAFON (J.-L.)

« Le contrôle juridictionnel de la sanction disciplinaire dans l'entreprise et dans l'administration », *Dr. soc.* 1985, p.201-206.

D'ORNANO (P.-H.)

« L'inaptitude du salarié », *JCP*, S, n°42 du 17 octobre 2006, 1811, p.16-21.

DAGAN (V)

« Loi de modernisation sociale et licenciement économique : quelques voies ouvertes aux chefs d'entreprise », *D.* 2002, n°33, chronique p.2552-2554.

DAUGAREILH (I)

« La résiliation judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 1992, p.805-811.

DE NAUROIS (L)

« Le risque de la preuve du motif réel et sérieux en matière de licenciement », *JCP*, E, 1988, II, 15 257, p.543-547.

DE TISSOT (O)

« La protection de la vie privée du salarié », *Dr. soc.* 1995, p.222.

DENIER (J.-L.)

« Plan de sauvegarde de l'emploi – Rôle de l'employeur : payeur et… conseilleur ? », *Semaine Sociale Lamy* du 26 mai 2003, n°1124, p.7-11.

DESPAX (M)

« La vie extra professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP*, 1963, I, 1776, n°44.

DOCKÈS (E)

- « Du CNE au CPE, après le jugement du Conseil de prud'hommes de Longjumeau », *Dr. soc.* avril 2006, p.356-362.
- « Le juge et les politiques de l'emploi », *Dr. soc.* septembre - octobre 2007, p.911-916.

DOLE (G)

« La liberté d'opinion et de croyance en droit comparé du travail », *Dr. soc.* 1992, p.446-449.

DUBERTRET (M)

« Procédure disciplinaire et rupture de la période d'essai », *Dr. soc.* 2004, p.733-738.

DUNES (A)

« La rupture anticipée du contrat à durée déterminée », *Dr. soc.* 1980, n°spécial, p.65-71.

DUPEYROUX (J.-J.)

- « Le droit du travail, la crise, les contrats de travail à durée déterminée », n° spécial, *Dr. soc.* 1980, p.3-7.
- « Observations sur quelques points faibles du nouveau dispositif », *Dr. soc.* 1975, p.222-231.

DUPUY (J)

« La démission du salarié », *D.* 1980, chronique, p.253-262.

DUQUESNE (F)

- « Départs volontaires et procédures de licenciement économique », *Dr. soc.* 1995, p.576-585.
- « Énonciation du motif de licenciement et droit à la preuve du salarié », *Dr. soc.* 1996, p.374-382.
- « L'emprise du statut des salariés protégés sur les règles de rupture du contrat de travail à durée déterminée », *Dr. soc.* février 2007, p.187-190.
- « La rupture du contrat de travail résultant d'une cause économique : paradoxes et contradictions », *Semaine Sociale Lamy* du 9 septembre 2002, n°1087-1088, p.6-10.
- « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement », *Dr. soc.* 1993, p.847-858.
- « Les sphères du licenciement économique », *TPS*, juillet 2002, p.5-7.
- « Représentants du personnel – Contrat de travail et exercice du mandat », *RJS* 7/02, p.603-608.

ENCLOS (P)

◆ « Contestation du motif économique de licenciement après acceptation d'une convention de conversion », *RJS* 7/92, p.463-469.

◆ « Convention de conversion », *RJS* 7/96, p.475-489.

ESCANDE-VARNIOL (M.-C.)

◆ « La Cour de Cassation et l'intérêt de l'entreprise », *RJS* 4/00, p.260-266.

◆ « Les éléments constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif extra professionnel », *RJS* 7/93, p.403-409.

ETIENNOT (P)

« Stage et essai en droit du travail », *RJS* 8-9/99, p.623-630.

ETIVANT (M)

« L'essai en droit du travail », *Gaz. Pal.* du 13 septembre 1990, doctrine, p.449-451.

EYMARD-DUVERNEY (F)

« Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ? À propos d'un rapport du Conseil d'analyse économique sur les procédures de licenciement », *Dr. soc.* 2004, p.812-816.

FABRE (D)

« Licenciement économique – L'obligation de reclassement interne », *Semaine Sociale Lamy* du 4 février 2002, n°1061, p.6-9.

FABRE-MAGNAN (M)

« Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations », *Semaine Sociale Lamy* du 28 octobre 2002, n°1095, n° spécial, p.32-39.

FAVENNEC –HÉRY (F)

◆ « Vie privée dans l'entreprise et à domicile », *RJS* 12/01, p.940-946.

◆ « Du droit du licenciement économique au droit de l'employabilité du salarié, *Semaine Sociale Lamy* du 22 janvier 2007, n°1291, p.3-7.

◆ « Le droit et la gestion des départs », *Dr. soc*. 1992, p.581-589.

◆ « Licenciement économique. Du contrôle « a priori » à la responsabilité « a posteriori » de l'entreprise », *RJS* 4/02, p.287-294.

◆ « Licenciement : le dénouement de l'imbroglio probatoire », *Dr. soc.* 1990, p.178-187.

◆ « Vers la relativité de la notion de faute grave ? », *RJS* 9-10/00, p.603-606.

◆ « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire », *Dr. soc.* 2004, p.48-57.

FLAMENT (L)

◆ « À propos de la notion de vie personnelle », *Semaine Sociale Lamy* du 25 septembre 2006, n°1275, p.4-7.

◆ « Le raisonnable en droit du travail », *Dr. soc.* janvier 2007, p.16-24.

FORTIS (I)

« Vie personnelle, vie professionnelle et responsabilités pénales », *Dr. soc.* 2004, p.40-47.

FOURCADE (C)

« La transaction en droit du travail : quelle place pour la liberté contractuelle ? », *Dr. soc.* février 2007, p.166-173.

FRISON-ROCHE (M.-A.)

« Droit du travail et droit des sociétés : l'unité de la régulation des pouvoirs dans l'entreprise », *Semaine Sociale Lamy* du 28 octobre 2002, n°1095, n° spécial, p.49-51.

FROSSARD (S)

◆ « L'articulation des sanctions du licenciement, entre évolution prétorienne et besoin de réforme », *D.* 2003, n°31, p.2099-2100.

◆ « Les évolutions du droit disciplinaire », *D.* 2004, n°34 du 30 septembre 2004, chronique, p.2450-2455.

FROUIN (J.-Y.)

◆ « Existe-t-il un droit à l'autolicenciement du salarié ? Bilan jurisprudentiel et perspectives d'évolution », *Semaine Sociale Lamy* du 22 avril 2003, n°1119, p.5-10.

◆ « Inaptitude et perte d'emploi », *Dr. ouvrier*, mars 2006, p.105-113.

◆ « L'indemnisation des salariés protégés licenciés sans autorisation », *RJS* 11/01, p.842-848.

◆ « La légalité du licenciement pour motif économique », *Semaine Sociale Lamy* du 5 septembre 2005, n°1226, p.7.

◆ « La protection de l'emploi des salariés victimes d'une maladie ou d'un accident », *RJS* 12/95, p.773-784.

◆ « La protection des droits de la personne et des libertés du salarié », *CSBP* 1998, n°99, chronique, p.123-131.

◆ « Le point sur la motivation de la lettre de licenciement », *RJS* 7/99, p.543-548.

◆ « Le reclassement individuel des salariés menacés de licenciement économique : continuité et changements », *Gaz. Pal*., 20-21 septembre 2002, n°263-264, doctrine p.14-21.

◆ « Les ruptures du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié (démission, prise d'acte et demande en résolution judiciaire) », *RDT* mars 2007, p.150-158.

◆ « Licéité et existence de la période d'essai », *CSBP* 1995, n°72, p.239-248.

◆ « Période d'essai, période probatoire et changement d'emploi - De la validité d'une période d'essai en cours de contrat », *RJS* 6/05, p.423-426.

◆ « Rupture du contrat de travail : prise d'acte par l'employeur ou par le salarié », *RJS* 8-9/03, p.647-649.

◆ « Sur quelques difficultés concernant l'exercice de la priorité de réembauchage », *Semaine Sociale Lamy* du 3 décembre 2001, n°1053, p.6-9.

GALLOT (I)

« La cause des licenciements non disciplinaires », *Dr. soc.* 1992, p.758-765.

GARBAR (C.-A.)

◆ « La résistible théorie de l'applicabilité du Code du travail au personnel des entreprises publiques à statut », *RJS* 5/98, p.355-365.

◆ « Le droit social vu du droit public : un lieu d'hybridation », *Semaine Sociale Lamy* du 28 octobre 2002, n°1095, n°spécial, p.40-48.

GARDIN (A)

◆ « L'éviction de la perte de confiance : une nouvelle étape dans l'objectivation du licenciement pour motif personnel », *D.* 2002, n°11, p.921-323.

◆ « La situation objective de l'entreprise, cause de licenciement du salarié malade », *Bulletin Social Francis Lefebvre*, 4/03, p.183-189.

◆ « Une illustration de l'insubordination du salarié : le refus d'exécuter une tâche », *Dr. soc.* 1996, p.363-373.

GAUDU (F)

◆ « Le licenciement pour perte de confiance », *Dr. soc.* 1992, p.32-37.

◆ « Le Livre vert de la Commission européenne pose t-il de bonnes questions ? Un document qui ne tient pas le langage de la vérité », *RDT* février 2007, p.72-74.

◆ « Libéralisation des marchés et droit du travail », *Dr. soc.* 2006, p.505-513.

GAURIAU (B)

◆ « La jurisprudence dite « Framatome et Majorette » ne doit-elle pas être abandonnée ? », *Dr. soc.* 2004, p.375-380.

◆ « Licenciement nul et droit à réintégration : la salariée enceinte est un salarié comme les autres », *Dr. soc.* 2003, p.827-831.

◆ « Licenciement nul et licenciement dont l'autorisation est annulée : une distinction toujours nécessaire », *Dr. soc.* 2005, p.277-282.

◆ « Résiliation judiciaire et mise à la retraite », *Dr. soc.* 2005, p.844-846.

GAUTIÉ (J)

« Les économistes contre la protection de l'emploi : de la dérégulation à la flexicurité », *Dr. soc.* 2005, p.3-11.

GAZIER (B)

« Restructurations et reclassements : vers une redéfinition des responsabilités », *Dr. soc.* mars 2007, p.259-267.

GÉA (F)

« Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », *RJS* 7-8/00, p.511-528.

GOMEZ-MUSTEL (M.-J.)

« Les enjeux de l'obligation d'adaptation », *Dr. soc.* 2004, p.499-508.

GOURET (J.-C.)

« La rupture négociée pour motif économique à l'épreuve de l'assurance chômage », *JCP*, S, n°51-52 du 19 décembre 2006, 2006, p.9-14.

GRÉVY (M)

- « La sanction civile en droit du travail », *Dr. soc.* 2001, p.598-609.
- « La nullité de la rupture du contrat de travail : une jurisprudence chaotique », *Dr. ouvrier*, mai 2007, p.209-212.

GUIOMARD (F), SERVERIN (E)

« Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », *RDT*, septembre 2007, p.502-512.

GULPHE (P)

« De la non interférence de la vie privée sur la vie professionnelle du salarié en droit français », *JCP*, E, 1990, II, 15736, p.219-223.

HAMON (L)

« Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. soc.* 1980, p.431-440.

HÉAS (F)

- « Le caractère impératif des garanties protectrices reconnues au représentant du personnel », *Dr. ouvrier*, mars 2006, p.123-128.
- « Les conséquences de la déclaration d'inaptitude totale du salarié », *Dr. ouvrier*, décembre 2004, p.541-544.
- « Les contraintes formelles encadrant l'exécution de l'obligation patronale de reclassement en cas de

licenciement pour motif économique », *Dr. ouvrier*, janvier 2007, p.6-10.

- « Les obligations de reclassement en droit du travail », *Dr. soc.* 1999, p.504-514.
- « Les principaux apports de la loi de programmation pour la cohésion sociale en matière de licenciement pour motif économique », *JCP*, E, n°7, 17 février 2005, étude, 275, p.270-273.

HENRY (M)

- « La maladie prolongée du salarié », *Dr. ouvrier*, 1978, p.331.
- « La notion de motif économique », *Dr. soc.* 1995, p.551-558.

HUMBERT (F)

« La rupture du contrat de travail pour inaptitude physique du salarié : incidences sur la nature juridique de l'indemnité de licenciement », *Dr. soc*. 1992, p.244-249.

JACOTOT (D), BOURRIER (C)

« L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée », *D.* 1996, chronique, p.343-346.

JAMIN (C)

« Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, n°11, p.901-907.

JAVILLIER (J.-C.)

« L'exercice et le contrôle juridictionnel du pouvoir disciplinaire », *Dr. soc.* 1983, p.537-544.

JEAMMAUD (A)

- « La notion de licenciement pour motifs économiques », *Dr. soc*. 1981, p.267.
- « La résiliation judiciaire du contrat de travail face au droit du licenciement », *D.* 1980, chronique, p.47-56.
- « Que penser du contrat de travail unique ? Des raisons de douter », *RDT*, janvier 2007, p.12-13.
- « Retour sur une transaction en quête de stabilité », *Dr. soc.* 1999, p.351-357.

JOURDAN (D)

« Inaptitude : ne faut-il pas revenir à une application plus stricte des textes ? », *Semaine Sociale Lamy* du 26 décembre 2005, n°1242, p.6-9.

KARAQUILLO (J.-P.)

« La protection du salarié partie à un contrat à durée déterminée lors d'actions en rupture anticipée ou en requalification », *D.* 1997,chronique, p.345-347.

KELLER (R)

« La nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise peut justifier un licenciement pour motif économique », *Dr. soc.* 2006, p.857-859.

KERBOURC'H (J.-Y.)

- « Licenciement des salariés protégés. Les sanctions du licenciement sans autorisation ou dont l'autorisation est annulée », *RJS* 12/03, p.923-935.
- « L'apprentissage face à de nouveaux défis », *Dr. soc.* 2005, p.427-439.

LABORDE (J.-P.)

- « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.* 1992, p.774-779.
- « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », *Dr. soc.* 1991, p.615-618.

LACHAISE (G)

« Le contentieux de la rupture anticipée des contrats à durée déterminée », *JCP*, E, 1998, étude, p.1128-1137.

LACOSTE-MARY (V)

« Inaptitude et engagement de la procédure de licenciement : l'absence de discrimination », *Dr. ouvrier*, septembre 2005, p.381-386.

LAFUMA (E), LHERNOULD (J.-P), TISSANDIER (H)

« Repenser le régime de l'obligation de reclassement du salarié inapte », *RDT*, septembre 2007, p.496-498.

LAGARDE (X)

- « La nature juridique de la cause de licenciement », *JCP*, G, 2000, p.1647-1655.
- « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP*, G, 1999, I, 170, p.1767-1775.
- « Que penser du contrat de travail unique ? Plutôt une bonne idée », *RDT*, janvier 2007, p.8-11.
- « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », *Dr. soc.* 1998, p.890-902.

LANGLOIS (P)

- « Le juge et l'employeur », *Dr. soc.* 2003, p.283-286.
- « Le motif économique », *Gaz. Pal.*, 17 août 1999, p.1199-1202.

LARDY-PÉLISSIER (B)

« L'obligation de reclassement », *D.* 1998, chronique, p.399-405.

LATOURNERIE (R)

« L'interprétation des textes assurant la protection des représentants du personnel dans les entreprises », *D.* 1975, chronique XIX, p.103-114.

LAURENT-MERLE (I)

- « Formalités préalables au licenciement individuel en Europe », *TPS*, avril 2004, p.7-11.
- « Justification du licenciement individuel en Europe : vers une convergence des motifs », *TPS*, août septembre 2004, p.8-11.
- « Le pouvoir disciplinaire face aux droits et libertés du salarié en Europe occidentale », *RDT*, mai 2007, p.298-305.

LE GAC-PECH (S)

« La figure contractuelle en droit du travail », *D.* 2005, n°33, chronique, p.2250-2255.

LEMOINE (E)

« Les principes civilistes dans le contrat de travail », *Petites affiches* du 15 juin 2001, n°119, p.8-17.

LEPAGE (A)

« La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *Dr. soc.* 2006, p.364-377.

LHERNOULD (J.-P)

« Le CNE à bout de souffle », *RJS* 8-9/07, p.695-700.

LOKIEC (P)

« Tenue correcte exigée – Des limites à la liberté de se vêtir à sa guise », *Dr. soc.* 2004, p.132-141.

LOMBARD (M)

« L'application du Code du travail aux entreprises à statut », *AJDA*, 1991, p.601.

LYON-CAEN (A)

- « Justice et justification dans les réformes actuelles du droit du travail », *Dr. ouvrier*, juillet - août 2005, p.283-287.
- « La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique », *Dr. ouvrier*, avril 2002, p.161-164.

LYON-CAEN (G) et SINAY (H)

« La réintégration des représentants du personnel, irrégulièrement licenciés », *JCP*, G, 1970, I, 2335.

LYON-CAEN (G)

- « Du nouveau sur le règlement intérieur et la discipline dans l'entreprise », *D.* 1983, chronique, p.7-10.

◆ « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail - Première approche », *RTDciv.*, 1974, p.229-248.

◆ « La fraude à la loi en matière de licenciement », *Dr. soc.* 1978, n°spécial, p.67-73.

LYON-CAEN (G), BONNETÊTE (M.-C.)

« La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc.* 1973, p.493-507.

MALLARD (P)

« Le licenciement en période d'essai ? », *Dr. soc.* 2006, p.1157-1163.

MARRAUD (C) et SCHMITT (S)

« Les désaccords d'un cadre et de son employeur », *RJS* 11/94, p.730-742.

MARTINEL (A)

« Ruptures du troisième type », *Semaine Sociale Lamy* du 18 septembre 2006, n°1274, p.8-11.

MATHIEU-GENIAUT (C)

« L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », *Dr. soc.* 2006, p.848-855.

MAZEAUD (A)

◆ « Contractuel mais disciplinaire », *Dr. soc*. 2003, p.164-165.

◆ « Du CNE, de la flexisécurité, etc. », *Dr. soc.* juin 2006, p.591-593.

◆ « La sécurité juridique et les décisions du juge », *Dr. soc.* 2006, p.744-752.

◆ « Le licenciement en cas de maladie prolongée ou d'inaptitude physique d'origine non professionnelle : la loi, le juge et les partenaires sociaux », *Dr. soc.* 1992, p.234-240.

◆ « Le transfert d'entreprise dans le cadre des procédures collectives », *Dr. soc.* 2005, p.133-138.

◆ « Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle », *Dr. soc.* 2004, p.77-85.

MAZIÈRE (P)

« La résolution judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée entre droit civil et droit du travail », *Petites Affiches* du 2 et 5 avril 1999, n°66 et n°67.

MEYRAT (I)

« Vers un affaiblissement de l'emprise des procédures de licenciement collectif : le cas des propositions de modification du contrat de travail pour motif économique », *Dr. ouvrier*, juillet août 2005, p.296-302.

MILET (L)

◆ « Le double usage par le représentant du personnel de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail », *Dr. ouvrier*, février 2007, p.75-82.

◆ « Les indemnités dues aux représentants du personnel licenciés sans autorisation administrative », *Dr. soc.* 2001, p.1053-1056.

MODERNE (F)

« L'ambiguïté de la notion de licenciement économique dans la jurisprudence administrative », *Dr. soc.* 1985, p.822-833.

MORACCHINI-ZEIDENBERG (S)

« L'abus du salarié », *JCP*, S, n°19 du 9 mai 2006, 1376, p.11-15.

MORVAN (P)

◆ « La chimère du contrat de travail unique, la fluidité et a créativité », *Dr. soc.* novembre 2006, p.959-962.

◆ « Le contrat de travail « nouvelles embauches » », *JCP*, S, n°11 du 6 septembre 2005, 1117, p.7-17.

◆ « Le droit des licenciements pour motif économique après la loi de cohésion sociale (Loi n°2005-32, 18 janvier 2005) », *TPS*, février 2005, p.8-14.

◆ « Libérer le départ volontaire pour motif économique », *Dr. soc.* 2005, p.59-67.

MOULY (J)

◆ « « Coup de vent » sur le statut des salariés protégés », *Dr. soc.* 2005, p.861-865.

◆ « Démission ou licenciement : une alternative très convenable », *Dr. soc.* 2004, p.90-99.

◆ « Disciplinaire, donc non contractuel », *Dr. soc.* 2003, p.395-397.

◆ « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats – Pour une autre logique », *Dr. soc.* 2005, p.614-624.

◆ « 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. 1068-1074.

◆ « Le contentieux de la rupture du CDD », *Semaine Sociale Lamy* du 1er mars 1999, n°923, n°spécial Le contentieux des contrats de travail particuliers, p.21-31.

◆ « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », *Dr. soc.* 2006, p.839-847.

◆ « Les salariés doivent-ils répondre de leurs déficits de caisse même en l'absence de faute lourde ? Aux frontières de l'exécution de l'obligation et de la responsabilité contractuelle », *Dr. soc.* 2004, p.740-746.

◆ « Sur le recours au CDD dans le sport professionnel. Le droit commun du travail a-t-il encore un avenir dans le domaine du sport ? », *Dr. soc.* 2000, p.507-515.

◆ « Une remise en cause indirecte de la jurisprudence *Hôtel Le Berry* : l'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire », *Dr. soc.* 2002, p.955-958.

NAUDÉ (F)

« Réflexion à propos du projet de loi modifiant le droit de licenciement », *Dr. soc.* 1973, p.137-150.

NAYRAL DE PUYBUSQUE (J)

« Les divers modes de rupture des contrats de travail à durée indéterminée et leurs conséquences – art. L. 122-12 du Code du travail », *D.* 1980, chronique XLIV, p.317-322.

NOGUÉRO (D)

« Le devenir de la période d'essai du salarié », *Dr. soc.* 2002, p.589-605.

OLLIER (P)

« Le contrôle du motif économique de licenciement », *Dr. soc.* 1978, p.29-38.

ORTSCHEIDT (P)

« Droit disciplinaire et droit du licenciement », *Dr. soc.*1987, p.11-19.

PAGNON (M)

« L'équilibre de la charge de la preuve dans le procès prud'homal », *TPS*, janvier 2000, p.6-8.

PÉANO (M.-A.)

« *L'intuitus personae* dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 1995, p.129-138.

PÉLISSIER (J)

- « Âge et perte d'emploi », *Dr. soc.* 2003, p.1061-1066.
- « Ambiguïtés et logique du contrôle de la Cour de cassation », *Dr. soc*. 1986, p.179-184.
- « Droit civil et contrat individuel de travail », *Dr. soc.* 1988, p.387-394.
- « Inaptitude et modification d'emploi », *Dr. soc.* 1991, p.608-614.
- « La cause économique du licenciement », *RJS* 8-9/92, p.527-533.
- « La cause économique du licenciement, dans la loi votée le 19 décembre 2001 en dernière lecture à l'Assemblée nationale », *Dr. ouvrier*, avril 2002, p.145–151.
- « La définition des sanctions disciplinaires », *Dr. soc.* 1983, p.545-551.
- « La réforme du licenciement », *D.* 1973, chronique XXXVII, p. 253-258.
- « La remise en cause des démissions », *RJS* 7/07, p.591-594.
- « Le licenciement disciplinaire », *Dr. soc.* 1992, p.751-757.
- « Le licenciement et les autres modes de rupture du contrat de travail », *Dr. soc.* avril 1978, p.6-12.
- « Le recours à la négociation individuelle : les accords de rupture des contrats de travail », *Dr. soc* 1987, p.479-487.
- « Premières orientations de la Cour de cassation sur la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. soc.* 1977, p.21–27.

PHILBERT (A)

« Le droit prétorien du licenciement économique », *Dr. soc.* 1998, p.35-43.

PICQ (M)

« L'impossibilité de maintenir le contrat de travail », *D.* 1996, chronique, p.136-140.

PIERCHON (M)

- « Invalidité, inaptitude et reclassement ou l'autonomie du juge du travail vis-à-vis du juge du contentieux de l'incapacité », *JCP*, S, n°6 du 6 février 2007, 1073.
- « Le contrat de travail nouvelles embauches : quel contentieux prud'homal ? », *D.* 2005, n°43, chronique, p.2982-2985.

PIGNARRE (G)

« L'originalité du contentieux du contrat d'apprentissage », *Semaine Sociale Lamy* du 1er mars 1999, n°923, n°spécial Le contentieux des contrats de travail particuliers, p.49-62.

PIGNONI (M.-T.) et ZOUARY (P)

« Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel », *Dr. ouvrier* 2003, p.511-516.

PIZZIO-DELAPORTE (C)

- « La force majeure en cas de rupture du contrat de travail : un nécessaire abandon », *TPS*, août – septembre 2003, p.4-5.
- « Libertés fondamentales et droits du salarié : le rôle du juge », *Dr. soc.* 2001, p.404-412.

PLET (M)

« Les acteurs et les outils du contrôle et de la sanction », *Dr. ouvrier*, avril 2002, p.152-160.

POCHET (P)

- « Initiatives atypiques du salarié en matière de rupture du contrat de travail », *JCP*, S, n°26-27 du 20 décembre 2005, études, 1435, p.9-14.
- « La remise en cause de la démission fondée sur des faits imputables à l'employeur », *JCP*, S, n°30 du 24 juillet 2007, 1577, p.11-16.
- « La résiliation judiciaire du contrat de travail à l'initiative du salarié », *JCP*, S, n°48 du 28 novembre 2006, 1942, p.9-15.
- « Période d'essai, convention collective et contrat de travail à durée indéterminée », *D.* 1994, chronique, p.77–80.

POIRIER (M)

« La gradation des fautes en droit du licenciement », *Dr. ouvrier*, novembre 2002, p.511-522.

POULAIN (G)

- « La liberté de rupture en période d'essai », *Dr. soc.* 1980, p.469-478.
- « La réforme du contrat de travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 1982, p.356-371.

PRÉTOT (X)

« De la liberté d'entreprendre au droit à un emploi, ou les bases constitutionnelles du droit du licenciement », *Dr. soc.* 2005, p.371-375.

RADÉ (C)

- « Feu la jurisprudence *Framatome* et *Majorette* (à propos de l'article 73 de la loi du 18 janvier 2005) », *Dr. soc.* 2005, p.386-393.
- « Feu la résolution judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 2001, p.624-629.
- « 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.178-184.
- « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001, p.802-812.
- « Restructurations et délocalisations », *Dr. soc.* mars 2006, p.289-294.

RAY (J.-E.)

- « Contrôle minimum ou contrôle normal du juge judiciaire en matière disciplinaire ? », *Dr. soc.* 1987, p.365-367.
- « Courrier privé et courrier personnel », *Dr. soc.* 2001, p.915-920.
- « L'auto-licenciement nul du représentant du personnel », *Dr. soc.* 2006, p.815-821.
- « La loi pour la cohésion sociale : continuité et contournements », *Dr. soc.* 2005, p.359-370.
- « La mise à pied conservatoire avant licenciement », *Dr. soc.* 1989, p.287-292.
- « Revirement ? Quel revirement ? Dix ans après l'arrêt Vidéocolor, les arrêts Pages Jaunes du 11 janvier 2006 », *Dr. soc.* février 2006, p.138-142.
- « Temps professionnel et temps personnels », *Dr. soc.* 2004, p.58-69.

RENEAUD (F)

« La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise - Observations sur une nouvelle cause économique de licenciement des salariés protégés à la suite de la décision du Conseil d'Etat du 8 mars 2006 », *JCP*, E, n°39 du 28 septembre 2006, 2418, p.1645-1649.

REROLLE (N)

« L'obligation de motiver la lettre de licenciement à l'issue du congé de conversion », *Semaine Sociale Lamy* du 2 avril 2002, n°1069, p.10-11.

REVET (T)

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

REYNÈS (B)

« Variations sur le contrat de travail unique », *D.* 2005, n°34 du 29 septembre 2005, chronique, p.2348-2351.

RIBETTES-TILLHET (J) et WIBAULT (J.-L.)

« La période d'essai dans les conventions collectives », *Dr. soc.* 1968, p.299–311.

ROGER (M)

« Les effets de la délinquance d'un salarié sur son contrat de travail », *Dr. soc.* 1980, p.173-186.

RONZIER JOLY (A)

« Résolution judiciaire et prise d'acte de la rupture du contrat de travail du salarié protégé : de la séparation des pouvoirs au conflit de juridictions ? », *JCP*, S, n°19 du 9 mai 2006, 1377, p.16-18.

ROUAST (A)

« La rupture abusive du contrat de travail », *D.* 1928, chronique, p.5-8.

ROUMIER (W)

« Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique », *TPS*, février 2003, p.4-9.

ROY-LOUSTAUNAU (C)

- « Contrat de travail à durée déterminée : requalification - sanction et qualification », *Dr. soc.* 2003, p.465-473.
- « L'échéance du contrat à durée déterminée à terme incertain d'un salarié protégé : subtile articulation entre procédure administrative et qualification du contrat », *Dr. soc.* 2001, p.135-137.
- « La lutte contre la précarité des emplois : une réforme du CDD, discrète mais non sans importance », *Dr. soc.* 2002, p.304-311.
- « Le contrat nouvelles embauches : la flexi - sécurité à la française », *Dr. soc.* 2005, p.1103-1119.
- « Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée : requalification interprétation et requalification sanction », *Revue de recherche juridique*, *Droit prospectif*, 1992, III, n°17, p.861-871.
- « Le formalisme des mentions obligatoires dans le contrat de travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 1997, p.922-923.
- « Le recours à l'article 1184 du Code civil dans le cadre des contrats de travail à durée déterminée : l'impossibilité ? », *Dr. soc.* 2002, p.406-409.
- « Une avancée insuffisante en matière de contrat à durée déterminée (loi du 3 janvier 2003) », *Dr. soc.* 2003, p.265-270.

SAINT-JOURS (Y)

◆ « L'applicabilité du droit du travail dans le secteur public », *D.* 1976, chronique XXXIV, p.183-190.

◆ « La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau », *D.* 1990, chronique XX, p.113-118.

SAVATIER (J)

◆ « Conditions et effets de la nullité d'un licenciement en raison de l'état de santé du salarié », *Dr. soc.* 2001, p.1045-1051.

◆ « État de santé et travail : jurisprudence récente », *Dr. soc.* 2006, p.1117-1120.

◆ « Incarcération du salarié, incarcération de l'employeur : quelles incidences sur la poursuite du contrat de travail ? », *Dr. soc.* 2004, p.729-731.

◆ « L'appréciation du caractère réel et sérieux des motifs de licenciement doit-elle être contrôlée par la Cour de cassation ? », *Dr. soc.* 1987, p.357–361.

◆ « L'obligation d'énoncer les motifs du licenciement et sa sanction », *Dr. soc*. 1991, p.99-103.

◆ « L'obligation de reclassement d'un salarié déclaré par le médecin du travail inapte à tout emploi dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p.31-34.

◆ « La durée de la suspension du contrat de travail pour raisons de santé », *Dr. soc.* 2005, p.546-551.

◆ « La liberté dans le travail », *Dr. soc.* 1990, p.49-58.

◆ « La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité civile envers un employeur en l'absence de faute lourde », *Dr. soc.* 1995, p.651-654.

◆ « La protection de la vie privée des salariés », *Dr. soc.* 1992, p.329-336.

◆ « La protection des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi », *Dr. soc.* 1993, p.123-128.

◆ « La reprise du travail sans visite de reprise par le médecin du travail », *Dr. soc.* 2006, p.514-517.

◆ « La résiliation amiable du contrat de travail », *Dr. soc.* 1985, p.692-710.

◆ « La résiliation judiciaire des contrats de travail des salariés non protégés », *Dr. soc.* 1979, p.414-419.

◆ « La rupture pour motif disciplinaire des contrats « nouvelles embauches » », *Dr. soc.* 2005, p.957-975.

◆ « Le contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire de l'employeur depuis la loi du 4 août 1982 », *Dr. soc.* 1986, p.501-504.

◆ « Le droit aux indemnités de licenciement en cas de rupture du contrat provoquée par l'état de santé du travailleur », *Dr. soc.* 1991, p.109-113.

◆ « Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé », *RJS* 10/98, p.707-712.

◆ « Le licenciement pour des faits susceptibles d'incrimination pénale », *Dr. soc*. 1991, p.626-631.

◆ « Le licenciement, à raison de ses mœurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux », *Dr. soc.* 1991, p.485-489.

◆ « Le médecin du travail et le sort du salarié », *Dr. soc.* 1987, p.604-610.

◆ « Les clauses conventionnelles sur l'âge de la retraite », *Dr. soc.* 1987, p.1-10.

◆ « Les dispositions de la loi du 30 juillet 1987 sur la rupture du contrat à l'âge de la retraite », *Dr. soc.* 1987, p.723-730.

◆ « Les limites de la faculté de résiliation amiable du contrat de travail », *RJS* 5/02, p.399-402.

◆ « Licenciement et âge de la retraite », *Dr. soc.* avril 1978, p.13-21.

◆ « Portée de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle », *Dr. soc.* 2003, p.625-629.

◆ « Réflexions sur les indemnités de licenciement », *Dr. soc.* 1989, p.125-131.

◆ « Résiliation amiable du contrat de travail et transaction », *Dr. soc.* 1996, p.687-689.

◆ « Visite de reprise par le médecin du travail et fin de la suspension du contrat à l'issue du congé maternité », *Dr. soc.* 2004, p.1091-1093.

SCHLEY (M)

« Le licenciement collectif pour motif économique en droit allemand », *Dr. soc.* 2003, p.522-526.

SÉRIAUX (A)

« Un aide sacristain peut-il être licencié en raison de son homosexualité ? », *JCP*, E, 1991, II, 2172.

SIMLER (P)

« L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée (À propos de trois espèces jurisprudentielles récentes) », *JCP*, G, I, 1971, 2413.

SINAY (H) et LYON-CAEN (G)

« La réintégration des représentants du personnel, irrégulièrement licenciés », *JCP*, G, 1970, I, 2335.

SINAY (H)

◆ « La résiliation judiciaire du contrat de travail face à la réintégration de délégués irrégulièrement licenciés - Ambiguïtés et équivoques », *D.* 1971, chronique XL, p.263-266.

◆ « Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises : dualité de jurisprudences administrative et judiciaire », *Dr. soc.* 1979, p.275-278.

◆ « Le travail à l'essai », *Dr. soc.* 1963, p.150-162.

◆ « Les difficultés d'ordre probatoire nées de la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc.* avril 1978, p. 22-28.

◆ « Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel », *D.* 1972, chronique XXXVII, p.241–266.

◆ « Un tournant du droit du travail : les arrêts Perrier », *D.* 1974, chronique p.235-240.

SIRE (S)

« Détention du salarié et rupture du contrat de travail », *Bulletin Social Francis Lefebvre* 8-9/03, p.413-419.

STEIN (S)

« Autolicenciement - Vers une responsabilisation des salariés dans la rupture du contrat de travail ? », *Semaine Sociale Lamy* du 7 juillet 2003, n°1130, p.8-10.

STULZ (V)

« Ne pas confondre reclassement et priorité de réembauchage », *Semaine Sociale Lamy* du 31 janvier 2005, n°1200, p.8-9.

SUPIOT (A)

- « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTDcom*. 1985, p.621-644.
- « Le contrôle prud'homal des licenciements économiques », *Dr. soc*. 1987, p.268–271.
- « Travail, droit et technique », *Dr. soc.* 2002, p.13-25.
- « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p.59-71.

TANTAROUDAS (C)

« La force majeure dans le rapport individuel de travail », *Dr. soc.* 1978, p.223-231.

TAQUET (F)

- « De la résiliation conventionnelle du contrat de travail », *Petites Affiches* du 11 juillet 1988, n°83, p.14-19.
- « Pour la création d'un contrat de départ négocié », *Revue française de comptabilité*, mars 2007, n°397, p.39-42.
- « Vers un nouveau mode de rupture original du contrat de travail : la résiliation par commun accord des parties », *Gaz. Pal.* 1987, doctrine, p.265–269.

TEISSIER (A)

« Loyauté et contrat de travail : contre quelques idées reçues », *Semaine Sociale Lamy* du 30 mai 2005, n°1217, p.5-9.

TEYSSIÉ (B)

- « À propos de la résiliation conventionnelle du contrat de travail », *JCP*, E, 1985, I, 14 690, p.281-282.
- « La rupture du contrat de travail à durée indéterminée hors licenciement », *Dr. soc.* 2005, p.45-58.
- « Le départ à la retraite, propos sur l'article 59-II de la loi n°87-588 du 30 juillet 1987 », *JCP*, E, 1987, I, 16 672, p.335-339.
- « Les contrats de travail à durée déterminée », *JCP*,G, 1982, I, n°3089.
- « Sur la résiliation conventionnelle du contrat de travail », *JCP*, E, 1986, 15 511, p.225-227.

THÉSÉ (M)

« Les potentialités de l'article L. 120-2 du Code du travail », *Semaine Sociale Lamy* du 29 juillet 2002, n°1086, p.6-9.

THIANT (Y) et CORTES (A)

« Nouvelle loi sur le licenciement », *Gaz. Pal.*, 19 janvier 1974, doctrine, p.39-41.

THIÉBAULT (H)

« L'employeur et le juge », *Dr. soc.* 1997, p.133-139.

TOURNIQUET (H)

« Les temps de l'appréciation des motifs », *Dr. ouvrier*, juillet - août 2005, p.288-295.

VALDÉS DAL RÉ (F)

« Le Livre vert de la Commission européenne pose t-il de bonnes questions ? Ne pas sous-estimer la « modernisation » advenue, se défier d'une conception unitaire du couple « flexibilité / sécurité » », *RDT* février 2007, p.72-74.

VALENTINI (A)

« Licenciement et départ à la retraite », *Dr. soc.* 1978, p.346-359.

VASSEUR-LAMBRY (F)

« La bonne foi dans les relations individuelles de travail », *Petites affiches*, 17 mars 2000, n°55.

VATINET (R)

« Le mutuus dissensus », *RTDciv*. 1987, p.252-285.

VENNIN (F)

« L'aménagement du pouvoir disciplinaire de l'employeur », *Dr. soc.* 1983, p.486-493.

VERDIER (J.-M.)

- « Rétractation de l'autorisation administrative du licenciement d'un salarié protégé : nouveau progrès de la logique du statut », *Dr. soc.* 2002, p.724-727.
- « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail », *Dr. soc.* 2001, p.1035-1038.
- « Sur le nouveau droit du licenciement », *Dr. soc.* 1976, p.1-17.
- « Un paradoxe en voie de disparition : délégué syndical désigné, mais sans protection ? », *Dr. soc.* 2005, p.283-287.

VIGNEAU (C)

« L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 2004, p.706-714.

WAGNER (E)

« Tours et contours de la Chambre sociale autour de l'arrêt JANOUSECK », *D.* 1983, chronique XLIV, p.253-258.

WAQUET (P)

- « Coup de vent sur la jurisprudence Perrier », *RJS* 6/05, p.419-422.
- « Dix ans de contrôle du licenciement économique par la Cour de cassation », *Gaz. Pal*, 17 août 1999, p.1191-1198.
- « Emploi et profit », *RJS* 5/06, p.351-358.
- « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.* 2000, p.168-177.
- « La lettre de rupture par l'employeur d'un contrat de travail », *RJS* 11/93, p.631–636.
- « La rupture de fait du contrat de travail à durée indéterminée », *Semaine Sociale Lamy* du 30 janvier 2006, n°1246, p.8-11.
- « La vie personnelle du salarié », *Dr. soc.* 2004, p.23-30.
- « Le bermuda ou l'emploi », *Dr. soc.* 2003, p.808-813.
- « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement », *Dr. soc.* 1992, p.980–987.
- « Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale », *Dr. soc.* 2002, p.264-273.
- « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », *Dr. soc.* 2000, p.1051-1058.
- « Les libertés dans l'entreprise », *RJS* 5/00, p.335-345.
- « Les objectifs », *Dr. soc.* 2001, p.120-125.
- « Les ruptures du contrat de travail et le droit du licenciement », *RJS* 10/04, p.675-686.
- « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.* 1996, p.1427-1432.
- « Quelques réflexions sur l'arrêt SAT en particulier et sur le licenciement économique en général », *RJS* 7/01, p.567-573.
- « Trouble objectif : le retour à la case « départ » », *Semaine Sociale Lamy* du 4 juin 2007, n°1310, p.5-9.

ZAPATA (F)

« Le juge administratif et l'application du Code du travail aux personnels du secteur public », *Dr. soc.* 1996, p.697.

Sites Internet

Site d'accès aux informations sur les textes juridiques et les données réglementaires relatives à l'assurance chômage : http://info.assedic.fr/unijuridis/index.php

Site du Conseil d'Analyse Economique : http://www.cae.gouv.fr/

Site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/

Site du Conseil d'Etat : http://www.conseil-etat.fr/

Site du Conseil d'Orientation pour l'Emploi : http://www.coe.gouv.fr/

Site du Conseil Economique et Social : http://www.conseil-economique-et-social.fr/

Site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/

Site du Ministère du Travail, des Relations sociales et de la Solidarité : http://www.travail-solidarite.gouv.fr/

Site du service public de la diffusion du droit : http://www.legifrance.gouv.fr/

Liste des abréviations

AJDA ---------- Actualité Juridique du Droit Administratif
ANPE ---------- Agence Nationale Pour l'Emploi
Art. ---------- Article
ASSEDIC ---------- Association pour l'Emploi Dans l'Industrie et le Commerce
Ass. Nat. ---------- Assemblée Nationale
B.O. ---------- Bulletin Officiel
BS Lefebvre ---------- Bulletin Social Francis Lefebvre
Bull. civ. ---------- Bulletin civil de la Cour de cassation
Bull. crim. ---------- Bulletin criminel de la Cour de cassation
C/ ---------- Contre
CA ---------- Arrêt rendu par une Cour d'appel
CAA ---------- Arrêt rendu par une Cour administrative d'appel
Cass. ass. plen. ---------- Arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ. ---------- Arrêt rendu par une Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com. ---------- Arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim. ---------- Arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc. ---------- Arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ. ---------- Code civil
CDD ---------- Contrat de travail à durée déterminée
CDI ---------- Contrat de travail à durée indéterminée
CE ---------- Arrêt rendu par le Conseil d'Etat
CJCE ---------- Arrêt rendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes
Circ. DRT ---------- Circulaire de la Direction des Relations de Travail
CSBP ---------- Cahiers Sociaux du Barreau de Paris
D. ---------- Recueil Dalloz
Dr. soc. ---------- Droit social
Dr. ouvrier ---------- Droit ouvrier
Gaz. Pal. ---------- Gazette du Palais
I. R. ---------- Informations Rapides

JCP---------- Juris-Classeur Périodique
(E : édition Entreprise ; G : édition Générale ; S : édition Sociale) ----------
Jur. soc.---------- Revue de jurisprudence sociale de l'U.I.M.M.
J.O.---------- Journal Officiel
J.O.C.E. ---------- Journal Officiel des Communautés Européennes
Liaisons soc.---------- Revue Liaisons sociales
LRAR---------- Lettre Recommandée avec Accusé de Réception
Obs.---------- Observations
P.---------- Page
§---------- Paragraphe
RDT---------- Revue de Droit du Travail
RJS---------- Revue de Jurisprudence Sociale
RTDciv.---------- Revue Trimestrielle de Droit civil
RPDS---------- Revue Pratique de Droit social
TPS---------- Travail et Protection Sociale
UNEDIC ---------- Union Nationale pour l'Emploi Dans l'Industrie et le Commerce

Index alphabétique *

* Les chiffres indiqués renvoient aux numéros de pages.

A

- Abus de droit..14, 16, 18, 27, 184, 381, 385–386, 391, 499, 500–507, 514–515, 687
- Âge.....187–192

C

- Cause réelle et sérieuse de licenciement ...26, 381, 386, 389–496, 513, 560, 578, 580, 603
  - Cause réelle.....393–419
  - Cause sérieuse.....420–93
- Congédiement ..... *Voir* Licenciement
- Contrat "nouvelles embauches" (CNE)..158–162, 512–520, 663–666
- Contrat d'apprentissage ...168, 213, 293–297, 523–525, 552
- Contrat de travail à durée déterminée
  - Accroissement temporaire d'activité..259–260
  - Activité saisonnière.....260–261
  - Attente de l'entrée en service d'un salarié 258–259
  - CDD d'usage.....261
  - Clause de renouvellement.....262, 645–646
  - Contrat sans terme précis... 256, 259, 539, 544, 643
  - Faute grave.....307, 317, 542–550, 646
  - Force majeure 264, 317, 362, 550–551
  - Inaptitude.....263–266, 297–301, 313–331, 362
  - Période d'essai 168
  - Remplacement d'un salarié absent 255–258
  - Résiliation judiciaire.....297–301, 302–331
  - Rupture anticipée par le salarié..... .....43–45, 542–546, 552–554, 698
  - Rupture anticipée par l'employeur 108–110, 247–248, 546–550, 646, 654–657
  - Rupture du contrat à l'échéance du terme 255–261, 319, 642–645
  - Salariés protégés 642–646
  - Suspension du contrat de travail.....262
- Contrat de travail unique . 267–268, 560, 561

D

- Démission
  - Abus.....500
  - Chômage 181
  - Contrat de travail à durée déterminée .. 43, 698
  - Faute de l'employeur..... 51–60
  - Forme de la démission..... 680–694
  - Manifestation de volonté..... 46, 48–71, 105
  - Préavis 685–688
  - Prise d'acte de la rupture *Voir* Prise d'acte de la rupture par le salarié
  - Qualification..... 45, 46, 71, 93, 94–106
  - Requalification de la rupture 72–74
  - Rétractation..... 69–71
  - Retraite..... *Voir* Départ à la retraite
  - Vice du consentement 49–60, 74, 102
- Départ à la retraite
  - Conditions de mise en oeuvre 193, 697
  - Indemnité 697
  - Préavis 697
  - Qualification.....187–192
  - Requalification de la rupture 199
- Départ négocié.... *Voir* Rupture d'un commun accord
- Discrimination 177, 178, 184, 195, 199, 430, 441, 507–508, 516, 638, 639, 643, 645, 646

F

- Force majeure
  - Définition 348–351
  - Requalification de la rupture 372
  - Rupture .. 264, 317, 351–372, 550–551, 652
  - Salariés protégés 647–648
  - Sinistre 653
- Formalisme..... 217, 567, 572, 578, 648, 649, 657, 664, 672, 681, 691, 694, 697, 698, 699

I

- Inaptitude
  - Reclassement 175, 323, 467, 470, 489
  - Rupture du contrat de travail..... ...197, 247–248, 263–266, 265, 297–301, 313–331, 361–363

J

- Justification 17, 26, 30, 381, 383–563

L

- Licenciement pour faute
  - Cause réelle et sérieuse 399–400, 404, 422–29
  - Contrat de travail à durée déterminée..... 654–657
  - Contrôle judiciaire..... 386, 424
  - Faute (définition) 126–135
  - Faute grave..... 132, 422, 423, 607
  - Faute lourde 134, 424, 607
  - Faute sérieuse 132, 422, 423
  - Indemnité de licenciement 607
  - Préavis 607
  - Procédure 602–608
  - Qualification 125–135
  - Salariés protégés 602
- Licenciement pour motif économique
  - Cause réelle et sérieuse..... 406–418
  - Cessation d'activité..... 414, 456–457
  - Compétitivité de l'entreprise..... *Voir* Réorganisation de l'entreprise
  - Contrat de transition professionnelle . 240–242
  - Contrôle de l'administration.... 17, 610, 618, 619, 627–628
  - Contrôle judiciaire 386
  - Convention de conversion.... *Voir* Convention de reclassement personnalisé
  - Convention de reclassement personnalisé 235–240, 614, 671
  - Difficultés économiques. 407–411, 455–456
  - Indemnité de licenciement..... 611, 618, 628
  - Licenciement de 10 salariés et plus..... 619–628
  - Licenciement de 2 à 9 salariés..... 619
  - Licenciement individuel..... 613–618
  - Modification du contrat 418
  - Mutations technologiques 412–413
  - Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE).... 621–627, 671
  - Plan social..... *Voir* Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE)
  - Préavis 618
  - Priorité de réembauchage 617, 619, 628, 672
  - Procédure..... 609–629
  - Qualification 136–141
  - Reclassement 468, 470, 474, 482, 490, 614, 619
  - Réorganisation de l'entreprise 413, 457–465
  - Rupture d'un commun accord 217, 229–235, 669–679

Salariés protégés 613
Suppression d'emploi..... 415–417
Transformation d'emploi..... 417
◆ Licenciement pour motif personnel non fautif
Cause réelle et sérieuse 393–405
Contrôle judiciaire..... 386
Convocation à l'entretien préalable 572–574
Entretien préalable 575–578
Inaptitude physique 115, 118, 400, 467, 470, 479, 485, 489
Indemnité de licenciement 589–590
Insuffisance de résultats 402, 404, 583
Insuffisance professionnelle 130, 399, 454, 583
Lettre de notification du licenciement 578–586
Maladie (absence prolongée ou répétée du salarié)..... 115, 119, 359–360, 400, 440–453
Mésentente..... 398, 402, 454, 582
Perte de confiance 393–398, 401, 582
Préavis 588–589
Procédure 571–586
Qualification 125
Salariés protégés 591–601
Vie personnelle du salarié 430–440

M

◆ Mise à la retraite
Clause couperet 189–190
Conditions de mise en oeuvre..... 193–194
Discrimination 199
Indemnité..... 650
Préavis 650
Procédure 649–650
Qualification 187–192
Requalification de la rupture 198–199
Salariés protégés 194–197, 639–640
◆ Motivation 236, 381, 500, 503, 508, 510, 514, 517–519, 531, 538, 547, 578–586, 599, 605, 614–618, 655, 658, 664, 666, 694, 696, 698

N

◆ Nullité
Annulation d'une sanction disciplinaire 508–510, 547, 656, 661
Démission 74
Discrimination..... 199, 508
Licenciement d'un salarié protégé..82, 195, 283, 591, 598, 638, 639, 642, 645
Licenciement d'une femme enceinte 177, 249
Licenciement économique (carence du PSE) 624–627, 671
Licenciement suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle 175, 196, 249
Résiliation judiciaire..... 290
Rupture d'un commun accord..... 225, 244, 249

O

◆ Objectivation ... 387, 390, 393–401, 420, 429, 442, 493, 495, 507, 512, 515, 519, 584, 693
◆ Obligation de reclassement..... *Voir* Reclassement

P

◆ Période d'essai
Abus..... 184, 502–507
Définition..... 151–164

Discrimination 507–508
Durée 168–171
Existence 165–167
Point de départ 169
Préavis 659
Prolongation 171
Renouvellement 171, 172–174
Requalification de la rupture 182–185
Rupture 179–182, 502–512, 657–660
Salariés protégés 175–178, 637–638
Sanction disciplinaire 508–510, 660–662
Suspension du contrat de travail 172

- Plan social ..... *Voir* Licenciement pour motif économique : Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE)
- Préavis
  - CDD 552, 656, 699
  - Contrat "nouvelles embauches" (CNE) 663–666
  - Démission 685–688
  - Départ à la retraite 697
  - Force majeure 551, 652, 653
  - Licenciement 18, 567, 588–589, 607, 618
  - Mise à la retraite 650
  - Rupture de la période d'essai 659
  - Rupture d'un commun accord 667
- Prise d'acte de la rupture par le salarié
  - Effets 84, 536
  - Justification 79, 531–539
  - Lettre de rupture 533
  - Procédure 694–696
  - Qualification 75–107
  - Résolution unilatérale pour inexécution 89–92
  - Salariés protégés 78–79, 82–83, 286, 537
- Procédure 25, 30, 215, 381, 551, 567, 568, 569–701
- Protection des représentants du personnel ..... *Voir* Salariés protégés

Q

- Qualification 28, 45, 46, 71, 84, 94–106, 108–143, 136–141, 143, 174, 179–182, 187–192

R

- Reclassement
  - Inaptitude physique 175, 248, 263, 265, 297, 323, 467, 470, 479, 485, 489
  - Licenciement pour motif économique 235, 468, 470, 474, 482–484, 490, 561, 614, 619, 621–27
- Réintégration 82, 195, 225, 283, 290, 441, 508, 591, 598, 625–627, 640, 644
- Requalification 29, 72–74, 93, 182, 198–199, 244, 289, 342, 345, 372
- Résiliation amiable ..... *Voir* Rupture d'un commun accord
- Résiliation judiciaire
  - CDD 302–331
  - CDD du salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle 263, 297–301
  - CDI 331–346
  - Contrat d'apprentissage 293–297, 523–525
  - Distinction avec la prise d'acte 86–88
  - Manquement de l'employeur 305, 525–531
  - Nullité 290
  - Nullité de la rupture 283
  - Requalification de la rupture 283, 342, 345, 530
  - Salariés protégés 273–292

- Résolution judiciaire ..... *Voir* Résiliation judiciaire
- Retraite
  - Départ à la retraite ..... *Voir* Départ à la retraite
  - Mise à la retraite..... *Voir* Mise à la retraite
- Rupture d'un commun accord
  - Assurance chômage..... .....216, 219, 251, 667-669, 672
  - Conditions de fond 222-225, 233
  - Motif économique 229-242, 669-679
  - Motif personnel.....221-228, 666-669
  - Requalification de la rupture 225, 244, 289
  - Salariés protégés 242-250, 641-642
  - Transaction.....226-227

S

- Salariés protégés
  - Autorisation préalable de licenciement 176, 195, 246, 596-599, 638, 639, 641, 642, 645
  - CDD (rupture)..... 642-646
  - Force majeure 647-648
  - Mise à la retraite 194-197, 639-640
  - Période d'essai (rupture)175-178, 637-638
  - Prise d'acte de la rupture 78-79, 82-83, 286, 537
  - Procédure de licenciement 591-601, 602, 636
  - Résiliation judiciaire..... 273-292
  - Rupture d'un commun accord242-250, 641-642
- Secteur public 11

T

- Transaction ..... *Voir* Rupture d'un commun accord

Table des matières *

SOMMAIRE **7**

INTRODUCTION **9**

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉVOLUTION DE LA QUALIFICATION DES RUPTURES DU CONTRAT DE TRAVAIL : L'EMPREINTE DU DROIT DES OBLIGATIONS **33**

TITRE I L'ÉVOLUTION DE LA QUALIFICATION DES MODES DE RÉSILIATION UNILATÉRALE DU CONTRAT DE TRAVAIL 37

CHAPITRE I - La qualification des modes originels de résiliation unilatérale : une évolution asymétrique *41*

Section 1 - La qualification de la résiliation unilatérale du contrat de travail par le salarié 43

§ 1 - La qualification de la résiliation par le salarié d'un contrat de travail à durée déterminée 43

§ 2 - La qualification de la rupture par le salarié d'un contrat de travail à durée indéterminée 46

A - La qualification traditionnelle de démission et sa requalification 47

1° - La qualification de démission 48

a - Une volonté libre 49

α – L'erreur dans la démission 50

β – Le dol de l'employeur 51

χ – La violence dans la démission 53

b - Une volonté sérieuse 60

c - Une volonté non équivoque 61

α – La notion 62

β – La rétractation 69

2° - La « requalification - sanction » de la démission en licenciement 72

* Les chiffres indiqués renvoient aux numéros de pages.

B - La qualification de « prise d'acte » par le salarié de la rupture de son contrat de travail 75
1° - L'apparition de la prise d'acte dans le contentieux 75
2° - Les arrêts du 25 juin 2003 : la fin de « l'auto – licenciement » 79
3° - La qualification de la prise d'acte après les arrêts du 25 juin 2003 84
a - La prise d'acte : la mise en œuvre de l'exception d'inexécution ? 84
b - La prise d'acte : la mise en œuvre de l'action en résiliation pour inexécution ? 86
α – La résiliation judiciaire 86
β – La résolution unilatérale pour inexécution 89
c - Un nouveau mode de rupture 92
C - La perspective souhaitable d'une évolution des critères de qualification 94
1° - Le retour à l'ancienne distinction entre initiative et imputabilité de la rupture 95
a - Présentation du dispositif 96
b - La possible amélioration du dispositif 98
2° - La création d'un nouveau système de qualification 99
a - La création d'une présomption basée sur le critère de l'initiative de la rupture 100
b - L'application de la théorie civiliste : une volonté réelle et libre 102
Section 2 - La qualification de résiliation unilatérale du contrat de travail par l'employeur 108
§ 1 - La qualification de la résiliation par l'employeur d'un contrat de travail à durée déterminée 108
§ 2 - La qualification de licenciement 110
A - L'absence de définition par la loi fondatrice du 13 juillet 1973 112
B - Une définition bâtie par la jurisprudence 113
1° - Une qualification duale 114
2° - Le retour à une qualification unitaire 118
C - Qualification catégorielle 121
1° - Le licenciement pour motif personnel 124
a - Le licenciement pour motif personnel non fautif 125
b - Le licenciement pour motif personnel fautif 125
α – Le licenciement disciplinaire : une catégorie aux contours flous 126
β – La gradation de la qualification des fautes 131
2° - Le licenciement pour motif économique 136

CHAPITRE II - La qualification des modes de résiliation unilatérale spécifiques au contrat de travail 147
Section 1 - La qualification de la rupture en période d'essai 149
§ 1 - La qualification de la période d'essai 151
A - Définition de la période d'essai 151
1° - La distinction de la période d'essai avec des situations voisines 151
a - L'objet de la période d'essai 152
b - Différence avec l'essai professionnel 153
c - Différence avec le stage 154
d - Différence avec la période probatoire 155
e - Différence avec la période de consolidation de l'emploi du contrat « nouvelles embauches » 158
2° - La nature juridique de la période d'essai 162
B - Les conditions d'existence de la période d'essai 165
1° - La prévision de la période d'essai 165
2° - La durée de la période d'essai 168
a - La fixation d'une durée raisonnable 170
b - La prolongation ou le renouvellement de la période d'essai 171
α – La suspension du contrat de travail en cours de période d'essai 172
β – Le renouvellement de la période d'essai 172
§ 2 - La qualification de « rupture de la période d'essai » 174
A - La qualification de la rupture 174
1° - La rupture de la période d'essai en présence de salariés « protégés » 175
a - Les salariés victimes d'un accident du travail 175
b - Les salariés titulaires d'un mandat de représentation 176
c - La femme enceinte 177
2° - Le rejet des qualifications de licenciement ou de démission en période d'essai 179
B - La « requalification – sanction » de la rupture 182
Section 2 - La qualification de retraite 187
§ 1 - La qualification juridique de la rupture du contrat de travail en raison de l'âge 187
§ 2 - Un mode de rupture limité 192
A - Un mode de rupture sous conditions 193
B - Un mode de rupture limité quant à la qualité des salariés 194
§ 3 - La « requalification – sanction » de la retraite 198

TITRE II L'ÉVOLUTION DE LA QUALIFICATION DES AUTRES MODES DE RÉSILIATION DU CONTRAT DE TRAVAIL 205
CHAPITRE I - La rupture du contrat de travail convenue par les parties 209
Section 1 - La rupture d'un commun accord 210
§ 1 - Les thèses doctrinales en présence 211
A - Arguments conceptuels 212
B - Arguments pragmatiques 215
§ 2 - Evolution jurisprudentielle et législative 220
A - Les cas d'admission de la rupture négociée 220
1° - La rupture d'un commun accord liée à un motif personnel 221
2° - La rupture d'un commun accord liée à un motif économique 229
a - La rupture d'un commun accord 229
b - La particularité de la convention de conversion et de son héritière, la convention de reclassement personnalisé 235
c - Le contrat de transition professionnelle 240
B - Les cas interdits de rupture d'un commun accord 242
1° - Les représentants du personnel 242
2° - Les salariés inaptes 247
3° - Les salariés victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle 248
Section 2 - L'arrivée du terme du contrat de travail à durée déterminée 252
§ 1 - La détermination du terme du CDD en fonction du cas de recours 255
A - Le remplacement 255
1° - Le remplacement d'un salarié absent 255
2° - Le remplacement dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié sous CDI 258
3° - Le remplacement d'un salarié sous CDI ayant définitivement quitté son poste de travail qui est supprimé 259
B - L'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise 259
C - Les emplois à caractère saisonnier et les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI 260
1° - Les emplois saisonniers 260
2° - Les contrats dits « d'usage » 261
§ 2 - La détermination du terme en présence de cas particuliers 262
A - L'incidence de la suspension du contrat de travail sur le terme 262
B - L'incidence de la déclaration d'inaptitude du salarié en CDD sur le terme 263
CHAPITRE II - La rupture pour inexécution du contrat de travail 271

Section 1 - La rupture du contrat de travail comme sanction de l'inexécution : la résiliation judiciaire 272
§ 1 - La résiliation judiciaire du contrat de travail des salariés protégés 273
A - La jurisprudence antérieure aux arrêts « Perrier » 274
B - Le tournant des arrêts « Perrier » 280
C - L'application des arrêts Perrier à l'action en résiliation judiciaire exercée par le salarié protégé 284
§ 2 - La résiliation judiciaire du contrat de travail des salariés ordinaires 292
A - L'œuvre législative 293
1° - La résiliation judiciaire du contrat d'apprentissage 293
2° - La résiliation judiciaire du CDD en cas d'inaptitude physique du salarié suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle 297
B - L'œuvre prétorienne 301
1° - La résiliation judiciaire du contrat de travail à durée déterminée 302
a - Acte un : La résiliation judiciaire du CDD, un mode de rupture autorisé mais sous conditions 302
α – Un mode de rupture autorisé 302
β – Un mode de rupture limité 305
b - Acte deux : la résiliation judiciaire du CDD, un mode de rupture prohibé 310
α – Une condamnation générale pour l'employeur 310
β – Une condamnation spécifique : La résiliation judiciaire du CDD du salarié dont l'inaptitude est d'origine non professionnelle 313
2° - La résiliation judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée 331
a - La résiliation judiciaire à la demande de l'employeur 331
α – Acte un : un mode de rupture autorisé 332
β – Acte deux : un mode de rupture prohibé 338
b - La résiliation judiciaire à la demande du salarié 342
Section 2 - La rupture du contrat de travail dont l'exécution est devenue impossible : la force majeure 347
§ 1 - Définition de la notion civiliste de force majeure 348
§ 2 - La force majeure, cause de rupture du contrat de travail 351
A - Un événement imprévisible 352
B - Un événement extérieur aux parties 354
1° - Les événements tenant à la personne de l'employeur 354
2° - Les événements tenant à la personne du salarié 358
a - L'état de santé du salarié 359

α – La maladie prolongée du salarié 359
β – L'inaptitude physique du salarié 361
b - L'incarcération du salarié 363
c - Le décès du salarié 364
3° - Les événements tenant à l'activité de l'entreprise 365
C - Un événement irrésistible et insurmontable 366

DEUXIÈME PARTIE

L'EVOLUTION DU RÉGIME DES RUPTURES DU CONTRAT DE TRAVAIL : L'EMPREINTE DU DROIT DU LICENCIEMENT 379

TITRE I L'ÉVOLUTION DE LA CAUSE JUSTIFICATIVE DE LA RUPTURE ET DE SON CONTRÔLE PAR LE JUGE 383

CHAPITRE I - La cause réelle et sérieuse de licenciement, soumise au contrôle « maximum » de proportionnalité 389

Section 1 - La cause justificative réelle 393
§ 1 - La cause personnelle réelle 393
A - Un nécessaire examen objectif du grief 393
1° - Le motif de la « perte de confiance » : point de départ du mouvement d'objectivation de la cause 394
a - La cause apparemment réelle 394
b - L'ouverture de l'ère de l'objectivation de la cause : l'arrêt Fertray du 29 novembre 1990 396
2° - L'extension à tous les motifs personnels de licenciement 398
B - Des faits imputables à la personne du salarié 401
1° - Une cause personnelle mais non imputable au salarié 401
2° - Une cause objective et imputable au salarié 403
§ 2 - La cause économique réelle 406
A - Le contrôle de la réalité du contexte économique du licenciement 407
1° - De réelles difficultés économiques 407
a - Les situations permettant d'établir la réalité des difficultés économiques 407
b - De réelles difficultés économiques au jour du prononcé du licenciement 409
c - De réelles difficultés économiques dans l'entreprise ou le secteur d'activité du groupe 409
2° - De réelles mutations technologiques 412
3° - Une réelle réorganisation de l'entreprise 413

4° - Une réelle cessation d'activité de l'entreprise 414
B - Le contrôle de la réalité de l'effet sur l'emploi 415
1° - Une réelle suppression d'emploi 415
2° - Une réelle transformation d'emploi 417
3° - La réelle modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail 418
Section 2 - La cause justificative sérieuse 420
§ 1 - La cause sérieuse : une cause objectivement proportionnée et exercée dans l'intérêt de l'entreprise 421
A - Le licenciement disciplinaire : une sanction proportionnée aux faits reprochés 422
B - Le licenciement personnel non fautif : un licenciement proportionné au trouble objectif occasionné à l'entreprise 430
1° - Le licenciement proportionné au trouble objectif subi par l'entreprise en raison des faits commis par le salarié dans sa vie personnelle 430
a - La notion de « vie personnelle » 432
b - La notion de « trouble objectif » causé à l'entreprise 436
α – Le trouble, une notion distincte du dommage 436
β – Les éléments constitutifs du trouble objectif 438
2° - Le licenciement proportionné au trouble objectif subi par l'entreprise en raison de l'absence prolongée ou répétée du salarié atteint d'une maladie non professionnelle 440
a - La situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé 442
α – Le critère du nombre, de la durée et de la prévisibilité des absences du salarié malade 443
β – Le critère de la taille de l'entreprise 444
χ – Le critère de la qualification et des fonctions exercées par le salarié malade 446
δ – Le critère du secteur d'activité 447
b - Le remplacement effectif et définitif du salarié malade 448
α – La forme du remplacement 449
β – Le délai de remplacement 451
C - Le licenciement économique : un licenciement proportionné à la situation économique invoquée 454
1° - Des difficultés économiques sérieuses 455
2° - Une cessation d'activité ne résultant pas d'un comportement fautif de l'employeur 456

3° - Une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise 457
§ 2 - La cause sérieuse affermie par l'obligation préalable de reclassement 466
A - L'étendue de l'obligation de reclassement 470
B - Le cadre d'appréciation de l'obligation de reclassement 475
C - Les modalités concrètes de l'obligation de reclassement 482
CHAPITRE II - La cause justificative des autres modes de rupture du contrat de travail : du contrôle restreint au contrôle normal 497
Section 1 - La rupture immotivée soumise au contrôle « restreint » de l'abus de droit 499
§ 1 - La démission 500
§ 2 - La rupture de la période d'essai 502
§ 3 - La rupture de la période de consolidation d'emploi du contrat de travail « nouvelles embauches » 512
Section 2 - La rupture conditionnée soumise au contrôle « normal » de « nécessité » 521
§ 1 - La justification de la demande de résiliation judiciaire 522
A - La justification de la demande de résiliation judiciaire d'un contrat d'apprentissage 523
B - La justification de la demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail par le salarié aux torts de l'employeur 525
§ 2 - La justification de la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail 531
§ 3 - La justification de la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée 539
A - La rupture anticipée du CDD pour faute grave 542
1° - La rupture anticipée par le salarié pour faute grave de l'employeur 542
2° - La rupture anticipée par l'employeur pour faute grave du salarié 546
B - La rupture anticipée pour force majeure 550
C - La rupture anticipée par le salarié en raison de son embauche en CDI 552
TITRE II L'ÉVOLUTION DU RÉGIME PROCÉDURAL ET INDEMNITAIRE 565
CHAPITRE I - L'évolution du régime procédural et indemnitaire du licenciement 569
Section 1 - La procédure de licenciement de droit commun et son renforcement au profit des salariés protégés 570

§ 1 - La procédure de licenciement de droit commun 571
A - La convocation à l'entretien préalable 572
B - La tenue de l'entretien préalable 575
C - La notification du licenciement et de ses motifs 578
D - Le droit au préavis et à l'indemnité de licenciement 588
§ 2 - Le renforcement de la procédure de licenciement au profit des salariés protégés 591
A - Les salariés bénéficiaires du statut protecteur 591
B - La procédure de licenciement des salariés protégés 593
1° - L'entretien préalable avec le salarié protégé 594
2° - La consultation obligatoire du comité d'entreprise 595
3° - La demande d'autorisation de licenciement à l'inspecteur du travail 596
4° - La notification du licenciement au salarié protégé 599
Section 2 - La procédure disciplinaire 602
Section 3 - La procédure économique 609
§ 1 - La procédure de licenciement économique individuel 613
§ 2 - Les procédures de licenciement collectif 618
A - Le licenciement collectif de deux à neuf salariés 619
B - Le licenciement collectif de dix salariés et plus 619
1° - La procédure de « double » consultation 620
2° - Le plan de sauvegarde de l'emploi 621
3° - L'intervention de l'administration 627
4° - L'absence d'entretien préalable au licenciement 628
CHAPITRE II - L'évolution du régime procédural et indemnitaire des autres modes de rupture du contrat de travail 635
Section 1 - La rupture du contrat de travail par l'employeur assujettie au régime procédural et indemnitaire du licenciement 636
§ 1 - La rupture par l'employeur du contrat de travail d'un salarié protégé absorbée par le régime procédural et indemnitaire du licenciement 636
A - La rupture de la période d'essai 637
B - La mise à la retraite 639
C - La rupture d'un commun accord 641
D - La rupture du CDD 642
1° - L'arrivée du terme du CDD 642
2° - Le non-renouvellement du CDD à l'arrivée du terme 645
3° - La rupture anticipée du CDD pour faute 646
E - L'exception : la force majeure 647

§ 2 - La rupture par l'employeur du contrat de travail d'un salarié ordinaire influencée par le régime procédural et indemnitaire du licenciement 648
A - L'influence sur la mise à la retraite 649
B - L'influence sur la force majeure 652
C - L'influence sur la rupture anticipée du CDD pour faute 654
D - L'influence sur la rupture de la période d'essai 657
1° - Le principe de la libre rupture 657
2° - L'influence de la procédure disciplinaire 660
E - L'influence sur la rupture de la période de consolidation d'emploi du contrat de travail nouvelles embauches 663
F - L'influence sur la rupture d'un commun accord 666
1° - La rupture d'un commun accord pour motif personnel 666
2° - La rupture d'un commun accord économique 669
Section 2 - La rupture du contrat de travail par le salarié affranchie de tout régime procédural et indemnitaire 680
§ 1 - La démission 680
A - Le principe de la liberté de démissionner 681
1° - L'absence de formalisme 681
2° - Le respect d'un préavis 685
B - Une évolution formelle et procédurale souhaitable 688
1° - Un formalisme symétrique à celui du licenciement 689
a - Présentation de la réforme 689
b - Avantages de la réforme 690
c - Inconvénients de la réforme 691
2° - Une procédure et un formalisme protecteurs souples 691
a - Un écrit obligatoire 691
b - Un délai de réflexion 691
§ 2 - La prise d'acte de la rupture du contrat de travail 694
§ 3 - Le départ à la retraite 697
§ 4 - La rupture anticipée du CDD 698

CONCLUSION 709

BIBLIOGRAPHIE 715

LISTE DES ABREVIATIONS 751

INDEX ALPHABETIQUE 753

TABLE DES MATIERES 759